

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ  
ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА  
ІМЕНІ АКАДЕМІКА Ф. Г. БУРЧАКА  
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

# ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

*Збірник наукових праць*

**Випуск 14**

**КИЇВ 2015**

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

**Щорічний юридичний збірник наукових праць  
видається з 1999 р.**

**Засновник:**

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

**Приватне право і підприємництво.** Збірник наукових праць. Вип. 14, 2015 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, 2014. – 178 с.

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

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

*Рекомендовано до друку вченою радою  
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України  
(протокол № 1 від 28 січня 2015 р.)*

**Редакційна колегія:**

**О. Д. Крупчан (головний редактор),**  
**М. К. Галянтич (заст. гол. редактора),** А. Б. Гриняк, О. В. Дзера, А. С. Довгерт,  
В. А. Васильєва, О. А. Беляневич, В. В. Комаров, В. В. Костицький,  
Н. С. Кузнєцова, Д. М. Притика, В. В. Луць, Н. М. Мироненко,  
Р. А. Майданик, Я. М. Шевченко, В. С. Щербина, В. В. Проценко, І. А. Янчук

**Постановою президії ВАК від 14 жовтня 2009 року № 1-05/4 збірник наукових праць «Приватне право і підприємництво» Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України внесено до переліку наукових фахових видань з юридичних наук, в яких можуть публікуватися результати дисертаційних робіт на здобуття наукових ступенів доктора і кандидата наук.**

*Розповсюдження та тиражування без офіційного дозволу Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України забороняється.*

*За достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах, несуть відповідальність автори.*

*Надруковані в інших виданнях матеріали до розгляду не приймаються.*

*У передрукованих публікаціях посилання на «Приватне право і підприємництво» обов'язкове.*

Адреса редколегії: 01042, Київ, вул. М. Раєвського, 23-А, А\С 136  
[www.ndippp.gov.ua](http://www.ndippp.gov.ua) [ndippp@adamant.net](mailto:ndippp@adamant.net)

© Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015  
© Автори статей

# Зміст

|                                                                                                              |   |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| <b>Крупчан О. Д.</b> Стратегія приватноправових наукових досліджень на сучасному етапі розвитку України..... | 5 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|

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

|                                                                                                                                                     |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Бурило Ю. П.</b> Передачі (програми) організацій мовлення як об'єкти права інтелектуальної власності та об'єкти інформаційних правовідносин..... | 8  |
| <b>Довгерт А. С.</b> Джерела цивільного права України: види та співвідношення.....                                                                  | 12 |
| <b>Лапечук П. І., Попович Т. Г., Бесарабчик В. О.</b> Право власності на природні ресурси: особливості здійснення окремих правомочностей.....       | 17 |
| <b>Миронова Г. А.</b> Особливості цивільно-правового захисту права на медичну допомогу .....                                                        | 21 |
| <b>Онищенко О. С.</b> Відшкодування моральної шкоди, завданої громадянину незаконним притягненням до кримінальної відповідальності .....            | 26 |
| <b>Примак В. Д.</b> Справедливість і розумність при відшкодуванні моральної шкоди: порівняльно-правовий зріз .....                                  | 28 |
| <b>Сіщук Л. В.</b> Реорганізація юридичних осіб: теоретико-правові аспекти.....                                                                     | 32 |
| <b>Тімуш І. С.</b> Актуальні проблеми відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконним притягненням до кримінальної відповідальності .....      | 36 |
| <b>Шевченко О. М.</b> Правовий статус вищих духовних навчальних закладів у контексті реформування системи вищої освіти України.....                 | 40 |

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

|                                                                                                                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Беляневич О. А.</b> Про оборотоздатність права вимоги за грошовим зобов'язанням .....                                                                              | 44 |
| <b>Бичкова С. С.</b> Процесуальний порядок визнання спадщини відумерлою .....                                                                                         | 51 |
| <b>Біленко В. І.</b> Проблеми правового регулювання відносин сурогатного материнства.....                                                                             | 56 |
| <b>Гарієвська М. Б.</b> Відеоконференція в цивільному процесі: проблемні питання .....                                                                                | 59 |
| <b>Заїка Ю. О.</b> Виникнення та становлення заповіту з умовою у вітчизняному спадковому законодавстві.....                                                           | 62 |
| <b>Льченко Г. О.</b> Відшкодування збитків споживачів страхових послуг за договором страхування .....                                                                 | 66 |
| <b>Кожевникова В. О., Коренга Ю. В.</b> Законодавчі обмеження прав фізичних осіб щодо укладення договору сурогатного материнства.....                                 | 70 |
| <b>Козловська Л. В.</b> Правосуб'єктність у механізмі здійснення і захисту спадкових прав .....                                                                       | 73 |
| <b>Кочин В. В.</b> Поняття та характеристика механізму саморелюгування підприємницьких відносин .....                                                                 | 77 |
| <b>Первомайський О. О.</b> Відшкодування шкоди, завданої органом державної влади або органом місцевого самоврядування, на підставі положень ст. 1173 ЦК України ..... | 81 |
| <b>Резнік Г. О.</b> Відновлення втраченого судового провадження у цивільних, господарських та адміністративних справах .....                                          | 85 |
| <b>Черненко О. А.</b> Відвід судді в господарському процесі .....                                                                                                     | 89 |
| <b>Ясечко С. В.</b> Порівняльний аналіз правочинів, спрямованих на виникнення, зміну та припинення особистих немайнових прав авторів .....                            | 93 |

### III. ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН

|                                                                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Гриняк А. Б., Проценко В. В. Звичай як джерело правового регулювання договірних відносин .....                                        | 98  |
| Кицик Я. Р. Сутність примірного договору у господарському праві України .....                                                         | 102 |
| Король А. О. Договірні-правові засади формування зони вільної торгівлі між Україною та Європейським Союзом .....                      | 105 |
| Микита І. Р. Поняття договору міжнародного морського перевезення .....                                                                | 109 |
| Міловська Н. В. Права та обов'язки страхувальника в договірних зобов'язаннях зі страхування .....                                     | 114 |
| Походжук Р. В. Поняття та правова природа договору постачання електричної енергії через приєднану мережу як споживчого договору ..... | 119 |

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

|                                                                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Балюк Ю. О. Речове право користування житлом членами сім'ї власника .....                                                                      | 123 |
| Бернацький М. В. Колізії норм в житловому законодавстві України .....                                                                          | 127 |
| Біленко М. С. Підстави набуття права власності на об'єкт будівництва .....                                                                     | 130 |
| Галантич М. К., Самойленко Г. В. Характеристика житла за цивільним законодавством України та в практиці Європейського суду з прав людини ..... | 134 |
| Корнієнко Ю. І. Застава майнових прав на об'єкт незавершеного будівництва .....                                                                | 140 |
| Хіміч С. П. Захист житлових прав у контексті застосування Європейської конвенції про захист прав людини .....                                  | 144 |

### V. ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПІДПРИЄМНИЦТВА В УКРАЇНІ

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Безух О. В. Трансформація господарських правовідносин в ринкових умовах .....                    | 148 |
| Полюхович В. І. Роль саморегулювальних організацій на фондовому ринку .....                      | 152 |
| Сергійко О. В. Державне регулювання та управління у сфері підприємництва: зміст та функції ..... | 157 |

### VI. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

|                                                                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Боярський Є. Д. Проблеми законодавчого визначення обходу закону в міжнародному приватному праві України .....             | 161 |
| Ватрас В. А. Місце міжнародних договорів України в системі джерел сімейного права .....                                   | 164 |
| Король В. І. Правові ризики зміни режиму імпорту українських товарів у межах зони вільної торгівлі держав СНД .....       | 168 |
| Косовський Л. М. Проблеми застосування юридичної термінології у справах позовного провадження з іноземним елементом ..... | 173 |

---

## СТРАТЕГІЯ ПРИВАТНОПРАВОВИХ НАУКОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ РОЗВИТКУ УКРАЇНИ

Крупчан О. Д.,

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

У статті висвітлюються актуальні напрями приватноправових наукових досліджень. Обґрунтовується думка про необхідність вироблення науковою установою стратегії наукових досліджень в умовах державно-правових реформ.

**Ключові слова:** стратегія, наукові дослідження, приватне право, наука, реформа.

*Кожен має достатньо сил, щоб прожити життя. А всі ці розмови про те, який зараз важкий час, це хитромудрий спосіб виправдати свою бездіяльність, лінє та різні смутності. Працювати треба, а там, дивись, і часи зміняться.*

Л. Д. Ландау

Суспільні науки, зважаючи на специфіку свого об'єкта та предмета, навіть в умовах певного суб'єктивізму мають спрямовувати дослідження на досягнення таких об'єктивних цілей, як пояснення суспільних та соціальних явищ, закономірностей їх розвитку в навколишньому світі на основі наукових законів, теорій та принципів, а також прогнозування розвитку суспільних процесів з подальшим втіленням досліджень у практичну сферу з метою покращення життя суспільства загалом та людини зокрема. Таким чином, юридична наука, пізнаючи державно-правову дійсність, формує вчення про право і державу, їх елементи, інститути, механізми здійснення і реалізації дій, що мають юридичне значення.

Величезний доробок вітчизняних та зарубіжних вчених-правознавців, а також стрімкий соціально-економічний розвиток породжує необхідність спрямування наукового потенціалу групи науковців на розв'язання як фундаментальних, так і прикладних проблем. Сформовані в Україні наукові школи не мають бути інструментом вирішення конкретної державно-правової проблеми, а мають бути зорієнтовані на досягнення більш масштабного результату, який поглинатиме окремі суспільні відносини, що потребують належного правового регулювання.

На сучасному етапі функціонування наукової установи вкрай важливо не лише вирішити завдання щодо проведення якісного й досконалого наукового дослідження, а й економічного забезпечення діяльності галузі відповідно до реальних потреб внаслідок диверсифікації джерел фінансування. Слід зауважити, що бюджетне фінансування відповідно до Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність» передбачає такі рівні базового та програмно-цільового фінансування, яке на сьогодні не відповідає належному забезпеченню достатніми матеріальними умовами для ефективної самостійної творчої діяльності, збереженню престижу професії наукового працівника, систематичному залученню талановитої молоді до наукових досліджень та можливостям підвищення кваліфікації наукових працівників.

У проведенні реформ, які пропонуються в Україні, окремо йдеться про підвищення вимог до здобувачів наукових ступенів та вчених звань. Дійсно, такі вимоги мають існувати, оскільки їх впровадження стимулює входження України до світових лідерів з наукових напрацювань, а також унеможливилюватиме здобуття особами, які фактично не здійснюють наукових досліджень, наукових ступенів та вчених звань. Проте це створює фінансові перешкоди для наукових співробітників та професорсько-викладацького складу в їх прагненні до удосконалення та апробації результатів своїх досліджень. При цьому при реформуванні наукового сектора не беруться до уваги механізми матеріального забезпечення досліджень, вирішення житлових та трудових потреб науковців, тобто комплексний підхід до наукової сфери.

Особливого значення набуває підтримка фундаментальних та прикладних наукових досліджень за недержавними грантами, оскільки відповідно до державного бюджету на 2015 рік (як і за попередні роки) фінансування всіх інститутів НАПрН України визначено єдиним бюджетним рядком. Тому говорити про сукупність базового та цільового фінансування фундаментальних досліджень на рівні законодавчо передбаченої оплати праці наукового працівника, що має забезпечувати достатні матеріальні умови для ефективної самостійної творчої діяльності, підтримання престижу професії

наукового працівника, стимулювання процесів залучення талановитої молоді до наукових досліджень та підвищення кваліфікації наукових працівників, наразі неможливо.

Зважаючи на це, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України (далі – Інститут) пропонує новий підхід до ієрархічно побудованої системи цілей діяльності та інтегральної концепції їх досягнення, який імперативно зумовлює необхідність: 1) суттєвої зміни організаційної структури, яка, власне, й виступає як інструмент реалізації суб'єктивно визначеної концепції управління; 2) проведення ревізії інтелектуально-кадрового потенціалу Інституту, врахувавши вміння здійснити й спрямувати наукові дослідження, реально наближені до потреб суспільства.

З огляду на це наукові дослідження здійснюються у межах роботи таких відділів: проблем приватного права (зокрема щодо досліджень загальних проблем цивільного права та проблем корпоративного права), проблем договірних прав, правових проблем підприємництва, правового забезпечення ринкової економіки, юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права, судоустрою та судочинства та відділу стратегічних міжнародно-правових досліджень. Вважаємо, що таким чином реалізуються головні засади та мета діяльності Інституту, що зумовлені його високою професійною репутацією як наукового центру, який здійснює фундаментальні приватноправові дослідження, що мають як теоретичне, так і практичне значення.

Слід забезпечити максимально можливу інтелектуальну участь Інституту (з урахуванням організаційних, кадрових та інших чинників) в діяльності органів законодавчої, виконавчої та судової влади (як в особі наукових співробітників, так і Інституту як наукової установи) у вигляді наукових висновків для Конституційного Суду України, вищих судових інстанцій, аналітичних записок, присвячених актуальним проблемам регулювання цивільних, господарських та інших відносин.

Передумови такої взаємодії науки й практики вже закладені в окремих сферах та активно функціонують. До таких прикладів слід віднести законодавчо передбачений порядок звернення до відповідних фахівців Науково-консультативної ради при Верховному Суді України в порядку ст. 360<sup>1</sup> ЦПК України. При цьому вважаємо за доцільне вносити до описової частини рішення узагальнені позиції науковців Науково-консультативної ради, оскільки їх висновки фактично є науковою експертизою в широкому розумінні цього поняття, оскільки судом використовуються спеціальні знання, які ґрунтуються на дослідженнях у галузі юридичної науки. До того ж не йдеться про вирішення правових питань (практичну площину), а фактично здійснюється наукове обґрунтування вирішення спірних відносин з метою наступного уникнення неоднакового застосування норм матеріального права.

Крім того, вважаємо за доцільне запровадження інституту наукового представництва в органах державної влади для забезпечення наукового супроводу їх діяльності. Так, активна співпраця з комітетами Верховної Ради України, зокрема через вивчення і аналіз законопроектів, підготовку зауважень і пропозицій щодо їх вдосконалення і подання до парламенту, може здійснюватися в результаті послідовної роботи всіх відділів шляхом вирішення таких завдань, а також визначення новизни дисертаційних досліджень, які розглядаються на засіданнях спецради Інституту. Результати досліджень на регулярній основі (не рідше одного разу на квартал) у формах проектів нормативно-правових актів та науково-аналітичних записок мають надходити до відповідних комітетів Верховної Ради України, адміністрації Президента України, Кабінету Міністрів України, Міністерства юстиції України, Державної служби України з питань регуляторної політики та розвитку підприємництва тощо.

Окремо слід наголосити, що фундаментальні та прикладні дослідження, які здійснюються Інститутом, забезпечують втілення реформ, запропонованих Президентом України та Кабінетом Міністрів України. Тому має бути удосконалено механізм впровадження результатів наукових досліджень. Окрім наукових висновків, законопроектів, розроблених за власною ініціативою, та аналітичних наукових записок має поширюватися друкована продукція, окрім тієї, яка є обов'язковою для розповсюдження. Цікавим є факт, що в межах 326,8 млн. грн., які були використані для державного замовлення на випуск друкованої продукції у 2013 році, Національна академія правових наук та Національна академія медичних наук серед наукових установ, які здійснюють дослідження за державні кошти, ніякого фінансування не отримали. Тому «тягар» впровадження результатів досліджень у формі монографій та збірників наукових праць залишається в площині необхідного додаткового пошуку коштів, а не продовження досліджень. Проте пріоритетним напрямом діяльності залишається публікація якісних наукових статей наукових співробітників Інституту, особливо у друкованих виданнях вищих судових інстанцій, в яких мають висвітлюватися найбільш важливі питання правозастосування.

Помітну роль у виконанні науково-дослідної роботи відіграє наукова молодь Інституту, задіяна головним чином до роботи ради молодих вчених, яка охоплює не лише певну наукову установу, а й рівень міжвузівських зв'язків. Не менш важливою є популяризація діяльності Інституту, насамперед, в

---

мережі Інтернет. На офіційному сайті Інституту, а також через створення відповідних сторінок у соціальних мережах мають розміщуватися наукові статті співробітників, наукові висновки тощо.

Дослідження, які планує здійснювати Інститут, об'єктивно зумовлені суспільно-політичними процесами в Україні та необхідністю завершення євроінтеграційних процесів. Основою цих досліджень має бути орієнтація на такі фундаментальні принципи, як верховенство права, справедливість та розумність, а також дотримання загальноєвропейських принципів та розвиток ринкових економічних відносин.

Вважаємо за доцільне зупинитися на таких спрямуваннях. Так, у ході проведення судової реформи Інститут здійснює та поглиблює розробку науково-обґрунтованих пропозицій з таких основних напрямів, як зміни до цивільного процесуального та господарського процесуального законодавства та законодавства про адміністративне судочинство, які мають враховувати нову трирівневу побудову судової системи України, в тому числі повернення Верховному Суду України повноважень вищої судової інстанції; внесення змін до процесуального законодавства, спрямованих на підвищення забезпечення права на справедливий суд стосовно законодавства про судоустрій і статус суддів, матеріального права.

Окрему групу досліджень становлять дослідження механізму регулювання договірних відносин у цивільному праві України, що полягає у формуванні науково обґрунтованої концепції правового регулювання договірних відносин, а також вироблення рекомендацій щодо удосконалення цивільного та господарського законодавства України та практики його застосування. Після підписання Україною Угоди про асоціацію з ЄС постала нагальна потреба у визначенні природи, характерних ознак та відмінностей саморегулювання договірних відносин їх учасниками та державного регулювання таких відносин, а також співвідношення між ними.

Ще однією актуальною перспективною темою досліджень є нова політика та її вплив на приватноправові відносини. Серед стратегічних напрямів розглядаються дослідження зі здійснення наукового переосмислення законодавчих актів України, що регулюють видачу ліцензій та дозволів, стосовно приведення їх положень відповідно до права ЄС з метою удосконалення адміністративних процедур та оптимізації (скорочення кількості) видів господарської діяльності, до яких вони застосовуються (в межах проекту Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності»).

Таким чином, вважаємо, що в сучасних умовах розвитку України кожна наукова установа має створити власну стратегію наукових досліджень, що забезпечить вирішення поточних та перспективних наукових завдань. Слід зауважити, що це не має стати «науковим» виправданням державно-правових реформ, тому що йдеться про наукове обґрунтування їх доцільності в межах діяльності наукової установи. Приватноправові дослідження, на нашу думку, мають бути соціально спрямованими, ґрунтуватися на загальнолюдських цінностях, а також принципах ринкової економіки. При цьому не слід обмежуватися лише цим напрямом, оскільки публічно-правові процеси також впливають на приватні відносини, тому не можуть залишатися поза увагою. Все це сприяє розвитку нашої держави, доводить доцільність функціонування наукових установ і в результаті виведе Україну як повноцінного європейського партнера не лише на рівень міждержавної співпраці, а й на рівень спільних наукових досліджень.

*The article highlights current trends of private law research. It has been suggested the necessity of strategy a scientific research for institutions according to the state law reforms.*

*В статье рассматриваются актуальные направления частноправовых исследований. Обосновывается идея необходимости выработки научным учреждением стратегии научных исследований в условиях государственно-правовых реформ.*

## ПЕРЕДАЧІ (ПРОГРАМИ) ОРГАНІЗАЦІЙ МОВЛЕННЯ ЯК ОБ'ЄКТИ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ТА ОБ'ЄКТИ ІНФОРМАЦІЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Бурило Ю. П.,

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

*У статті аналізується сутність передач та програм організацій мовлення з точки зору інформаційного права та права інтелектуальної власності. На основі інтеграції методології інформаційного права та права інтелектуальної власності запропоновано уніфіковані дефініції передач та програм організацій мовлення.*

**Ключові слова:** інформаційні правовідносини, телерадіомовлення; передачі (програми) організацій мовлення; авторське право та суміжні права.

Розвиток науково-технічного прогресу зумовив появу таких форм передання інформації на відстань, як телебачення і радіомовлення. Поява в інформаційному просторі телерадіомовлення, в свою чергу, спричинила новий імпульс інтелектуальної, творчої діяльності, внаслідок чого з'явилися нові об'єкти інтелектуальної власності, зокрема, такі, як передачі (програми) організацій мовлення. В процесі створення, трансляції та ретрансляції передач і програм організацій мовлення виникає чимало різного роду правовідносини, в яких, насамперед, виділяються два основні аспекти: інформаційний та інтелектуальний. Відтак має сенс поглянути на правовідносини щодо передач (програм) організацій мовлення з точки зору як інформаційного права, так і права інтелектуальної власності, сформувавши таким чином єдиний інтегрований погляд на сутність зазначених об'єктів правовідносин. Такий підхід необхідний для подальшого вдосконалення чинного законодавства в галузі телерадіомовлення в частині, що регулює суспільні відносини щодо створення та поширення аудіовізуальної інформаційної продукції, яка містить об'єкти права інтелектуальної власності.

Враховуючи актуальність питань, пов'язаних з правовим регулюванням суспільних відносин, об'єктами яких виступають передачі (програми) організацій мовлення в ході інформаційної діяльності телерадіоорганізацій, вони стали предметом наукових досліджень багатьох вчених, зокрема таких, як: У. Андрусів [1], О. Боярчук [2], Т. Вахонєва [3], О. Єліферов [4], І. Стройко [5], Н. Яркіна [6] та ін. Однак досі юридичною доктриною не вироблено єдиного підходу до визначення сутності передач (програм) організації мовлення, що вимагає вивчення їх особливостей порівняно з іншими об'єктами авторського права та суміжних прав. Отже, метою цієї статті є вироблення на основі поєднання методології інформаційного права та права інтелектуальної власності інтегрованого розуміння юридичної сутності та особливостей передач (програм) організацій мовлення як об'єктів правовідносин, пов'язаних з інформаційною діяльністю телерадіоорганізацій.

Для окреслення вихідних методологічних засад даного дослідження одразу слід наголосити на тісному взаємозв'язку інформаційного права та права інтелектуальної власності, адже в переважній більшості об'єкти права інтелектуальної власності являють собою інформацію (наприклад, аудіовізуальний твір є, по суті, аудіовізуальною інформацією, літературний твір – друкованою інформацією тощо). Саме тому більшість об'єктів права інтелектуальної власності одночасно є об'єктами інформаційних відносин, врегульованих інформаційним правом. Цим пояснюється і той факт, що більшість норм права інтелектуальної власності можна одночасно віднести до складу інформаційного права, тим більше, що обидві ці галузі права є комплексними, а отже, в межах своїх предметів правового регулювання можуть базуватися на одних і тих самих нормах, запозичених з різних самостійних галузей права: конституційного, цивільного, адміністративного тощо.

Водночас суттєва різниця в методології регулювання відповідних суспільних відносин з точки зору інформаційного права та права інтелектуальної власності полягає в тому, що право інтелектуальної власності регулює далеко не всі інформаційні відносини, а лише ті з них, де інформація є результатом інтелектуальної, творчої діяльності. Хоча право інтелектуальної власності і можна вважати комплексною галуззю з огляду на присутність у її межах відповідних конституційних, цивільно-правових, адміністративно-правових та навіть кримінально-правових норм, проте окреслена галузь регулює переважно горизонтальні відносини на приватноправових засадах за допомогою диспозитивного методу. В той же час до предмета правового регулювання інформаційного права, яке теж є комплексним, включаються всі інформаційні відносини, незалежно від наявності в них інтелектуальної, творчої складової, а його методологія поєднує імперативні та диспозитивні методи правового впливу на вертикальні та горизонтальні інформаційні відносини.

Разом з тим, враховуючи перетинання предметів правового регулювання та нормативних масивів інформаційного права та права інтелектуальної власності, існує необхідність в поєднанні інформаційно-правових та інтелектуально-правових підходів до регулювання інформаційних відносин з приводу інформації, представленої у формі різних об'єктів права інтелектуальної власності, в тому числі й передач (програм) організацій мовлення.

Термін «передача (програма) організації мовлення» є насамперед категорією права інтелектуальної власності, яка вживається як в ЦК України, так і в Законі України «Про авторське право і суміжні права» [8; 9]. У ст. 449 ЦК України передачі (програми) організацій мовлення віднесені до об'єктів суміжних прав поряд з такими об'єктами, як виконання, фонограми та відеограми [8]. Суміжне право виникає з факту виконання твору, виробництва фонограми, виробництва відеограми, оприлюднення передачі (програми) організації мовлення. Отже, суміжні права – це права на результати творчої діяльності виконавців, виробників фонограм (відеограм), організацій мовлення, які утворюються внаслідок використання ними об'єктів авторського права (твори літератури та мистецтва) [7, с. 99].

У цьому зв'язку слід, однак, зауважити, що іноді можна зустріти думку, що, начебто, передачі (програми) організацій мовлення є результатом скоріше фізичної, аніж розумової праці, і складно сказати, що їх відмітною особливістю є творча оригінальність [1, с. 65]. Проте з цією точкою зору важко погодитися, адже за своєю технічною і організаційною складністю створення передачі (програми) організації мовлення часто не поступається багатьом видам інтелектуальної діяльності авторів творів. Тому інтелектуальний, творчий внесок колективу фахівців у створення передачі (програми) організації мовлення часто буває набагато вагомим, ніж, наприклад, творчі зусилля автора фотографії або автора невеликої статті в газеті.

З огляду на це необхідно погодитися з аргументами О. М. Боярчука, який вважає, що творчий характер суміжних прав відображається в діяльності, яка породжує нову форму втілення творів літератури і мистецтва і відрізняється неповторністю і оригінальністю... Об'єктивною формою представлення творчого результату діяльності організацій телерадіомовлення є оприлюднення програм, передач цих організацій певним способом за допомогою технічних засобів. Без застосування творчих можливостей суб'єкта проведення такої діяльності найновіші, найсучасніші технічні засоби будуть недоторканим вантажем... Оскільки телебачення визначають або як новий вид мистецтва..., очевидно, що мистецтву завжди притаманна творчість [2, с. 7]. Про наявність елемента творчості в передачах (програмах) організацій мовлення свідчать дослідження й інших вчених, зокрема таких, як У. Андрусів [1, с. 65].

Визначення особливостей передач (програм) організацій мовлення як об'єктів суміжних прав ускладнено тим, що ані ЦК України, ані Закон України «Про авторське право і суміжні права» не містять дефініції передачі (програми) організації мовлення. Однак цей Закон закріплює визначення організації мовлення, якою є організація ефірного мовлення чи організація кабельного мовлення. В свою чергу, організація ефірного мовлення визначається як телерадіоорганізація, що здійснює публічне сповіщення радіо- чи телевізійних передач і програм мовлення (як власного виробництва, так і виробництва інших організацій) шляхом передачі в ефір за допомогою радіохвиль (а також лазерних променів, гамма-променів тощо) у будь-якому частотному діапазоні (у тому числі й з використанням супутників). Організація кабельного мовлення здійснює, відповідно, аналогічні дії тільки шляхом передавання на віддаль сигналу за допомогою того чи іншого виду наземного, підземного чи підводного кабелю (провідникового, оптоволоконного чи іншого виду) [3, с. 39].

В цьому зв'язку слід відмітити, що виходячи з термінології Закону України «Про телебачення і радіомовлення», залежно від видів мовлення, передбачених ст. 23, можна виділити телерадіоорганізації, що здійснюють супутникове, ефірне, кабельне, проводове, багатоканальне мовлення [10]. Разом з тим всі ці телерадіоорганізації підпадають під досить широкі дефініції організацій ефірного або кабельного мовлення за Законом України «Про авторське право і суміжні права». Так, за термінологією цього Закону телерадіоорганізація, що здійснює супутникове мовлення, класифікується як організація ефірного мовлення; телерадіоорганізація, що здійснює проводове мовлення, вважатиметься організацією кабельного мовлення, а телерадіоорганізація, що здійснює багатоканальне мовлення, залежно від того, чи використовує вона бездротовий або дротовий зв'язок для розповсюдження своїх передач (програм), може вважатися, відповідно, організацією ефірного або кабельного мовлення. Так чи інакше, співставлення норм Закону України «Про авторське право і суміжні права» та Закону України «Про телебачення і радіомовлення» дозволяє вживати поняття «організація мовлення» і «телерадіоорганізація» як тотожні. Відтак, можемо також провести аналогію між такими поняттями, як «передача організації мовлення» і «програма організації мовлення», з одного боку, і телерадіопередача та телерадіопрограма, з іншого боку.

Водночас визначення телерадіопередач і телерадіопрограм міститься в ст. 1 Закону України «Про телебачення і радіомовлення». Відповідно до зазначеної статті передача (телерадіопередача) – це змістовно завершена частина програми (телерадіопрограми), яка має відповідну назву, обсяг

трансляції, авторський знак, може бути використана незалежно від інших частин програми і розглядається як цілісний інформаційний продукт. Як бачимо, більшість ознак передачі в наведеній дефініції, а саме: назва, обсяг трансляції, можливість використання незалежно від інших частин програми як цілісного інформаційного продукту є характерними для доктрини інформаційного права, яке традиційно більше уваги концентрує на організаційно-технологічних особливостях створення і поширення інформаційних продуктів. Цілком очевидно, що з точки зору права інтелектуальної власності дане визначення залишилося недоопрацьованим. Хоча в даній дефініції і згадується про авторський знак, така згадка є не зовсім доречною, адже наводить деяких дослідників на хибні висновки. Так, є думка, яка ґрунтується на аналізі зазначеного визначення, що Закон України «Про телебачення і радіомовлення» начебто визначає передачу (телерадіопередачу) як об'єкт авторського права, а саме: аудіовізуальний твір [5, с. 222].

Передача організації мовлення, як правило, містить об'єкти авторського права. Зокрема, вона може містити й аудіовізуальні твори. Зв'язок передач організації мовлення з об'єктами авторського права цілком очевидний і ніким не заперечується, оскільки телерадіопередача виступає формою зовнішнього вираження і поширення багатьох об'єктів авторського права. Проте вона має похідну відповідно до цих об'єктів природу, і тому виступає об'єктом суміжних прав. Крім того, за допомогою телерадіопередач до широкого загалу телеглядачів і радіослухачів доносяться інші об'єкти суміжних прав, такі як: виконання, фонограми і відеограми.

Водночас поряд з об'єктами авторського права і суміжних прав у телерадіопередачі може міститися інформація, яка не належить до таких об'єктів, наприклад, повідомлення про поточні новини, розклади телерадіопередач або розклади руху транспортних засобів. У цьому зв'язку О. Б. Сліферов звертає увагу на передачі організації мовлення, які виходять у прямій трансляції. Справа в тому, що аудіовізуальні твори, які є об'єктом авторського права, фонограми та відеограми, які є об'єктами суміжних прав, – це будь-яка інформація, яка зафіксована на відповідному носії, а значна кількість передач організації мовлення транслюється у «прямому ефірі», тобто без попереднього запису і монтажу. Виходячи з цього, на його думку, така передача не підпадає під поняття жодного об'єкта права інтелектуальної власності, хоча може мати сценариста, режисера, художника та інших осіб, які віднесені законодавством до авторів [4]. На нашу думку, більшість передач, які виходять у прямому ефірі, все ж можна віднести до об'єктів суміжних прав, адже, як правило, в них виявляється та чи інша інформація, що становить об'єкт авторського права, наприклад, інтерв'ю, публічні промови та виступи, художнє оформлення заставки, наявність певного сценарію тощо.

З огляду на зазначене, заради об'єктивності і юридичної точності у визначенні телерадіопередач, мають згадуватися не тільки об'єкти авторського права, а й об'єкти суміжних прав та інформація, яка не належить до об'єктів права інтелектуальної власності. З огляду на це пропонуємо закріпити в ст.1 Закону України «Про телебачення і радіомовлення», а також у ст.1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» таке уточнене універсальне визначення передачі організації мовлення (телерадіопередачі): «Передача організації мовлення (телерадіопередача) – це змістовно завершена частина програми організації мовлення (телерадіопрограми), яка має певну назву, обсяг трансляції, містить об'єкти авторського права та/або суміжних прав та/або іншу інформацію, яка не належить до об'єктів права інтелектуальної власності, і може вважатися окремим інформаційним продуктом та об'єктом суміжних прав».

Поняття передачі як об'єкта суміжних прав та інформаційного продукту тісно пов'язане з поняттям програми організації мовлення. За відсутності дефініції цього поняття в Законі України «Про авторське право і суміжні права» єдине визначення телерадіопрограми міститься у ст. 1 Закону України «Про телебачення і радіомовлення». Відповідно до зазначеної статті під такою програмою розуміється поєднана єдиною творчою концепцією сукупність передач (телерадіопередач), яка має постійну назву і транслюється телерадіоорганізацією за певною сіткою мовлення. Певним недоліком цього визначення є відсутність згадки про те, що телерадіопрограма в цілому є об'єктом суміжних прав, відмінним від окремих передач, які входять до її складу. Хоча в чинному законодавстві України відсутній такий термін, як «складений об'єкт суміжних прав», а згадується лише про складений твір як об'єкт авторського права, сама по собі напрошується певна аналогія між програмою організації мовлення як сукупністю передач – об'єктів суміжних прав та збірником творів, який відповідно до ст. 19 Закону України «Про авторське право і суміжні права» вважається складеним твором і розглядається як окремий об'єкт авторського права. У цьому зв'язку, очевидно, доречно було б передбачати включення до книги четвертої ЦК України окремої статті, яка б визначала поняття та загальні риси правового режиму складних (складених) об'єктів права інтелектуальної власності, до складу яких могли б відноситися не лише об'єкти авторського права, а й об'єкти суміжних прав та інші об'єкти права інтелектуальної власності.

Інше питання, яке виникає в результаті аналізу наведеного визначення телерадіопрограми, стосується назви програми, адже телерадіопрограмою відповідно до цього визначення може вважатися не будь-яка сукупність передач організацій мовлення, а лише та, яка має постійну назву. У цьому зв'язку простіше за все зробити висновок, що телепрограмою вважається низка однойменних передач, які регулярно виходять під спільною назвою, наприклад, програма «Ранок» на Інтері або «Інспектор Фреймут» на 1+1. Проте телерадіопрограмою традиційно називають і всю сукупність передач організації мовлення, яку вона транслює протягом дня, тижня або іншого проміжку часу.

Подібно до серії однойменних та однотипних передач, які виходять під єдиною назвою, денна або тижнева телерадіопрограма теж має в своїй основі певну творчу концепцію, яку ще часто іменують програмною концепцією мовлення. Вона, звісно, відрізняється від творчої концепції однойменних передач, оскільки покликана поєднувати передачі різних типів і жанрів, однак вона теж носить творчий характер і відіграє важливу роль в організації змістовного наповнення сітки мовлення будь-якої телерадіоорганізації. Водночас далеко не завжди сукупність передач тієї чи іншої телерадіоорганізації, що поєднана єдиним творчим задумом і виходить за певний проміжок часу, взагалі має яку-небудь назву. В цьому випадку з огляду на суто формальну вимогу закону про наявність постійної назви у телерадіопрограми таку сукупність передач вже не можна назвати телерадіопрограмою (програмою організації мовлення).

Втім аналіз багатьох норм Закону України «Про телебачення і радіомовлення», насамперед тих, що регламентують діяльність провайдерів програмної послуги, які пакетують програми різних телерадіоорганізацій і надають можливість переглядати ці пакети телерадіопрограм своїм абонентам, дає можливість стверджувати, що до телерадіопрограми відноситься вся поєднана єдиною творчою концепцією сукупність телерадіопередач, що транслюється телерадіоорганізацією протягом певного відрізка часу за допомогою певного каналу мовлення, а не лише низка однойменних передач.

Зважаючи на зазначене, вбачається більш точним таке визначення програми організації мовлення (телерадіопрограми), яке може бути закріплене в Законі України «Про телебачення і радіомовлення», а також в Законі України «Про авторське право і суміжні права»: «Програма організації мовлення (телерадіопрограма) – поєднана єдиною творчою концепцією сукупність передач організації мовлення (телерадіопередач), в тому числі й сукупність однойменних телерадіопередач, що транслюється телерадіоорганізацією протягом певного проміжку часу за допомогою одного каналу мовлення і може вважатися об'єктом суміжних прав».

Підсумовуючи наведене, слід зазначити, що прогалини в чинному законодавстві, що визначає правовий режим передач (програм) організацій мовлення, суперечливість і недосконалість окремих його положень значною мірою викликані неузгодженістю понятійно-категоріального апарату інформаційного права та права інтелектуальної власності – двох тісно взаємопов'язаних комплексних галузей права, які мають безпосереднє відношення до телерадіопередач (програм) як об'єктів правовідносин. Вирішенням цієї проблеми має стати вироблення на основі інтеграції методології інформаційного права та права інтелектуальної власності уніфікованих дефініцій передач (програм) організацій мовлення, які усунуть відповідні прогалини та протиріччя.

Перспективні дослідження з окресленої проблематики мають торкнутися правового режиму передач (програм) організацій мовлення в умовах їх широкого використання в мережі Інтернет.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Андрусів У. Проблеми реалізації прав інтелектуальної власності на програми організацій мовлення в Україні / У. Андрусів // Право України. – 2008. – № 6. – С. 63–68.
2. Боярчук О. М. Цивільно-правова охорона суміжних прав в Україні: автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. М. Боярчук; Київський національний університет ім. Тараса Шевченка. – К.: 2002. – 19 с.
3. Вахонєва Т. Передачі (програми) організацій мовлення як об'єкти права інтелектуальної власності / Т. Вахонєва // Юридична Україна. – 2011. – № 10. – С. 38–42.
4. Єліферов О. Б. Встановлення елементів змісту та форми передач (програм) організацій мовлення при проведенні судової експертизи / О. Б. Єліферов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis\\_nbuv/cgiirbis\\_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE\\_FILE\\_DOWNLOAD=1&Image\\_file\\_name=PDF/krise\\_2013\\_58\(1\)\\_52.pdf](http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/krise_2013_58(1)_52.pdf).
5. Стройко І. А. Проблемні питання захисту суміжних прав організацій мовлення: практика України та європейський досвід / І. А. Стройко // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 3. – С. 219–224.
6. Яркіна Н. Є. Суміжні права в авторському праві: автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.03 / Н. Є. Яркіна; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2000. – 20 с.
7. Право інтелектуальної власності: навч. посіб. / В. Р. Кравець, В. Г. Олюха, О. М. Стець та ін. – За заг. ред. Кравця В. Р., Олюхи В. Г. – К.: Центр учбової літератури, 2012. – 270 с.

8. *Цивільний кодекс* України від 16.01.2003 р. – № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

9. *Закон України* «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. № 3792-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.

10. *Закон України* «Про телебачення і радіомовлення» від 21.12.1993 р. № 3759-XII в редакції Закону від 12.01.2006 р. № 3317-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 18. – Ст. 155.

*The article deals with the essence of broadcasts from the perspective of information law and intellectual property law. A unified definition of broadcasts and TV programs on the basis of information law and intellectual law methodology integration has been put forward.*

*В статтє анализируются сущность передач и программ организаций вещания с точки зрения информационного права и права интеллектуальной собственности. На основе интеграции методологии информационного права и права интеллектуальной собственности предложены унифицированные дефиниции передач и программ организаций вещания.*

## **ДЖЕРЕЛА ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ: ВИДИ ТА СПІВВІДНОШЕННЯ**

**Довгерт А. С.,**

*доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, професор кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, головний науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*У статті доведено, що закон у сфері приватного права, який беззастережно визнається основним джерелом права, у громадянському суспільстві не здатний «самотужки» справитися з регулюванням цивільних правовідносин. Інші джерела цивільного права (закони природного права, міжнародні договори, звичаї, судова практика тощо) об'єктивно починають зміцнювати свої позиції в Україні. Зростання ролі останніх, у свою чергу, ставить питання про їх співвідношення із законом та між собою.*

**Ключові слова:** джерела цивільного права, закон і звичай, закон і судова практика, співвідношення джерел права.

Доктрина й практика щодо джерел права у цілому та цивільного права зокрема викликають багато складних питань, відповіді на які залежать від розуміння права як такого, конкретної правової системи, певного історичного періоду тощо. Наприклад, «психологічна» теорія права взагалі не визнає «джерел права» і пропонує поняття «нормативні факти», до яких наш славетний співвітчизник Л. Й. Петражицький відносив законне право, звичаєве право, право судової практики, книжкове право, доктринальне право включно з вченнями окремих юристів, право юридичної експертизи, право висловів релігійно-етичних авторитетів, договірне право та право односторонніх обіцянок, програмне та прецедентне право, право юридичних поговірок і прислів'я, загальнонародне право [1, с. 366–434].

Виходячи із вищенаведеного, варто уточнити, що у даній статті йдеться про джерела *сучасного цивільного права України* з акцентом на переважну позицію у цих питаннях доктрини і юридичної практики України. Зокрема, у статті постає питання про те, чому закон у сфері приватного права, який беззастережно визнається основним правовим джерелом, не здатний «самотужки» справитися з регулюванням цивільних правовідносин та чому інші джерела цивільного права (закони природного права, міжнародні договори, звичаї, судова практика тощо) об'єктивно починають зміцнювати свої позиції в Україні. Зростання ролі останніх, у свою чергу, ставить питання про їх співвідношення із законом. Нижче послідовно розглядаються три питання: 1) нормативно-правові акти як основне джерело сучасного цивільного права України; 2) об'єктивне посилення ролі інших джерел цивільного права; 3) співвідношення цивільного законодавства з іншими джерелами цивільного права.

**Нормативно-правові акти як основне джерело цивільного права України.** При кодифікації цивільного права в західних країнах питання про джерела права, як правило, не ставилися й не вирішувалися через те, що увесь правовий уклад цих країн давав відповіді на такі питання. Проте розробники проекту ЦК України, мотивуючи своє рішення слабкістю правової системи України, наважилися включити ряд положень стосовно джерел цивільного права до кодифікації, зокрема

положення щодо цивільного законодавства, якому, виходячи з контексту Кодексу в цілому, надавалося значення основного джерела.

У ст. 4 ЦК України наводиться не лише вичерпний перелік видів актів цивільного законодавства, а й закріплюються основні їхні правові характеристики. Автори кодифікації мали на увазі при цьому побудову строгої та несуперечливої системи позитивного цивільного права та недопущення декодифікації ЦК (тобто ситуації, коли дія ЦК фактично підмінюється дією інших законів).

Цивільне законодавство – це сукупність актів різної юридичної сили, які розташовані у суворій ієрархічній системі. Чим вищою є юридична сила акта цивільного законодавства, тим вищим є його положення у системі законодавства. На жаль, термін «законодавство» використовується в ЦК у широкому розумінні.

Ієрархічність актів цивільного законодавства дозволяє вирішити питання їх співвідношення: якщо положення акта меншої юридичної сили суперечать положенням акта більшої юридичної сили, то застосуванню підлягає останній. Наприклад, якщо постанова КМУ України суперечить положенням ЦК або іншого закону, застосовуються відповідні положення ЦК або іншого закону (абз. 2 ч. 4 ст. 4 ЦК).

Для розуміння системи законодавства України слід звернути увагу на те, що ЦК є основним актом цивільного законодавства (абз. 1 ч. 2 ст. 4). Цим положенням він наділяється тому, що у ньому містяться кодифіковані норми загального характеру і він діє на всьому полі цивільних відносин. Але головним є те, що цивільно-правова кодифікація є втіленням саме природного права. Інші закони (у тому числі й ті, що названі кодексами), які містять приватноправові норми, мають прийматися відповідно до Конституції та ЦК.

З метою послаблення декодифікаційних процесів і деформації основних категорій приватного права абз. 3 ст. 4 ЦК пропонує процедуру ухвалення ВРУ тих законів, які регулюють цивільні відносини інакше, ніж ЦК. Зокрема, у цьому випадку суб'єкт законодавчої ініціативи зобов'язаний одночасно подати проект закону про внесення змін до ЦК. Поданий законопроект розглядається ВРУ одночасно з відповідним проектом закону про внесення змін до ЦК. Таким чином, ЦК за юридичною силою є вищим за інші закони, він займає положення «першого серед рівних». Таке місце ЦК в ієрархічній системі цивільного законодавства є необхідним і з огляду створення гармонійної системи позитивного права та забезпечення однаковості регулювання цивільних відносин на всій території України (ч. 6 ст. 4 ЦК).

Практичне значення особливого положення ЦК у системі актів цивільного законодавства полягає в тому, що у випадку колізії норм будь-якого нормативно-правового акта з нормами ЦК слід керуватися останніми. Тому загальний принцип дії законів, відповідно до якого пізніше прийнятий акт витісняє попередній, а спеціальний – загальний акт, у данному випадку не діє. Можливість відступлення від норм ЦК передбачена безпосередньо в цьому Кодексі.

В ієрархії актів цивільного законодавства натупними після ЦК актами є закони (абз. 2 ч. 2 ст. 4 ЦК). У переважній більшості випадків норми ЦК з метою їх конкретизації відсилають саме до законів. Тим самим закладаються передумови для створення єдиної кодифікованої системи. Слід також підкреслити, що безпосередньо ЦК передбачає прийняття багатьох нових законів.

Норми цивільного права можуть міститися і в актах Президента України (ч. 3 ст. 4 ЦК). Нормотворчість Президента України у сфері цивільних відносин обмежена встановленими Конституцією України випадками. Перш за все, тут слід згадати про укази з економічних питань (що не врегульовані законом), право на видання яких Президент України мав протягом трьох років після набуття чинності Конституції відповідно до п. 4 її Перехідних положень. Серед актів КМУ тільки його постанови можуть належати до актів цивільного законодавства (абз. 1 ч. 4 ст. 4 ЦК). Нормотворчість міністерств й відомств України, а також інших органів влади України обмежена випадками й межами, встановленими Конституцією та законами України. У зв'язку з постійними спробами різних відомств своїми правовими актами викривляти положення законів на користь відомчих інтересів їх цивільно-правову нормотворчість зведено до мінімуму.

В Україні, як й у всьому світі, продовжується тенденція зростання масиву нормативно-правових актів, в тому числі у сфері приватного права. Взагалі, історично вихід закону на перший план серед джерел права став наслідком Французької революції, яка висунула нову філософську і політичну концепцію права: право як спосіб захисту свободи і рівності. Революція фактично знищила звичай і значною мірою обмежила роль судді [2, с. 35].

Незважаючи на велике значення у системі джерел нормативно-правового акта, в Україні залишається багато невирішених проблем як на загальноправовому, так і приватноправовому рівнях. Так, на загальному рівні є проблеми з визначенням поняття «нормативно-правовий акт», його співвідношенням з поняттями «правовий акт» і «нормативний акт», з підставами визнання актів різних органів сучасної української держави нормативно-правовими тощо [3]. У цивілістичній теорії та відповідній практиці виникають питання про співвідношення ЦК та інших законів України,

співвідношення норм ЦК і ГК України, інших кодифікацій [4, с. 336–351], про можливість регулювання цивільних відносин органами місцевого самоврядування тощо [5, с. 50].

За своєю природою законодавство має багато вад, наприклад, неминучість протиріч між приписами різних актів, нечіткість і незрозумілість окремих норм, прогальність, складні правила тлумачення, тривала процедура прийняття і внесення змін тощо. Але такі вади закону є не дуже великим злом порівняно з гіпертрофією його ролі. Людство потрапило у полон «гіпертрофованого» позитивізму, коли закон почали ототожнювати з правом. Більшість народів змогла вийти (через війни, колосальні жертви) із цього полону.

Україна ж ще не до кінця вирвалася з полону такого позитивізму. Не тільки серед пересічних людей, а й у середовищі юристів переважає думка, що закон і є правом. Наприклад, «мрією» кожного сучасного судді є такий закон, у якому все було б записано [6, с. 8]. Але ми є свідками того, що ринкові зміни, відкритість до світу та інші процеси в Україні роблять свою справу. І дуже скоро, бо це не залежить від волі окремих людей, юридична практика і теорія будуть сприймати весь спектр джерел права, у тому числі й тих, які сьогодні вважаються «нетрадиційними». Якщо право не зводити до закону, то природно з'являється місце для інших регуляторів – природного права, звичаїв, судової правотворчості тощо.

**Об'єктивне посилення ролі інших джерел цивільного права.** Зростання частки інших, крім закону, регуляторів цивільних відносин є об'єктивним процесом, обумовленим як природною нездатністю законів вирішувати всі життєві ситуації, так і становленням і розвитком громадянського суспільства. У ЦК України не тільки згадуються, а й наводяться певні характеристики таких регуляторів, як *закони природного права, міжнародні договори, звичаї, цивільно-правові договори*.

*Закони природного права.* Закріплений у ст. 8 Конституції України принцип верховенства права означає, що позитивне право, яке створюється людьми, має ґрунтуватися на природному (позадержавному) праві, яке обмежує державну владу і є своєрідним фільтром позитивного права.

Уперше в історії національної кодифікації у ЦК України закріплено важливі принципи побудови та дії позитивного приватного права, а саме: неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; неприпустимість позбавлення права власності; свобода договору; свобода підприємницької діяльності; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність (ст. 3 ЦК). Дана стаття ЦК України посідає ключове місце в сучасній приватноправовій системі, включаючи праворозуміння, законотворення, правозастосування тощо.

Закріплення загальних засад цивільного законодавства у ЦК свідчить, перш за все, про підтвердження законодавцем «першоджерела» цивільного права, яким є природне право, що впливає з раціональності й розумності. Воно складається з природних законів, які визначають поведінку людей у суспільстві незалежно від позитивного права.

Перелічені у ст. 3 ЦК принципи за своєю природою є законами (приписами) природного права. Їх природно-правовий характер не втрачається і в разі їх оформлення в позитивному праві. По-перше, зміст цих принципів не може виводитися лише з положень позитивного права. По-друге, обмеження, встановлені людиною щодо дії цих принципів, мають відповідати критеріям природного права, а саме, розумності, суспільній необхідності, пропорційності тощо.

Згадані принципи мають загальнообов'язковий характер, і тому їх дотримання та врахування при законотворенні й розгляді конкретних правових ситуацій є обов'язковою вимогою закону. Практичне значення цього положення полягає, зокрема, у тому, що суд має не лише механічно аналізувати конкретні юридичні документи, а й усвідомлювати принципи та цілі, що лежать в основі їх прийняття.

Роль *міжнародного договору* в регулюванні цивільних відносин в Україні стрімко збільшується не тільки внаслідок здобуття Україною незалежності [7]. Такий стан віддзеркалює процеси глобалізації всіх аспектів життя, процеси правової уніфікації та гармонізації.

Міжнародні договори все частіше містять норми, які регулюють не міжнародні (міждержавні або міжнародні приватні) відносини, а внутрішні цивільно-правові відносини. Такі норми застосовуються як норми власне міжнародних договорів і не потребують будь-якої трансформації у внутрішнє право.

У радянській доктрині права довгий час була поширена теорія «трансформації», відповідно до якої норми міжнародного договору повинні, начебто, трансформуватися у норми внутрішнього права, і тільки у такій якості вони можуть бути застосовані. Ця теорія вела до приниження ролі міжнародних інструментів та до розуміння певної «другосортності» волі держави, що виражена у міжнародному договорі, порівняно з волею держави, втіленої у внутрішньому правовому акті. Теорія трансформації мала своїм корінням певну ворожість до всього іноземного та підозрілість до міжнародного внаслідок поділу світу у XX ст. на два табори. В цьому плані не дуже вдалим є формулювання ч. 1 ст. 10 ЦК України, яка повторює (стосовно міжнародних договорів у сфері приватного права) відповідне положення ст. 9 Конституції України: чинний міжнародний договір, який регулює цивільні відносини, згода на обов'язковість якого надана ВРУ (**вислів, між іншим, не найкращий**), є частиною національного законодавства України (**формулювання знаходиться у протиріччі з ч. 2 цієї статті**).

Слід сказати, що і сама стаття 9 Конституції України породжує багато запитань, на які в самій Конституції немає відповіді. Наприклад, як відомо, міжнародні договори можуть бути трьох рівнів – міждержавні, міжурядові та міжвідомчі. Тому багато договорів з цього переліку взагалі не потребують згоди ВРУ. Виникає запитання, чи входять вони до складу національного законодавства України в широкому значенні слова «законодавство»? У Конституції також не зафіксовано правила щодо колізій між положеннями міжнародного договору та актами внутрішнього законодавства.

У новому ЦК України відбулося «поновлення у правах» *звичаю* як самостійного джерела права у приватній сфері, яке вже не потребує, як того вимагала соціалістична теорія права, якогось освячення з боку держави. Звичаєве право у країні було фактично знищено диктатурою пролетаріату, а згодом іншими диктатурами, які крім своїх декретів і законів нічого іншого не визнавали. Досвід ринкової Європи свідчить, що звичай відіграє значну роль у комерційній сфері. Таким чином, в умовах переходу до ринкової організації економіки та розвитку майнового обороту в Україні підвищення значення цього джерела права є закономірним процесом.

У ст. 7 ЦК 2003 р. фіксується загальна настанова про можливість регулювання приватних відносин *звичаєм*, під яким розуміють усталені правила поведінки (що не встановлені актами цивільного законодавства) у певній сфері приватних відносин незалежно від того, закріплені ці правила у відповідному документі, чи ні. У ч. 1 ст. 7 ЦК згадується і такий різновид цих правил, як *звичай ділового обороту* – усталене правило поведінки у комерційній сфері. Торгові, портові та інші *звичаї* часом кодифікуються та уніфікуються. Певним прикладом цього можуть слугувати широко застосовувані у внутрішніх цивільних відносинах України міжнародні торговельні *звичаї*, які кодифіковані МТП [8].

Все більшого визнання набуває думка про віднесення до джерел права *цивільно-правових договорів*, у яких встановлюються обов'язкові правила поведінки для сторін договору. Додатковим поштовхом для поширення такої думки стало формулювання положень ст. 6 ЦК України 2003 р., згідно з якими сторони поймаєнованих договорів мають право не тільки врегулювати у договорі свої відносини, які не врегульовані актами цивільного законодавства (ч. 2 ст. 6 ЦК), а й відступити від диспозитивних положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд (абз. 1 ч. 3 ст. 6 ЦК). У такий спосіб сторони договору створюють для себе «своє право».

*Судова практика.* За доби «гіпертрофованого» позитивізму, який привів людство до фашизму і сталінізму, методично впроваджувалася заборона будь-якої судової правотворчості. Вважалося аксіомою, що судові рішення мають прийматися на підставі попередньо встановлених та доведених до відома населення норм права, тому суддя не може у процесі правозастосування створювати правові норми, позаяк це підриває легітимність судової влади та призводить до суддівського свавілля [9, с.1]. У демократичних країнах світу така «філософія» вже подолана. Україна – на черзі.

Нині в Україні спостерігається зміна поглядів на судову практику – від повного заперечення у недавньому минулому будь-яких видів судової практики у якості джерела права до поступового визнання окремих її видів. Так, на законодавчому рівні визнано джерелом права *судова практика Європейського суду з прав людини*. Згідно зі ст. 17 *Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» 2006 р.* суди України при розгляді справ застосовують *Конвенцію про захист прав людини і основних свобод* та практику Суду як джерело права.

Питання про віднесення національної судової практики до джерел права ще залишається відкритим та дискусійним. Попри відсутність її офіційного визнання, *судова практика* (в тому числі й *судовий прецедент*) вже давно використовуються в Україні де-факто як джерело права. Дійсно, важко заперечувати фактичну прецедентність рішень Конституційного Суду України, окремих положень Постанов Верховного Суду України, нормативних тлумачень вищих спеціалізованих судів, окремих рішень вищих судових інстанцій.

*Доктрина.* Хоча багато правових сфер (наприклад, міжнародне приватне право) своєму становленню та розвитку завдячують саме *доктрині*, остання в багатьох країнах, в Україні також, офіційно не відноситься до джерел права. Проте ще за часів існування СРСР судовій і арбітражній практиці були відомі випадки звернення до доктрини для обґрунтування прийнятого рішення. Сьогодні доктрину нерідко вже відносять до допоміжних джерел права.

**Співвідношення цивільного законодавства з іншими джерелами цивільного права.** Зростання ролі, так би мовити, «нових» для України джерел права зумовлює питання про їх співвідношення із законом (між собою також). Розробники ЦК передбачили (прямо або імпліцитно) відповіді на частину з таких питань. На іншу частину питань чекаємо відповідей від практики та доктрини.

*Цивільне законодавство та закони природного права.* Закони природного права (справедливість, добросовісність, розумність тощо) виконують в українському приватному праві стосовно позитивного права, договорів, *звичаїв* тощо інтерпретаційну, доповнюючу та виправну функції. Це означає, що в ієрархії джерел права природні закони стоять вище за всіх інших та у випадку будь-яких протиріч з ними застосовуються закони природного права.

*Цивільне законодавство та міжнародні договори.* На співвідношення цих джерел, начебто, дає відповідь ч. 2 ст. 10 ЦК: якщо у чинному міжнародному договорі України, укладеному у встановленому законом порядку (сьогодні цей порядок визначається Законом України «Про міжнародні договори України»), містяться інші правила, ніж ті, що встановлені відповідним актом цивільного законодавства, застосовується правило відповідного міжнародного договору України.

Виходячи з того, що міжнародні договори можуть бути трьох рівнів – міждержавні, міжурядові та міжвідомчі, а багато з цих договорів не потребують згоди ВРУ, встановлене правило, на нашу думку, слід розуміти так. Якщо чинним міжвідомчим міжнародним договором України встановлені інші правила, ніж ті, що передбачені в нормативно-правовому акті міністерства чи відомства, яке уклало цей договір, то застосовується правило міжнародного договору. Що ж стосується міжурядових міжнародних договорів, то вони мають пріоритет лише перед постановами КМУ або актами цивільного законодавства ще меншої юридичної сили. Нарешті, якщо міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана ВРУ, встановлюються інші правила, ніж ті, що передбачені ЦК та іншими законами, застосовуються правила міжнародного договору.

Таким чином, не всі види міжнародних договорів мають пріоритет щодо ЦК. У певних випадках дія положень ЦК може усуватися лише міжнародними договорами, які вводяться в дію через відповідний закон України (закон про ратифікацію, приєднання або прийняття).

Чи може діяти для України міжнародний договір, положення якого не відповідають Конституції України? Вітчизняна література дає негативну відповідь. Між тим, у багатьох країнах на це питання дається позитивна відповідь. Наприклад, в Нідерландах міжнародний договір, схвалений кваліфікованою більшістю голосів (дві третини) Парламенту, має пріоритет над Конституцією [10, с. 23].

*Цивільне законодавство та звичай.* У країнах континентальної Європи звичай, як правило, доповнює закон. Проте часто звичай має вищу юридичну силу стосовно закону. Так, у Франції практика допускає застосування торгових звичаїв, які протирічать нормам цивільного права, а в Німеччині звичай, що діє на території всієї країни, відміняє закон [11, с. 34].

Відповідно до ч. 2 ст. 7 ЦК звичай за своєю юридичною силою поступається як договору, так і нормам цивільного законодавства. Якщо він суперечить названим джерелам права, говориться в ЦК, він не застосовується. На нашу думку, це правило невиправдано категоричне. Воно не враховує те, що звичай стоїть «ближче» до природного права (деякі дослідники навіть вважають звичай проявом природного права), ніж законодавство та відповідний досвід західних країн. Автор цієї думки пропонував відхиляти звичай тільки у випадку конфлікту з імперативними нормами законодавства [12, с. 17].

*Цивільне законодавство та цивільно-правові договори.* Основні договори майнового обороту передбачені у цивільному законодавстві. Це так звані поймаєновані договори. Їх законодавче регулювання носить переважно диспозитивний характер. Диспозитивні правила мають поповнювальний характер, тому що розраховані на поповнення відсутньої з будь-яких причин волі самих учасників цивільних відносин. Останнім у рамках свободи договору дозволяється вибрати найбільш доцільний варіант поведінки. Ці загальні цивілістичні підходи і стали відправним моментом для формулювання у ст. 6 ЦК положень про те, що сторони поймаєнованих договорів не тільки мають право врегулювати в договорі свої відносини, які не врегульовані актами цивільного законодавства (ч. 2 ст. 6 ЦК), а й відступити від диспозитивних положень актів цивільного законодавства й врегулювати свої відносини на власний розсуд (абз. 1 ч. 3 ст. 6 ЦК).

У громадянському суспільстві свобода договору, як і будь-які інші свободи, не може мати абсолютного характеру. Договір має відповідати імперативним приписам цивільного законодавства, і сторони договору відступити від них не можуть. ЦК встановив презумпцію диспозитивності норми приватного права. Норма визнається імперативною, тільки якщо у відповідних актах цивільного законодавства міститься вказівка на імперативність або останнє впливає зі змісту й суті відносин між сторонами (абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК).

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Петражицький Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – Том I // Петражицький Л. Й. Вибрані праці. – У 2-х кн. – К.: Либідь, 2011. – Кн. 2 / Уклад. І. С. Гриценко, В. А. Короткий / За ред. І. С. Гриценка. – 544 с.
2. *Леже Раймон.* Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. – М.: Волтерс Клувер, 2009. – 584 с.
3. *Косович В.* До визначення поняття нормативно-правовий акт: практична необхідність і теоретична можливість уточнення // Право України. – 2012. – № 9. – С. 274–280.
4. *Майданик Р. А.* Цивільне право. Загальна частина. – Т. 1. Вступ у цивільне право. – К.: Алерта, 2012. – 472 с.

5. Ромовська З. Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс: підручник. – К.: Атіка, 2005. – 560 с.
6. Белов В. Выдающийся русский ученый-юрист // Васильковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. – М., 2002. – С. 7–41.
7. Міжнародне приватне право. Міжнародні договори України. – У 2-х томах / Відпов. ред. та упорядники А. Довгерт та В. Крохмаль. – К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2000. – Т. 1. – 992 с. – Т. 2. – 1312 с.
8. Щокіна О. О. Правовий звичай міжнародної торгівлі як джерело міжнародного приватного права. – Харків, 2007. – 221 с.
9. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. – К., 2007. – 607 с.
10. Правовая система Нидерландов. – М., 1998. – 432 с.
11. Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник / Отв. ред. Е. В. Васильев, А. С. Комаров. – 4-е изд. – В 2-х т. – Т. I – М., 2004. – 560 с.
12. Коментарій к Гражданскому кодексу Украины. – Том II / Под ред. разработчиков проекта ЦК. – Х.: ООО «Одиссей», 2005. – 1040 с.

*The article says that only private law legislation recognized everywhere as the main source of law could not regulate all private-law relations in civil society. The other types of sources of law, namely, principles of natural law, international treaties, customs, court practice etc. are making way through in Ukraine. The growth role of these types of sources of law puts the question of their correlation with the legislation and between themselves.*

*В статті показано, що закон в області частного права, безоговорочно признаваемый основным источником права, в гражданском обществе не может быть единственным регулятором гражданских правоотношений. Иные источники гражданского права (законы природного права, международные договоры, обычаи, судебная практика и др.) закономерно начинают пробивать себе дорогу в Украине. В свою очередь, возрастание роли таких источников права ставит вопрос об их соотношении с законом и между собою.*

## ПРАВО ВЛАСНОСТІ НА ПРИРОДНІ РЕСУРСИ: ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ ОКРЕМИХ ПРАВОМОЧНОСТЕЙ

**Лапечук П. І.,**

*кандидат сільськогосподарських наук, доцент, провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

**Попович Т. Г.,**

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

**Бесарабчик В. О.,**

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

*У статті аналізуються правомочності власника земельної ділянки на здійснення використання водних ресурсів, що знаходяться у межах цієї земельної ділянки, отримання їх у власність чи користування з метою забезпечення власних господарських потреб та потреб у питній воді та водопостачанні.*

**Ключові слова:** право власності, правомочності власника, право власності на природні ресурси, правомочності власника земельної ділянки, видобування підземних водних ресурсів, право приватної власності на водні ресурси, дозвіл на спеціальне використання водних ресурсів, артезіанська свердловина.

Інститут права власності детально досліджується в юридичній науці і є традиційним для будь-якої правової системи. Об'єктами права власності виступають різні об'єкти матеріального світу. Не є винятком і природа (природні об'єкти). Право власності на природні ресурси можна розглядати і як правовий інститут, і як сукупність правомочностей власника. Сукупність правових норм екологічного права, що регулюють відносини власності на природні ресурси, утворюють правовий інститут. Зміст права власності на природні ресурси визначає сукупність правомочностей власника. Існує класична тріада правомочностей (володіння, користування, розпорядження), закріплена у ст. 317 Цивільного

кодексу України (далі – ЦК України) та різні варіанти розширення такої тріади аж до 11 елементів: 1) право володіння – винятковий фізичний контроль над річчю або право виняткового користування нею; 2) право використання (застосування корисних властивостей благ для себе); 3) право управління, тобто право вирішувати, як і ким може бути використана річ; 4) право на дохід, тобто на ті блага, які дає реалізація двох попередніх повноважень; 5) право на відчуження, споживання, витрату на свій розсуд, зміну або знищення речі; 6) гарантія від експропріації, або право на безпеку; 7) право передавати річ; 8) безстроковість; 9) заборона використовувати річ на шкоду іншим; 10) можливість використання речі для сплати боргу; 11) залишковий характер, тобто існування правил, що забезпечують відновлення порушеної правомочності [1, с. 68–69]. Ми не будемо відходити від класичного розуміння правомочностей власника при дослідженні питання здійснення окремих його правомочностей права стосовно природних ресурсів України.

Положення ЦК України застосовуються до врегулювання відносин власності на природні ресурси України лише в окремих випадках. Відносини власності на природні ресурси є предметом цивільного права лише в тому разі, якщо вони не врегульовані нормами екологічного права чи інших природно-ресурсових галузей права [2]. Але незважаючи на таку форму кореспонденції правових норм, ЦК України містить основні теоретичні визначення інституту права власності, що стосуються і природних ресурсів. Інститут права власності на природні ресурси є основою, оскільки відносини власності є передумовою виникнення будь-яких інших правовідносин стосовно використання природних ресурсів. Ці відносини складаються у сфері приналежності природних ресурсів одним особам і відчуження від усіх інших осіб.

Право власності на природні ресурси має ряд специфічних особливостей, пов'язаних з їх екологічним змістом (обмеженість – право власності не є всеосяжним; нерозривність природних об'єктів – природні ресурси, хоча й є самостійними об'єктами права власності, проте перебувають у нерозривному екологічному взаємозв'язку, фактично їх не можна відокремлювати від природного середовища; неоціненність – природні ресурси як об'єкти природного походження становлять національне багатство України й, на відміну від товарно-матеріальних цінностей, не мають вартості). Природні ресурси не є майном у власному значенні цього слова. Грошова оцінка землі, плата за використання ресурсів природи та інші види грошових стягнень у цій сфері мають вигляд капіталізованої ренти [3]. Перелічені специфічні особливості природних ресурсів обумовлюють відповідне правове регулювання питань власності на них та особливий режим захисту з боку держави. Захищаючи суспільний інтерес, законодавець використовує публічно-правовий режим у регулюванні цих відносин, при цьому в ньому превалює спеціальний дозвільний метод впливу на відносини власності щодо природних об'єктів.

Конституція України у ст. 13 закріплює положення про те, що земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу. Природні ресурси в Україні можуть перебувати в державній, комунальній та приватній власності. Більшість природних ресурсів України перебуває в державній та комунальній власності. Чинне законодавство передбачає значно менший обсяг природних ресурсів, які можуть перебувати у приватній власності фізичних та юридичних осіб. Це обумовлено тим, що використання природних ресурсів, які перебувають у приватній власності, має бути спрямоване на задоволення потреб окремих фізичних або юридичних осіб.

Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25.06.1991 р. № 1264-ХІІ врегулює питання охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання природних ресурсів та визначає загальні засади права власності на них, базуючись на принципі збереження природних ресурсів.

У цій статті буде розглянуто один із об'єктів природи (водні ресурси України), що може бути об'єктом права власності. Основна увага буде приділена можливості та умовам отримання водних ресурсів у приватну власність для забезпечення власних господарських потреб та потреб у питній воді та водопостачанні.

Використання та охорона водних ресурсів регламентується низкою законів та інших правових нормативних документів. Серед них Водний кодекс України (далі – ВК України), Кодекс України про надра (далі – КУпН України), закони України «Про питну воду та питне водопостачання» від 10.01.2002 р. № 2918-ІІІ, «Про затвердження Загальнодержавної цільової програми розвитку водного господарства та екологічного оздоровлення басейну річки Дніпро на період до 2021 року» від 24.05.2012 р. № 4836-VI, Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку користування землями водного фонду» від 13.05.1996 р. № 502 тощо.

Як за Конституцією України, так і згідно зі ст. 6 ВК України водні ресурси є власністю народу України і надаються тільки у користування. Народ України здійснює право власності на водні ресурси через Верховну Раду України, Верховну Раду Автономної Республіки Крим і місцеві ради. Окремі

повноваження щодо розпорядження водними ресурсами можуть надаватися відповідним органам державної виконавчої влади. На даний час право власності Українського народу на водні ресурси є виключним, оскільки законодавство фактично не передбачає можливості набуття права власності на водні ресурси іншими суб'єктами. Власність на водні ресурси, що знаходяться у межах земельних ділянок приватної власності, передбачена ч. 2 ст. 79 ЗК України, є лише декларацією, не наповненою реальним змістом.

Можливості набуття у приватну власність водних ресурсів обмежені чинними законодавчими актами та тісно пов'язані з набуттям у приватну власність земельних ділянок, на яких розташовані відповідні природні ресурси. Землі водного фонду також можуть перебувати у державній, комунальній та приватній власності, однак згідно зі ст. 59 ЗК України громадянам та юридичним особам за рішенням органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування можуть безоплатно передаватися у власність замкнені природні водойми загальною площею до 3 гектарів. Під замкненою водоймою мається на увазі водойма, що повністю знаходиться всередині земельної ділянки, яка передається у приватну власність. Самого поняття «замкнена природна водойма» у законодавстві немає. Аналіз водного законодавства дозволяє зробити висновок, що замкненими водоймами є невеликі за площею і непроточні водоймища, які не мають гідравлічного зв'язку з іншими водними об'єктами [4, с. 151]. По суті, у приватну власність можуть передаватися такі земельні ділянки водного фонду, на яких розташовані невеликі озера та ставки, площа водної поверхні яких не перевищує 3 гектарів. Одним із ключових є закріплення у законодавстві формули «можуть передаватися», що не зобов'язує органи виконавчої влади або органи місцевого самоврядування автоматично передавати такі водні ресурси у приватну власність.

Проілюструємо цю ситуацію на прикладі с. Соکیلники Пустомитівського району Львівської області. Дев'ятнадцятого серпня 2008 року Соکیلницька сільська рада Пустомитівського району Львівської області прийняла рішення № 397 про відмову ТзОВ «Екстрім Вікент» у передачі у власність природної водойми площею 0,51 га та визнання права власності на замкнену природну водойму каскадного типу загальною площею 0,51 га, яка розташована за адресою: Пустомитівський район, с. Соکیلники, вул. Дубівка, 1а та призначена для рекреаційних цілей. Відповідно до Паспорта ставка № 157 даний ставок дійсно займає 0,51 га, тип ставка – замкнений, призначення ставка – рекреація, що відповідає всім вимогам, встановленим ст. 59 ЗК України, для безоплатної передачі в приватну власність. У заяві-клопотанні про передачу безоплатно у приватну власність в порядку ст. 59 ЗК України вказаної водойми для рекреаційних цілей підставою для звернення з клопотанням слугувала та обставина, що у ТзОВ «Екстрім Вікент» за вищезгаданою адресою знаходяться на праві власності приміщення бані-сауни, що підтверджувалося витягом про реєстрацію права власності на нерухоме майно [5]. ТзОВ «Екстрім Вікент» звернулося до суду. Перша інстанція задовольнила вимоги ТзОВ «Екстрім Вікент» та зобов'язала Соکیلницьку сільську раду Пустомитівського району Львівської області надати вказану водойму у приватну власність (з оформленням усіх необхідних технічних матеріалів та закріпленням права на неї). Разом з тим Вищий господарський суд, розглядаючи цю справу у порядку касації, правильно зосередив свою увагу на тому, що згідно з положеннями ст. 52 та 59 ЗК України передача земельної ділянки, на якій розташована замкнена водойма каскадного типу, є виключним правом, а не обов'язком органів місцевого самоврядування [6].

Описана вище ситуація стосується лише водойм, що уже існують на час передачі землі у приватну власність. Разом із тим ч. 2 ст. 59 ЗК України передбачає право власників у встановленому порядку створювати рибогосподарські, протиерозійні та інші штучні водойми (ця норма продубльована у ч. 8 ст. 7 Закону України «Про фермерські господарства» від 19.06.2003 р. № 973-IV). Тобто ніхто не обмежує право власника самостійно господарювати на земельній ділянці, створюючи водні об'єкти. Головною умовою є незавдання шкоди іншим власникам природних ресурсів. Так само не забороняє закон і купувати землі (з існуючими водоймами), що вже перебувають у приватній власності.

Ще однією можливістю для отримання водних ресурсів у приватну власність є видобування підземних вод. Підземні води як природний ресурс мають подвійний правовий режим, оскільки віднесені як до водних ресурсів, так і до корисних копалин. Отже, вони мають використовуватися із дотриманням як водного законодавства, так і законодавства про надра.

Підземними є води, що знаходяться нижче рівня земної поверхні в товщах гірських порід верхньої частини земної кори в усіх фізичних станах (ч. 1 ст. 1 ВК України). Для їх видобування необхідно споруджувати спеціальні свердловини. Відповідно до Державного класифікатора будівель і споруд ДК 018-2000, затвердженого наказом Держстандарту України від 17.08.2000 р. № 507, водні свердловини відносять до інженерних споруд. За ч. 1 ст. 48 та ч. 1 ст. 49 ВК України забір води з водних об'єктів із застосуванням споруд або технічних пристроїв є вже спеціальним водокористуванням та потребує спеціального дозволу. Такий дозвіл, що має назву Дозвіл на спеціальне водокористування, видається залежно від водного статусу об'єкта місцевими держадміністраціями або радами. При використанні підземних вод необхідно також погоджувати обґрунтування потреб у воді з Держгеонадрами

України або дочірніми підприємствами НАК «Надра України» за переліком, який затверджує Міністерство України.

Підземні води, крім того, що вони є складовою водного об'єкта – водоносного горизонту, ще мають статус надр. Використання надр регулюється Кодексом України про надра. Фактично у ст. 23 КУпН України не йдеться про право власності на водні ресурси, але закріплюється видобування вод у межах наданої у власність чи користування земельної ділянки, а також використання вод для власних господарських і побутових потреб, господарсько-питного водопостачання (крім виробництва фасованої води) з продуктивністю водозабору не більше 300 м. куб. на добу. Вказане положення внесене до Кодексу Законом України «Про внесення зміни до ст. 23 КУпН України щодо видобування підземних вод» від 22.12.2010 р. № 2849-VI. До внесення зазначених змін землевласникам та землекористувачам дозволялося видобування підземних вод для власних побутових і господарських потреб глибиною розробки до 20 метрів без обмеження продуктивності водозабору. Вказана стаття передбачає можливість для суб'єктів господарювання (фізичних чи юридичних осіб), що мають у власності або у користуванні земельні ділянки, добувати та використовувати підземні води без спеціального дозволу за умови виконання вимог ст. 23 КУпН України.

Виникає питання поняття продуктивності та можливостей обліку обсягів видобутку підземних вод. Правильного висновку щодо того, що вкладалося законодавцем в поняття «потужність водозаборів підземних вод», можна дійти шляхом аналізу Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку надання спеціальних дозволів на користування надрами» від 30.05.2011 р. № 615. Підпункт 3 п. 8 цього Порядку передбачає, що дозвіл на видобування корисних копалин місцевого значення (до яких відносять видобування підземних вод для нецентралізованого водозабору та водопостачання) видається без проведення аукціону, як виняток із загального правила. У пп. 6 цього пункту також передбачено можливість спрощеного отримання дозволу для видобування підземних вод для власних господарсько-побутових потреб, нецентралізованого та централізованого господарсько-питного водопостачання (крім виробництва фасованої питної води) за умови, що обсяг видобування підземних вод з водозаборів перевищує 300 куб. метрів на добу. Цілком очевидним є те, що ця норма Порядку прямо пов'язана зі ст. 23 КУпН України, охоплюючи випадки, коли всі умови ст. 23 для звільнення від необхідності отримання дозволу на використання надр суб'єктом господарювання виконані, однак перевищується допустимий об'єм видобування – 300 кубометрів на добу. Відповідно, з комплексного аналізу вищезазначених актів можна зробити висновок про те, що в ст. 23 КУпН України йдеться все ж таки про фактичне видобування підземних вод фізичною особою.

Облік видобутку підземних вод має здійснюватися відповідно до п. 5 Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку державного обліку артезіанських свердловин, облаштування їх засобами вимірювання об'єму видобутих підземних вод» від 08.10.2012 р. № 963: водокористувачі облаштовують артезіанські свердловини, що експлуатуються, засобами вимірювання об'єму видобутих підземних вод, які пройшли в установленому законодавством порядку державну метрологічну атестацію або перевірку в повірочних лабораторіях підприємств і організацій, уповноважених на проведення державних випробувань або перевірок. Тлумачення поняття, що таке артезіанська свердловина, немає ні в самій Постанові, ні в законодавстві України. Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає поняття «артезіанський» як глибинний, що знаходиться у водоносних шарах землі [7, с. 40]. Поняття «свердловина» визначається як глибокий вузький круглого перерізу отвір у ґрунті, що зроблений буровим інструментом [7, ст. 1296]. Тобто можемо визначити артезіанську свердловину як глибокий отвір у ґрунті, що доходить до водоносних шарів землі. Мета здійснення такого буріння також цілком ясна – отримання підземних вод із водоносних шарів землі. Таким чином, доходимо висновку, що вживане у законодавстві поняття «свердловина» та «артезіанська свердловина» є тотожними поняттями.

З викладеного вище ми бачимо, що правове регулювання питання використання підземних вод є дуже нечітким та неоднозначним, що створює плідне підґрунтя для конфліктів з контролюючими органами. Не менш проблемним є використання різної термінології без її тлумачення, хоча б у підзаконних актах. Усунення суперечностей у законодавстві з питання видобування підземних вод для власних господарських і побутових потреб, господарсько-питного водопостачання (крім виробництва фасованої води) у порядку загального використання природних ресурсів у межах загальних правомочностей фізичних та юридичних осіб як власників земельних ділянок залишається поки що справою майбутнього.

Нами пропонується тимчасово вирішити цю проблему внесенням змін до ч. 2 ст. 49 Водного кодексу України шляхом додавання до переліку винятків зі спеціального користування водними ресурсами (не належать до спеціального використання) нового абз. 12: «видобування підземних вод для власних господарських потреб і побутових потреб, господарсько-питного водопостачання (крім виробництва фасованої води) за умови, що продуктивність водозаборів не перевищує 300 куб. м. на добу».

## СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Галуцько В. Правова охорона власності [Текст] / В. Галуцько // Персонал. – 2006. – № 11. – С. 68–71.
2. 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 р. № 5-рп/2005 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 39. – С. 95. – Ст. 2490.
3. Данилишин Б., Мищенко В. Природноресурсная рента и рентная политика в Украине [Текст] / Б. Данилишин, В. Мищенко // Экономика Украины. – 2003. – № 4. – С. 4–11.
4. Земельний кодекс України: науково-практичний коментар [Текст] / За ред. А. П. Гетьмана, М. В. Шульги. – Вид. 6-е, допов. – Х.: Одиссей, 2009. – 624 с.
5. Рішення Господарського суду Львівської області у справі про визнання права власності на землю та спонукання до вчинення дій від 27.10.2008 р. № 3/241 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravoscope.com/act-rishennya-3-241-berezyak-n-ye-27-10-2008-ne-viznacheno-s>.
6. Постанова Вищого господарського суду України у справі про визнання права власності на землю та спонукання до вчинення дій від 03.09.2009 р. № 3/241 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28\\_2480549.html](http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_2480549.html).
7. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.

*In this article analyzes the powers of the owner of land on the implementation use of water resources located within this land, receiving their ownership or use to ensure their own economic needs and the needs in water and water supply.*

*В статье анализируются правомочия собственника земельного участка на осуществление использования водных ресурсов, находящихся в пределах этого земельного участка, получение их в собственность или пользование в целях обеспечения собственных хозяйственных нужд и потребностей в воде и водоснабжении.*

## ОСОБЛИВОСТІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВА НА МЕДИЧНУ ДОПОМОГУ

**Миронова Г. А.,**

*кандидат філософських наук, старший науковий співробітник*

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

*У статті досліджуються особливості цивільно-правового захисту права на медичну допомогу в Україні. Автор розглядає юрисдикційні та неюрисдикційні способи захисту суб'єктивних цивільних прав та їх застосування щодо захисту права на медичну допомогу.*

**Ключові слова:** суб'єктивне цивільне право на медичну допомогу, захист права на медичну допомогу, відшкодування моральної (немайнової) шкоди.

Важливим елементом будь-якого суб'єктивного цивільного права є правомочність захисту, зміст якої складається із законних варіантів конкретної поведінки управомоченої фізичної особи, вільно обраних нею на власний розсуд. Актуальність та особливий інтерес до проблематики цивільно-правового захисту особистих немайнових прав фізичної особи, зокрема, відпрацювання елементів та засобів процесуального механізму, виходить за межі суто цивілістичного значення, що обумовлено низкою чинників як правового, так і соціокультурного характеру. В першу чергу, таким чинником є особливий статус особистих немайнових прав, які опосередковують найважливіші немайнові блага фізичної особи та вищі соціальні цінності суспільства, що закріплені як фундаментальні права людини на рівні міжнародно-правових актів та Основного Закону (Конституції) держави. Іншим важливим чинником є виключна значущість для кожної людської особи внутрішніх духовних благ, на охорону яких спрямовані особисті немайнові права фізичних осіб. З огляду на виключну індивідуальну значущість таких благ, як гідність, життя, здоров'я, порушення відповідних особистих немайнових прав, як зазначає Р. Стефанчук, «може стати для людини якщо не фатальним, то визначальним» [4, с. 184].

Враховуючи наведене, автор досліджує проблему цивільно-правового захисту права на медичну допомогу, спираючись на наукові висновки, що доведені українськими дослідниками С. Антоновим [1], П. Рабіновичем [2], З. Ромовською [3], Р. Стефанчуком [4], В. Примаком [5], С. Шимон [6].

Правова природа захисту суб'єктивного права сьогодні не має однозначного тлумачення, оскільки існують різні наукові позиції щодо визначення та співвідношення категорій та інститутів «охорони» та «захисту». Найбільш привабливою є точка зору, що захист є моментом охорони, то ж охороняються права та інтереси постійно, а захищаються тільки тоді, коли порушуються. Отже, охорона – це встановлення загального правового режиму, а захист – ті заходи, які застосовуються у випадках, коли цивільні права або порушені, або оскаржені.

Щодо захисту права на медичну допомогу фактично йдеться про захист прав пацієнтів, які є фізичними особами, що перебувають у спеціальному правовому статусі та є володільцями низки спеціальних прав людини, визнаних на рівні міжнародного та вітчизняного права міжнародних актів, чинних для України, Конституції України, Цивільного кодексу України (далі – ЦК України).

Класична класифікація форм цивільно-правового захисту суб'єктивних цивільних прав, що передбачені ЦК України, вибудовується за критерієм суб'єкта та порядку здійснення захисту. На цих засадах законодавець розмежовує захист цивільних прав та інтересів судом (юрисдикційну форму), що передбачено ст. 16 ЦК України, та неюрисдикційну форму захисту – самозахист цивільних прав відповідно до положень ст. 19 ЦК України. Враховуючи наведені вище чинники виключної значущості особистих немайнових благ людини, особливістю захисту особистих немайнових прав фізичної особи та, зокрема, особистого немайнового права на медичну допомогу є застосування поряд із традиційною для всіх суб'єктивних цивільних прав судовою формою також значною мірою і самозахисту, зокрема, таких його передбачених законом різновидів, як необхідна самооборона, дії в чужому інтересі без доручення, крайня необхідність. До того ж у п. 2 ст. 281 ЦК України зазначено, що «фізична особа має право захищати своє життя та здоров'я, а також життя і здоров'я іншої фізичної особи від протиправних посягань будь-якими засобами, не забороненими законом». Юрисдикційні способи захисту суб'єктивних цивільних прав перелічені у ст. 16 ЦК України, деякі з них застосовуються для захисту особистих немайнових прав фізичних осіб.

*Визнання права на медичну допомогу та окремих правомочностей, що складають зміст цього права.* Йдеться про те, що визнання права на згоду на медичне втручання або відмову від нього, права на вибір лікаря, лікувального закладу окремими суб'єктами правовідносин з надання медичної допомоги може здійснюватися у юрисдикційній судовій формі.

*Зміна та припинення правовідношення.* Цим способом усувається порушення особистого немайнового права на медичну допомогу у випадку незадоволення фізичної особи – носія права якістю медичного обслуговування шляхом припинення або зміни договірної правовідносини. Відповідно до ст. 284 ЦК України та ст. 38 «Основ законодавства України про охорону здоров'я» фізична особа – пацієнт має право на вільний вибір лікаря та лікувального закладу. Це означає, що у випадку зміни лікаря або лікувального закладу фізична особа здійснює захист свого особистого немайнового права на медичну допомогу. Застосування даного способу захисту можливе як у юрисдикційній, так і неюрисдикційній формах захисту цивільних прав фізичної особи, наприклад, судом або шляхом самозахисту через вчинення передбачених адміністративних процедур.

*Визнання правочину недійсним.* Застосування цього способу передбачено у випадках, коли укладання правочину протиправно порушує особисті немайнові права фізичних осіб. Умови визнання правочину недійсним визначені у ст. 203 ЦК України. Це стосується, зокрема, ситуацій, коли зміст правочину суперечить чинному законодавству або (та) моральним засадам суспільства (ч. 1 ст. 203). Прикладом таких правочинів є цивільні договори з предмета трансплантації органів або анатомічних матеріалів людини, укладені із порушенням умов чинного законодавства. Також застосування цього способу цивільного захисту належить до випадків, коли особа, що вчиняє правочин, не має необхідного обсягу цивільної дієздатності (ч. 2 ст. 203). Також недійсним визнається правочин, учасники якого не є вільними у волевиявленні або мають пороки волевиявлення (ч. 3 ст. 203), та правочини, що вчиняються батьками (усиновлювачами) всупереч правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей (ч. 6 ст. 203). Використання даного способу цивільного захисту права фізичних осіб на медичну допомогу є доволі обмеженим.

*Відновлення становища, яке існувало до порушення особистого немайнового права,* – один з найбільш ефективних способів захисту порушених особистих немайнових прав, оскільки забезпечує можливість повернення фізичної особи до попереднього правового стану та надає їй можливість не зазнавати наслідків порушення своїх прав. За положенням ч. 2 ст. 276 ЦК України, якщо дії для негайного поновлення порушеного особистого немайнового права фізичної особи не вчиняються, суд може постановити рішення щодо поновлення порушеного права, а також відшкодування моральної шкоди, завданої його порушенням. Виключне значення цього способу у цивільному захисті права на медичну допомогу обумовлене особливою природою особистих немайнових благ, які захищаються

(життя, здоров'я, фізична та психічна цілісність, особиста недоторканність, гідність), зокрема, їхня виключна значущість у житті людини та неможливість майнового заміщення вартості благ, які є об'єктами правовідносин з надання медичної допомоги.

*Відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди.* Цей спосіб цивільного захисту особистих немайнових прав фізичної особи застосовується в тих випадках, коли будь-яке порушення особистого немайнового права тягне за собою такий наслідок, як заподіяння майнової шкоди. Застосування даного способу регламентується положеннями ст. 22 ЦК України та здійснюється у випадках завдання збитків особі в результаті порушення її цивільних прав у юрисдикційній формі (ч. 1 ст. 22). На вимогу особи, якій завдано шкоди, суд може зобов'язати іншу особу відшкодувати збитки, які вона завдала в результаті порушення цивільних прав позивача (ч. 4 ст. 22). При цьому збитки відшкодовуються в повному обсязі, якщо за договором або законом не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірах (ч. 3 ст. 22). Збитки законодавцем визначаються як втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також втрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушено (упущена вигода) (ч. 1 ст. 22).

Щодо визначення шкоди, заподіяної здоров'ю пацієнта, то науковці розуміють її по-різному. Наприклад, С. В. Антонов [1, с. 14] акцентує увагу на тому, що під шкодою здоров'ю в умовах медичного втручання слід розглядати не тільки тілесні ушкодження, а й матеріальні та моральні втрати. Отже, шкода, яка спричиняється пацієнту у випадку ушкодження здоров'я, поділяється на майнову та моральну. Згідно зі ст. 22 ЦК України пацієнту відшкодовуються реальні збитки – витрати на відновлення порушеного права, упущена вигода – доходів, які пацієнт міг би отримати за звичайних обставин, якби його право не було порушено. З огляду на невизначеність у законодавстві з питань критеріїв та конкретних розмірів втрат та відшкодувань розмір встановлюється договором або судом. З огляду на важливість тих особистих немайнових прав, якими опосередковується правова охорона життя та здоров'я людини, вітчизняним законодавцем з особливою ретельністю регламентовано підстави та порядок відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я, у ст. 1195–1211 ЦК України.

Особливо актуальними, як і найбільш спірними, є питання, пов'язані з таким способом цивільно-правового захисту прав пацієнта, як *відшкодування моральної (немайнової) шкоди*. Відповідно до положень Конституції України (ст. 32, 56) і чинного законодавства фізичні особи мають право на відшкодування моральної (немайнової) шкоди, заподіяної внаслідок порушення їх прав і законних інтересів. Порядок та механізм застосування даного юрисдикційного способу захисту цивільних прав фізичних осіб регламентується положеннями ст. 23 ЦК України. Відшкодування моральної шкоди – це покладення судом на порушника суб'єктивного цивільного права додаткового обов'язку у вигляді компенсації у майновій формі (грошовій чи іншій) тих фізичних та душевних страждань, які стали результатом протиправної поведінки.

Поняття «моральна шкода» як підстава застосування заходів цивільно-правового захисту порушених особистих немайнових прав потребує ретельного наукового аналізу та визначення, оскільки від цього залежатиме якість правового регулювання інституту відшкодування моральної шкоди як способу цивільно-правового захисту особистого немайнового права на медичну допомогу. Також саме визначення ключового поняття спрямовує подальшу юридичну теорію та практику щодо його якнайкращого застосування, отже, в остаточному результаті визначає позитивний або негативний ефект від участі права в захисті вкрай вразливої інтимної сфери людських емоцій та почуттів.

Постанова Пленуму Верховного Суду «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» надає відповідь на головне методологічне питання, чим з юридичної точки зору є моральна шкода та якими є особливості практики її відшкодування: «під моральною шкодою слід розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань, або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб. Відповідно до чинного законодавства моральна шкода може полягати, зокрема: у приниженні честі, гідності, престижу або ділової репутації, моральних переживаннях у зв'язку з ушкодженням здоров'я, у порушенні права власності (в тому числі інтелектуальної), прав, наданих споживачам, інших цивільних прав, у зв'язку з незаконним перебуванням під слідством і судом, у порушенні нормальних життєвих зв'язків через неможливість продовження активного громадського життя, порушенні стосунків з оточуючими людьми, при настанні інших негативних наслідків» [7].

Проектуючи ці положення в площину захисту цивільного права на медичну допомогу, під моральною шкодою слід розуміти, в першу чергу, втрати немайнового характеру внаслідок моральних переживань чи фізичних страждань фізичної особи у зв'язку з ушкодженням її здоров'я, що пов'язані із порушенням її прав та охоронюваних законом інтересів. Моральна шкода, завдана внаслідок порушення права на медичну допомогу, полягає, виходячи із законодавства, у фізичному

болю та стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку із каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я (ч. 2 ст. 23 ЦК України). Дослідники вказують на інші складові наявності моральної шкоди, що потребує відшкодування: душевні страждання, яких зазнав пацієнт (члени сім'ї чи близькі родичі пацієнта) у зв'язку з протиправною поведінкою медичних працівників; приниження честі і гідності пацієнта [8, с. 23].

У вітчизняній цивілістиці склалися дві основні позиції щодо визначення поняття моральної шкоди: 1) моральна шкода – це самі моральні та фізичні страждання фізичної особи, права якої порушені; 2) моральна шкода – це не самі страждання, а втрати немайнового характеру, спричинені стражданнями фізичної особи внаслідок протиправної поведінки. Здається слушною пропозиція, що визначальними показниками настання моральної шкоди є не страждання: будучи психічним феноменом, вони важко піддаються вимірюванню та, відповідно, відшкодуванню. З огляду на це цілком аргументовано автори Науково-практичного коментаря до ЦК України доводять, що юридичній оцінці, захисту та відшкодуванню підлягають не страждання як такі, а ті зміни у житті особи, які примушують її докладати додаткових зусиль для організації свого звичного життя: неможливість реалізації своїх звичок і бажань; погіршення стосунків у колективі, сім'ї; втрата роботи, можливості зробити кар'єру, одружитися; втрату близьких людей тощо. Отже, моральна шкода – це негативні втрати немайнового характеру, що виникли як наслідки душевних страждань, яких фізична особа зазнала у зв'язку із посяганням на її права та інтереси [9, с. 55–56].

Підсумовуючи цю позицію, Р. Стефанчук надає найбільш юридично виважене та науково прийнятне визначення моральної шкоди, під якою слід розуміти «негативні наслідки немайнового характеру, які заподіяні фізичній особі внаслідок завданих їй фізичних, психічних та моральнісних страждань, що пов'язані із порушенням її прав чи охоронюваних законом інтересів, або загрозою вчинення такої поведінки» [4, с. 221].

Дискусійним у сучасній цивілістиці є питання щодо підстав відшкодування моральної шкоди, зокрема, презумпції наявності або відсутності моральної шкоди як наслідку протиправної поведінки. Так, З. Ромовська відстоює презумпцію наявності моральної шкоди як постійного супутника кожної протиправної поведінки щодо фізичної особи, отже, «факт заподіяння моральної шкоди не потребує доведення, він є очевидним, як тільки буде доведено вчинення протиправної поведінки» [3, с. 43]. Проте інша позиція полягає в тому, що для відшкодування моральної шкоди має бути наявна підстава для цивільної відповідальності, а саме, класичний склад цивільного правопорушення, до якого входять: наявність протиправної поведінки заподіювача шкоди, наявність майнової шкоди у потерпілого, наявність причинно-наслідкового зв'язку між завданою шкодою та протиправною поведінкою та вина заподіювача шкоди. Отже, кожного разу моральна шкода, її наявність, розмір підлягають доказуванню.

Цю позицію висвітлено у постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди»: «Відповідно до загальних підстав цивільно-правової відповідальності обов'язковому з'ясуванню при вирішенні спору про відшкодування моральної (немайнової) шкоди підлягають: наявність такої шкоди, протиправність діяння її заподіювача, наявність причинного зв'язку між шкодою і протиправним діянням заподіювача та вини останнього в її заподіянні. Суд, зокрема, повинен з'ясувати, чим підтверджується факт заподіяння позивачеві моральних чи фізичних страждань або втрат немайнового характеру, за яких обставин чи якими діями (бездіяльністю) вони заподіяні, в якій грошовій сумі чи в якій матеріальній формі позивач оцінює заподіяну йому шкоду та з чого він при цьому виходить, а також інші обставини, що мають значення для вирішення спору» [7].

Однак питання щодо існування презумпції як наявності обставин, що мають правове значення, актуалізується у випадках порушення особистих немайнових прав, що охороняють такі найбільш важливі для суспільства і кожної людини блага, як життя, здоров'я, гідність, цілісність, недоторканність. У зв'язку із захистом вказаних особистих немайнових прав та благ деякі цивілісти висловлюються за необхідність введення презумпції наявності моральної шкоди у випадках заподіяння шкоди протиправною поведінкою (або бездіяльністю) учасника цивільних правовідносин особистим немайновим правам (благам) фізичної особи. Така позиція знайшла своє пояснення у рішенні Конституційного Суду України № 1-рп/2004, де, зокрема, наводиться така мотивація: «4.1. Відповідно до ст. 23 та ст. 1167 ЦК України моральна шкода потерпілого від нещасного випадку на виробництві чи професійного захворювання полягає, зокрема, у фізичному болю, фізичних та душевних стражданнях, яких він зазнає у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я. Як наслідок, моральна шкода, заподіяна умовами виробництва, спричинює порушення таких особистих немайнових прав, як право на життя, право на охорону здоров'я тощо. Ушкодження здоров'я, заподіяні потерпілому під час виконання трудових обов'язків, незалежно від ступеня втрати професійної працездатності спричинюють йому моральні та фізичні страждання. У випадку каліцтва потерпілий втрачає працездатність і зазнає значно більшої моральної шкоди, ніж заподіяна працівникові, який не втратив професійної працездатності» [10].

І хоча предметом розгляду Конституційним Судом в даному рішенні є відшкодування моральної шкоди в ситуаціях втрати працездатності як наслідку нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, все ж такі обґрунтування позиції вибудовується методологічно в контексті особливості захисту деяких конституційних прав, які опосередковують первинні соціальні цінності. Такими цінностями є особисті немайнові блага, що охороняються положеннями ч. 1 ст. 3 Конституції України. Відповідно до змісту цієї статті дотримання прав людини є фундаментальною конституційною засадою, яка відповідним чином спрямовує всю сукупність суспільних відносин в Україні. Визначивши права людини як найвищу соціальну цінність, Конституція України приєдналася до європейського і світового бачення цього питання.

Звичайно, цей заявлений у перших статтях Основного Закону України «гуманітарний вимір» має бути, так би мовити, «протягнутий» через всі етапи цивільно-правового регулювання особистих немайнових прав, що опосередковують вищі гуманітарні цінності сучасного українського суспільства. Саме така апеляція до конституційних засад сучасного правопорядку України є найбільш переконливим аргументом в обґрунтуванні необхідності законодавчого введення презумпції наявності моральної шкоди у випадках заподіяння шкоди протиправною поведінкою (або бездіяльністю) учасника цивільних правовідносин медичної сфери життя, здоров'ю, гідності, недоторканності фізичної особи. То ж з огляду на свою актуальність і важливість це питання потребує свого подальшого вивчення, обґрунтування та апробації.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Антонов С. В. Цивільно-правова відповідальність за заподіяння шкоди здоров'ю при наданні платних медичних послуг: автореферат дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / С. В. Антонов. – Національна академія наук України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – Київ, 2006.
2. Рабінович П. М., Гришук О. В. Право людини на компенсацію моральної шкоди (загальнотеоретичні аспекти). Праці львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України / П. М. Рабінович та ін.. – Серія І. Дослідження та реферати. Вип. 9. – Львів, 2006.
3. Ромовська З. В. Спірні питання відшкодування моральної шкоди / З. В. Ромовська // Вісник Верховного Суду України. – 2005. – № 5.
4. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту). Монографія / Р. О. Стефанчук / Відп. ред. Я. М. Шевченко. – Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007.
5. Примак В. Д. Відшкодування моральної шкоди на засадах справедливості, розумності, добросовісності: монографія / В. Д. Примак. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – 432 с.
6. Шимон С. І. Відшкодування моральної (немайнової) шкоди як спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Шимон С. І. – НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 1998. – 17 с.
7. Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди. – Постанова Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. № 4 [Електронний ресурс] Офіційний портал Верховної Ради України: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95>.
8. Галай В. О. Способи захисту прав пацієнтів в Україні: наук.-практ. посіб. / В. О. Галай. – К.: КНТ, 2009.
9. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. – У 2-х т. / За відпов. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т. І.
10. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Управління виконавчої дирекції Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України у Кіровоградській області про офіційне тлумачення положення частини третьої статті 34 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності» (справа про відшкодування моральної шкоди Фондом соціального страхування) від 27.01. 2004 р. № 1-рп/2004 [Електронний ресурс] Офіційний портал Верховної Ради України. – URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-04>.

*This article provides the research on the peculiarities of the civil protection of the right to medical care in Ukraine. The author examines the jurisdictional and non-jurisdictional methods of protection of the subjective civil rights and their application to protect the right to health care.*

*В статье исследуются особенности гражданско-правовой защиты права на медицинскую помощь в Украине. Автор рассматривает юрисдикционные и неюрисдикционные способы защиты субъективных гражданских прав и их применение в защите права на медицинскую помощь.*

## ВІДШКОДУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ГРОМАДЯНИНОВІ НЕЗАКОННИМ ПРИТЯГНЕННЯМ ДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Онищенко О. С.,

*здобувач кафедри цивільного права і процесу Національної академії внутрішніх справ*

*У статті проаналізовано способи та специфіку відшкодування моральної шкоди, завданої громадянину незаконним притягненням до кримінальної відповідальності.*

**Ключові слова:** моральна (немайнова) шкода, компенсація моральної шкоди, способи відшкодування моральної шкоди.

Демократична правова держава ставить своїм завданням досягнення такого становища, коли права, свободи та законні інтереси людини і громадянина захищені найбільш повно. Це означає, підкреслюють науковці, створення таких умов і засобів, за яких сама можливість порушення прав була б зведена до мінімуму, а у разі, коли таке порушення допущено, можна було б швидко і в повному обсязі ліквідувати його наслідки [1, с. 114]. На думку В. П. Паліюка, відшкодування моральної (немайнової) шкоди є одним із найбільш повноцінних способів захисту, що використовується для відновлення порушеного права. При стягненні цього виду шкоди фактично збігається спосіб захисту і відповідальності [2, с. 89].

Чинний Цивільний кодекс України, не закріплюючи поняття моральної шкоди, лише вказує, що вона полягає: у фізичному болю та стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я; у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів; у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку із знищенням чи пошкодженням її майна; у приниженні честі та гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи [3]. Поняття моральної шкоди було сформульовано у постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди», де вказується, що під моральною шкодою слід розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань, або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб [4]. Також у постанові зазначається, що відповідно до чинного законодавства моральна шкода може полягати, зокрема: у приниженні честі, гідності, престижу або ділової репутації, моральних переживаннях у зв'язку з ушкодженням здоров'я; у порушенні права власності (в тому числі інтелектуальної), прав, наданих споживачам, інших цивільних прав, у зв'язку з незаконним перебуванням під слідством і судом; у порушенні нормальних життєвих зв'язків через неможливість продовження активного громадського життя, порушенні стосунків з оточуючими людьми, при настанні інших негативних наслідків.

З огляду на це слід погодитись з тими ученими, які підкреслюють, що на сьогодні поняття моральної (немайнової) шкоди розкривається на рівні законів та інших нормативно-правових актів України, науковцями та судовою практикою [5, с. 56]. Так, деякі науковці під моральною шкодою пропонують розуміти наслідки правопорушення, які не мають економічного змісту і вартісної форми та виражаються, зокрема, у фізичному болю, душевних стражданнях, приниженні честі та гідності фізичної особи [6, с. 114]. З точки зору В. Д. Примака, моральна шкода є юридичною формою вираження всієї сукупності шкідливих наслідків правопорушення, які виникли у немайновій сфері потерпілого [7, с. 69]. На думку А. Б. Гриняка, під моральною шкодою слід розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями чи бездіяльністю інших осіб [8, с. 30]. Поняття та порядок відшкодування моральної шкоди врегульовано Законом України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду», де визначено, що відшкодування моральної шкоди провадиться у разі, коли незаконні дії органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду завдали моральної втрати громадянину, призвели до порушення його нормальних життєвих зв'язків, вимагають від нього додаткових зусиль для організації свого життя. Моральною шкодою визнаються страждання, заподіяні громадянину внаслідок фізичного чи психічного впливу, що призвело до погіршення або позбавлення можливостей реалізації ним своїх звичок і бажань, погіршення відносин з оточуючими людьми, інших негативних наслідків морального характеру. Тобто під моральною шкодою розуміються страждання (як фізичні, так і моральні) і моральні втрати особи. Обовязковою умовою відповідно до змісту ст. 4 зазначеного Закону є наслідки таких страждань і моральної втрати, які полягають у: порушенні нормальних життєвих зв'язків особи і додаткових зусиль для організації свого життя; погіршенні або позбавленні реалізації потерпілим своїх звичок і здібностей; погіршенні відносин з оточуючими людьми; інших негативних

наслідках морального характеру. Такі наслідки можуть бути найрізноманітнішими і у кожному випадку повинні бути встановлені судом. Зокрема, до таких інших негативних наслідків морального характеру можна віднести: депресію, яка виникла у потерпілого внаслідок його незаконного засудження; апатію, що означає хворобливий стан, який характеризується байдужим ставленням до навколишнього, зникненням зовнішніх проявів емоційних реакцій, розчаруванням у житті тощо. Способи відшкодування моральної шкоди, завданої незаконним притягненням до кримінальної відповідальності, визначені ст. 11, 13 Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду».

Виходячи з аналізу даних норм, існують два способи компенсації моральної шкоди. Перший полягає у публікації у засобах масової інформації відомостей, які реабілітують громадянина. Даний спосіб компенсації моральної шкоди застосовується у випадку, якщо відомості про засудження або притягнення громадянина до кримінальної відповідальності, застосування до нього як запобіжного заходу взяття під варту чи накладення на нього адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт були поширені в засобах масової інформації. У даному випадку вимога про спростування таких відомостей буде направлена до засобів масової інформації. Другий полягає у компенсації моральної шкоди у грошовій формі. На відміну від Цивільного кодексу України Закон України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» закріплює норму, яка встановлює мінімальний розмір такої компенсації, який становить одну мінімальну заробітну плату за один місяць незаконного перебування під слідством або судом. Періодом часу незаконного перебування громадянина під слідством можна вважати час з моменту порушення кримінальної справи щодо такого громадянина до моменту передачі справи з обвинувальним висновком до суду. Час незаконного перебування громадянина під судом розпочинається з моменту призначення справи до судового розгляду та закінчується моментом винесення вироку.

Встановлений законодавцем мінімальний розмір грошової компенсації за моральну шкоду внаслідок незаконного перебування особи під слідством або судом, який прив'язаний до мінімальної заробітної плати, на нашу думку, не є обґрунтованим. Адже немає зв'язку між мінімальною заробітною платою і завданою особі моральною шкодою. Стаття 95 Кодексу законів про працю України та ст. 3 Закону України «Про оплату праці» визначає, що мінімальна заробітна плата – це законодавчо встановлений розмір заробітної плати за просту, некваліфіковану працю, нижче якого не може провадитися оплата за виконану працівником місячну, а також погодинну норму праці (обсяг робіт). З огляду на це уявляється недоцільним визначення у законодавстві мінімального розміру компенсації за моральну шкоду, оскільки загальноприйняті наукові методики визначення розміру компенсації моральної шкоди, її критерії і межі, які можна покласти в основу визначення необхідного розміру, відсутні. В кожному окремому випадку розмір компенсації повинен визначити суд на основі повного, всебічного, об'єктивного розгляду справи, врахувавши всі обставини справи, умови життя потерпілого і наслідки, що виникли внаслідок незаконних дій органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду.

Максимальний розмір компенсації за моральну шкоду, завдану незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду, законодавством не обмежений. З нашої точки зору, для визначення розміру грошової компенсації моральної шкоди, яка була завдана особі незаконним притягненням до кримінальної відповідальності, необхідно брати до уваги такі обставини: в якому злочині особу обвинувачують (зважаючи на класифікацію злочинів залежно від тяжкості); чи було застосовано запобіжний захід до особи і який саме; скільки слідчих дій було проведено і у який час; тривалість досудового слідства; чи перебуває особа у шлюбі та чи має особа дітей; чи працює особа і чи було повідомлено роботодавцю про перебування особи під слідством; територіальні межі поширення інформації про перебування особи під слідством або судом.

Також необхідно врахувати: стан здоров'я особи (фізичний і психічний); стан відносин у шлюбі; стан відносин з дітьми; ставлення близьких родичів і друзів до потерпілого; чи збереглося за потерпілим місце роботи; чи збереглися у потерпілого життєві цінності та перспективи.

Саме виходячи з таких критеріїв, на нашу думку, можна визначити оптимальний розмір грошової компенсації моральної шкоди особі. Однак особа, якій завдано моральну шкоду незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду, повинна сама визначити достатній для себе розмір компенсації, обґрунтованість якого встановить суд [9, с. 268].

Також поряд із встановленим законодавством грошовим способом компенсації моральної шкоди вважаємо, що доцільно було б встановити і додаткові спеціальні способи компенсації, виходячи із специфіки завданої моральної шкоди та особливостями правовідносин, якими, по суті, було завдано моральної шкоди громадянину. Крім того, необхідно доповнити Закон України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» додатковою статтею,

яка б передбачала, що разом із призначенням судом грошової компенсації моральної шкоди, завданої внаслідок незаконного перебування особи під слідством або судом, суд, дослідивши всі обставини справи, призначає додатково один із способів компенсації моральної шкоди: психологічну реабілітацію, яка являє собою систему заходів, спрямованих на відновлення, корекцію психологічних функцій, якостей, властивостей особи, створення сприятливих умов для розвитку та утвердження особистості; психологічну консультацію, яка проводиться з метою надання особі психологічної допомоги; психологічну терапію, яка являє собою систему спеціальних психологічних методів оздоровчого впливу на людину для нормалізації її психічного стану – під час перебування у важкому стресі, при психогеніях (непатологічних станах психіки); санаторно-курортне лікування як один із видів лікувально-профілактичної допомоги, пов'язаної з використанням природних лікувальних факторів. Не було б зайвим прийняти відповідний Порядок, який би визначав зміст кожного способу, порядок його реалізації, відповідальних суб'єктів та джерела фінансування. Такі додаткові психологічні способи могли б якомога краще сприяти залагодженню негативних наслідків, спричинених завданням особі моральної шкоди.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Мироненко В. П. Особливості відшкодування моральної шкоди за законодавством України / В. П. Мироненко // Судова апеляція. – 2013. – № 1. – С. 114–119.
2. Паліюк В. П. Визначення розміру моральної шкоди / В. П. Паліюк // Відшкодування моральної шкоди: коментар, законодавство, судова практика / За заг. ред. М. К. Галантича. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 89–97.
3. Цивільний кодекс України. – К.: ПАЛИВОДА А. В., 2014. – 380 с.
4. Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. № 4 // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2003. – № 3.
5. Паліюк В. П. Умови відшкодування моральної (немайнової) шкоди / В. П. Паліюк // Відшкодування моральної шкоди: коментар, законодавство, судова практика / За заг. ред. М. К. Галантича. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 54–65.
6. Цивільне право України. Академічний курс: підручник: у 2-х т. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – К.: Ін Юре, 2006. – Т. 1. – 388 с.
7. Примак В. Межі використання психологічних знань у справах про відшкодування моральної шкоди / В. Примак // Юридична Україна. – 2011. – № 5. – С. 63–70.
8. Гриняк А. Б. Відшкодування моральної шкоди в договірних зобов'язаннях / А. Б. Гриняк // Відшкодування моральної шкоди: коментар, законодавство, судова практика / За заг. ред. М. К. Галантича. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 30–46.
9. Шимон С. І. Цивільно-правові способи захисту конституційних прав людини (до поняття моральної шкоди) // Конституція України – основа подальшого розвитку законодавства. – К., 1997. – С. 268–275.

*The methods and specificity of moral harm compensation which was caused for physical person by the illegal calling to criminal account are analyzed in the article.*

*В статье проанализированы способы и специфика возмещения морального вреда, причиненного физическому лицу незаконным привлечением к уголовной ответственности.*

### СПРАВЕДЛИВІСТЬ І РОЗУМНІСТЬ ПРИ ВІДШКОДУВАННІ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ ЗРІЗ

**Примак В. Д.,**

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

*Із використанням порівняльно-правового методу розглядаються питання застосування засад справедливості й розумності у механізмі правового регулювання відносин із відшкодування моральної шкоди.*

**Ключові слова:** справедливість, розумність, відшкодування моральної шкоди, суд.

Попри законодавче закріплення розумності й справедливості як критеріїв визначення відшкодування за завдану моральну шкоду, у спеціальних дослідженнях з питань застосування зазначеного способу цивільно-правового захисту надзвичайно рідко зустрічається розгорнутий і конкретизований виклад авторського бачення змісту й належних форм використання вищезгаданих критеріїв або особливостей виявлення однойменних правових принципів у механізмі відшкодування моральної шкоди. Хоча трапляються й винятки. Так, С. І. Шимон не тільки розкриває зміст принципів розумності й справедливості, а й наголошує на тому, що «принципи розумності і справедливості виявляються в тому, що більш глибоким моральним стражданням відповідає більший розмір відшкодування; ці вимоги мають витримуватися однаково у всіх справах про відшкодування моральної шкоди. Тому суд має орієнтуватися на судову практику, що склалася на момент вирішення справи» [1, с. 23]. На нашу думку, такий підхід щодо твердження про зумовленість обсягу відповідальності тяжкістю завданих страждань (хоча ми б воліли говорити тут загалом про будь-які немайнові втрати, що їх зазнав потерпілий) стосується належного у розглянутих охоронних правовідносинах вияву засади справедливості, тоді як наголос на необхідності забезпечення сталої судової практики спонукає нас звернутися саме до розумності, оскільки йдеться не про властиве справедливості визначення пропорційного вчиненому правопорушенню масштабу відповідальності боржника, а про застосування органами правосуддя однакових підходів до оцінки подібних обставин та вибору шляхів вирішення спорів даної категорії. Таким чином, розумність у відносинах з відшкодування моральної шкоди означає, перш за все, додержання правової визначеності з метою забезпечення практичної реалізації засади справедливості.

Те, що справедливість має пронизувати всі без винятку елементи механізму цивільно-правової відповідальності, віддзеркалюючись, врешті-решт, у конкретно визначеному розмірі відповідальності певного боржника, ілюструє виокремлення Д. Команде (Giovanni Comandè) горизонтального та вертикального вимірів справедливості сум, що призначаються як відшкодування немайнових втрат через ушкодження здоров'я або смерть фізичної особи. Так, «горизонтальна справедливість» передбачає, що потерпілі з однаковим ступенем ушкоджень мають отримати подібні за розміром компенсації, зумовлені втратою життєвих задовольень. Натомість «вертикальна справедливість» означає належність присудження більших сум потерпілим з більш тяжкими ушкодженнями [2, с. 255–276]. Вважаємо, що у наведеному висловлюванні віддзеркалюється природна ймовірність застосувати відмінності у виявленні принципів справедливості й розумності. Адже однакова відповідальність за подібні правопорушення – це як справедливо, оскільки досягається мета визначення справедливого розміру належної потерпілому компенсації, так і розумно, тому що як спосіб досягнення вищезгаданої мети використовується спрямування на подібний до усталеного, найбільш раціональний і ефективний підхід у вирішенні такого роду справ.

Додаткову аргументацію на користь цієї ідеї допомагає знайти звернення до п. 3 ст. 10:301 Принципів європейського деліктного права (далі – PETL), згідно з яким розмір відшкодування за завдану індивідові немайнову шкоду має відповідати стражданням потерпілого та погіршенню його тілесного або психічного здоров'я; водночас схожі суми мають присуджуватися за об'єктивно схожі втрати [3]. При цьому, на нашу думку, загальний підхід до вибудовування ймовірної схеми справедливих розмірів відшкодування моральної шкоди має враховувати, насамперед, положення п. 1 ст. 2:102 PETL про те, що рівень захисту певних інтересів залежить від їх цінності; положення п. 2 ст. 2:102 PETL, відповідно до якого життя, тілесне і психічне здоров'я, людська гідність та свобода одержують найбільш інтенсивний захист [3].

О. М. Ерделевський також вважає, що «вимогу розумності й справедливості слід розглядати як звернуту до суду вимогу про додержання розумних і справедливих співвідношень розмірів компенсації моральної шкоди, що присуджуються у різних справах» [4, с. 207]. Однак дивним виглядає той факт, що наукові дослідження вияву справедливості й розумності у відповідному правовому механізмі зазвичай, зводяться до розгляду зазначених правових засобів лише як безпосередніх критеріїв визначення розміру відшкодування моральної шкоди. Через це складається хибне враження, ніби та сама ідеальна природа завданих особі немайнових втрат жодним чином не впливає на законодавче визначення правового статусу ймовірних учасників відносин з відшкодування моральної шкоди, динаміку відповідного деліктного зобов'язання, конкретизацію підстав та умов його виникнення, оцінку доказів у справах про відшкодування моральної шкоди.

Проте визначення розміру належної потерпілій особі компенсації є лише кінцевим моментом у оціночній діяльності суду – йому передують аналіз всіх обставин справи, дослідження яких має значення з погляду юридичної кваліфікації поведінки сторін (зокрема щодо наявності у їх діях певного ступеня вини) та її правових наслідків, а також визначення ролі у виникненні шкоди зовнішніх, об'єктивно непереборних обставин. Не дивно, що у праві багатьох зарубіжних держав засада розумності чи не найчастіше розглядається у розрізі використання різного роду стандартів розумних очікувань – передовсім з метою встановлення наявності вини у діях правопорушника [5, с. xii; 6; 7]. Примітним є

й те, що, наприклад, у Німеччині, як зазначає вже згаданий нами Д. Команде (Giovanni Comande), апеляційні суди переглядають рішення про відшкодування моральної шкоди на предмет їх розумності з огляду на обставини конкретної справи [2, с. 255–276], що зайвий раз переконує нас у доцільності розгляду зазначеної засади цивільно-правового регулювання як своєрідного фундаменту для раціональної оціночної діяльності суду, учасників цивільних відносин та законодавця.

Не відступають німецькі суди від вимог розумності й при тлумаченні норм права. Як зазначає Г. Кох (Harald Koch), «у разі неадекватності положень законодавства суди інтерпретують їх творчо і навіть запроваджують комплекси судових правил, які подекуди ідуть значно далі законодавчих приписів; особливо виразно це виявляється у справах про дифамацію та порушення приватності, медичні правопорушення та дефекти в продукції, де суди створюють нові правила відповідальності, які часто є жорсткішими до відповідача, ніж законодавчі приписи» [8, с. 207]. Напевно, розумність тут виявляється у прагненні органу правозастосування забезпечити адекватність механізму правового регулювання загальній меті утвердження справедливості, коли зазначена адекватність досягається через урахування усіх істотних обставин справи (насамперед, суті порушених правовідносин і особистих немайнових благ, а також особливостей правового статусу й фактичного становища сторін).

Окреслений підхід загалом узгоджується з визначенням розумності, наведеним у ст. I-1:104 Модельних правил європейського приватного права (далі – DCFR). Згідно з положеннями цієї статті розумним є те, що може бути об'єктивно встановлено з огляду на суть і мету того, що має бути зроблено відповідно до обставин даної справи та належних звичаїв і практики [9]. Орієнтація на зазначене визначення є прийнятною на всіх стадіях правового регулювання відносин з відшкодування моральної шкоди – у тому числі при визначенні належного способу виконання обов'язку боржника у деліктному зобов'язанні з відшкодування моральної шкоди. Так, у офіційному коментарі до DCFR відзначається можливість комбінації стягнення разової компенсації та періодичних платежів на відшкодування завданих немайнових втрат передусім у випадках заподіяння персональної шкоди. Натомість у разі порушення «безтілесних» майнових прав рідко є підстави не застосовувати саме разове стягнення [9].

Іншими словами, розумність вказує на істотність того чи іншого чинника, необхідність взяти його до уваги при визначенні питання про права та обов'язки заінтересованих осіб. Виходячи з цього, розумним є продемонстроване у ст. 10:301 PETL переконання у необхідності під час визначення розміру відшкодування моральної шкоди зважати на всі істотні обставини справи, включаючи глибину, тривалість існування і наслідки завданих потерпілому втрат [3].

Примітно, що дотримання засади розумності в змозі забезпечити справедливе вирішення справ про відшкодування моральної шкоди навіть за відсутності прямих вказівок законодавця щодо дослідження певного кола обставин. Прикладами вияву такої спроможності згаданої правової засади слугують життєві ситуації, пов'язані з імовірним перевищенням меж необхідної оборони або завданням явно непропорційної шкоди у стані крайньої необхідності. Адже лише спираючись на засаду розумності, можна визначити внесок кожної із сторін у виникнення певної форми негативних немайнових наслідків на боці потерпілої особи, а так само ступінь шкідливого впливу на неї певних зовнішніх обставин. Тому при перевищенні меж необхідної оборони розмір відшкодування моральної шкоди має визначатися з урахуванням: протиправності поведінки та ступеня вини (за її наявності) нападника; міри перевищення особою, що здійснювала самозахист, меж правомірного захисту; ступеня вини цієї особи; суспільної значимості благ, які захищалися і яким було завдано шкоди. Що ж стосується непропорційності заходів, вжитих з метою запобігання виникненню майнових або немайнових втрат у іншої особи, то відшкодування завданої такими діями потерпілому моральної шкоди розумно було б визначати з огляду на: ступінь виявленої заподіювачем шкоди непропорційності вжитих заходів; міру вини зазначеної особи; суспільну цінність об'єкта правової охорони, якому було завдано шкоди.

Водночас аналіз чинного законодавства і практики застосування механізму цивільно-правової відповідальності, на жаль, далеко не завжди виявляє прагнення українського законодавця і судів керуватися принципами розумності й справедливості. Нагадуємо про відсутність будь-якої впорядкованості судової практики в частині присудження певних сум компенсацій за моральну шкоду, завдану схожими за характером правопорушеннями; нездатність або небажання судів наповнювати конкретним змістом законодавчо визначені критерії розміру відшкодування моральної шкоди; ігнорування судами очевидності заподіяння такого роду немайнових втрат при порушенні низки цивільних прав або за подібних фактичних обставин; відсутність логічного взаємозв'язку між певним баченням органами судової влади суті, змісту і форм втілення моральної шкоди та вимогами до доказової діяльності, спрямованої на встановлення наявності умов, необхідних для стягнення відповідної компенсації; безпідставне ухилення судів від застосування передбаченої ст. 625 ЦК України відповідальності за порушення грошового зобов'язання у випадках прострочення виконання судових рішень у справах про відшкодування шкоди (на нашу думку, вкрай нерозумно відмовляти потерпілому в можливості скористатися тим чи іншим способом захисту цивільних прав та інтересів,

придатним для задоволення суспільно значимої потреби зазначеної особи); необґрунтоване обмеження сфери застосування цивільно-правової відповідальності у формі відшкодування моральної шкоди у відносинах, у яких одна із сторін є надзвичайно вразливою порівняно з іншою, котра посідає домінуюче становище (тут слід згадати тривале заперечення судами і законодавцем необхідності закріплення за всіма без винятку споживачами права на застосування вищезгаданого способу захисту цивільних прав та інтересів, а також фактичне позбавлення аналогічної можливості юридичних осіб приватного права у випадках завдання їм відмінних від приниження ділової репутації немайнових втрат, зумовлених порушенням публічно-правових відносин за їх участі з боку суб'єктів публічної адміністрації) тощо.

Практика міжнародних судових органів засвідчує, що розумність виявляється й у підходах до вирішення проблем доказування факту заподіяння моральної шкоди. Так, розглядаючи вимоги про компенсацію нематеріальної шкоди, завданої A. S. Diallo, Міжнародний суд справедливості ООН у рішенні від 19.06.2012 р. цілком закономірно: а) відзначив можливість встановлення такого роду шкоди навіть без розгляду яких-небудь спеціальних доказів (п. 21); б) наголосив на тому, що визначення розміру відповідної компенсації ґрунтується на міркуваннях справедливості (п. 24). При цьому Міжнародний суд справедливості вельми слушно посилається на: рішення Європейського суду з прав людини від 07.07.2011 р. у справі «All-Jedda v. United Kingdom», у якому зазначається, що при встановленні шкоди (немайнової) «керівним принципом є справедливість, яка насамперед передбачає гнучкість і об'єктивну оцінку того, що є справедливим, чесним і розумним з огляду на всі обставини справи, включаючи не тільки позицію заявника, а й загальний контекст вчиненого порушення» [10].

Тож у справах про відшкодування моральної шкоди розумність вимагає відступу від характерної для сучасного цивільного процесу засади змагальності з метою стимулювання судової активності як при оцінці обставин справи і дослідженні відповідних доказів, так і при визначенні розміру належної потерпілому компенсації. Такого роду підхід цілком узгоджується зі ст. 2:105 PECTL, положення якої передбачають, що: завдана шкода має бути доведена відповідно до звичайних процесуальних стандартів; суд може самостійно оцінити масштаб шкоди у разі, якщо доказати її чіткий розмір було б надто складно або надзвичайно витратно [3].

Водночас у порушеному контексті привабливим способом утвердження розумності щодо розмірів відшкодування моральної шкоди виглядає певне наслідування досвіду, напрацьованого у державах англосаксонської правової сім'ї, де поширеними є три варіанти обмежень або кількісних (грошових) критеріїв, що окреслюють допустимі межі розсуду органу правозастосування при визначенні розміру компенсації за завдання немайнової шкоди – йдеться про закріплення або порогових критеріїв для застосування відповідного заходу відповідальності, або максимальних розмірів відповідальності боржника, або використання свого роду тарифних планів, у яких деталізуються параметри ймовірної суми відшкодування з прив'язуванням до конкретних категорій справ (об'єктів правового захисту) [11]. При цьому не виключається будь-яке поєднання зазначених способів упорядкування судової практики.

Викладене дає підстави для висновку щодо доцільності певного запозичення закордонного і міжнародного досвіду застосування засад справедливості й розумності у правовому регулюванні відносин з відшкодування моральної шкоди.

При цьому розумність, серед іншого, означає: врахування немайнової природи моральної шкоди та неможливості достовірного доведення її наявності, обсягу і характеру; необхідність вияву судами процесуальної активності у визначенні обґрунтованості вимог заявника, виходячи із розумного уявлення про звичайно очікувані, передбачувані за подібних обставин негативні наслідки, що мали б виникнути у немайновій сфері потерпілої особи.

Своєю чергою, справедливість має поставати як визначальний чинник побудови всього механізму правового регулювання відносин з відшкодування моральної шкоди і мета його функціонування. А тому міркування справедливості мають відігравати вирішальну роль при встановленні сфери застосування зазначеного способу захисту цивільних прав та інтересів (за колом осіб і порушених регулятивних відносин), фактичних і правосуб'єктних підстав, а також умов (насамперед, при виключенні з їх сукупності вини і протиправності) виникнення відповідного деліктного зобов'язання. Водночас при визначенні розміру відшкодування моральної шкоди справедливість передбачає орієнтацію на притаманну демократичним суспільствам шкалу цінностей, що зумовлює призначення найбільших компенсацій за завдану моральну шкоду у випадках заподіяння каліцтва, іншого ушкодження здоров'я або смерті фізичної особи. При цьому підлягають врахуванню характер вчиненого правопорушення, ступінь вини правопорушника, істотність завданих потерпілому особистих немайнових втрат та інші істотні обставини справи.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Шимон С. І. Відшкодування моральної шкоди / С. І. Шимон // Відшкодування моральної шкоди: коментар, законодавство, судова практика / За заг. ред. М. К. Галянтича. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – С. 11–25.

2. *Personal injury and wrongful death damages calculations: transatlantic dialogue* / John O. Ward, Robert J. Thornton (eds). – Bingley, U. K.: Emerald, 2009. – 327 p.
3. *Principles of European Tort Law* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.egtl.org>.
4. Эрделевский А. М. Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики / А. М. Эрделевский: 3-е изд., испр. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – 320 с.
5. *Bongiovanni G. Reasonableness and law* / Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor, Chiara Valentini (eds). – Dordrecht; New York: Springer, 2009. – 482 p.
6. *Joachim W. E. The «Reasonable Man» in United States and German Commercial Law* [Електронний ресурс] / Willi E. Joachim. – Режим доступу: <http://www.trans-lex.org/124800>.
7. *Standards of Care and the «Reasonable Person»* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://injury.findlaw.com/accident-injury-law/standards-of-care-and-the-reasonable-person.html>.
8. *Introduction to German law* / Mathias Reimann, Joachim Zekoll (eds). – The Hague, The Netherlands: Kluwer Law International, 2005. – 480 p.
9. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf).
10. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lazareff-lebars.com/wp-content/uploads/2012/07/Judgment.pdf>.
11. *Fleming J. G. Fleming's The Law of Torts* / John G. Fleming. – 10th edition (chapter 10 on the law of damages. – P. 261–299) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.law.berkeley.edu/files/Flemings\\_The\\_Law\\_of\\_Torts\\_Damages.pdf](http://www.law.berkeley.edu/files/Flemings_The_Law_of_Torts_Damages.pdf).

*It's article in comparative legal terms deals with the application of the principles of justice and reasonableness in the mechanism of regulation of relations with compensation for moral damage.*

*Используя сравнительно-правовой метод, рассматриваются вопросы применения принципов справедливости и разумности в механизме правового регулирования отношений по возмещению морального вреда.*

## РЕОРГАНІЗАЦІЯ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

**Сішук Л. В.,**

кандидат юридичних наук, молодший науковий співробітник

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

*У статті досліджено теоретичні підходи до розуміння інституту реорганізації, що окреслюють відмінність реорганізації від ліквідації як форми припинення юридичної особи, з одного боку, і від заснування як форми створення юридичної особи, з іншого боку. Окреслено ряд ознак, які притаманні реорганізації, що в сукупності визначають поняття реорганізації як правового явища.*

**Ключові слова:** реорганізація, припинення юридичної особи, створення юридичної особи, універсальне правонаступництво.

На сучасному етапі розвитку ринкових відносин різні сектори економіки як у всьому світі, так і в Україні зазнають значних змін. Об'єктивний процес глобалізації сучасної світової економіки вимагає нового рівня розвитку національних ринків, які стають все більш інтегрованими. Здійснення підприємницької діяльності, отримання високих надприбутків, розширення конкурентоздатності на ринку, підвищення інвестиційної привабливості та постійних вливань іноземних інвестицій в економіку держави може зумовлюватися зростанням значної кількості підприємницьких товариств, ефективне функціонування на ринку яких гарантує економічна стабільність та належне правове регулювання.

Одним із процесів, що забезпечує створення стійких, конкурентоздатних та фінансово незалежних підприємницьких товариств, є реорганізація, яка виступає способом оптимізації організації їх діяльності залежно від ринкових умов. Безперечною перевагою інституту реорганізації є те, що при його застосуванні зберігається стабільність цивільного обороту, забезпечується гарантування договірних зв'язків, гарантування прав кредиторів тощо. В той же час, як правове явище, реорганізація є базовою категорією, що окреслює необхідність вироблення ефективного правового механізму реорганізації, що й обумовлює актуальність обраної теми дослідження.

Загальні теоретичні питання, що стосуються як самого поняття реорганізації, так і окремих способів її проведення, розглядалися у наукових працях такими вітчизняними і зарубіжними вченими, як: В. І. Бобрик, О. В. Бакуліна, О. М. Вінник, О. В. Дзера, В. П. Емельянцев, А. П. Сфименко,

Д. В. Жданов, О. М. Зубатенко, А. О. Карлін, О. Р. Кібенко, А. В. Коровайко, В. М. Кравчук, Н. С. Кузнєцова, І. М. Кучеренко, Д. В. Ломакін, С. В. Мартишкін, В. В. Рябота, І. В. Спасибо-Фатєєва, М. Л. Шелухін, Н. В. Щербаківа, В. С. Щербина, Д. С. Юдін та інші

**Метою наукової статті** є дослідження теоретичних підходів до розуміння інституту реорганізації, у результаті аналізу та узагальнення яких необхідно визначити основні ознаки і поняття реорганізації, яка виступає одним із процесів, що забезпечує централізацію виробництва і капіталу в економіці держави.

Вперше на кодифікованому рівні інститут реорганізації юридичної особи був введений у ЦК УРСР 1963 року. З прийняттям Цивільного кодексу України (далі – ЦК) законодавець при регламентації створення та припинення юридичних осіб відмовився від застосування терміна «реорганізація», зокрема у ЦК та деяких інших законах. Відсутність в ЦК терміна «реорганізація» вчені пояснювали низкою причин, зокрема тим, що, по-перше, не всі форми реорганізації мають наслідком припинення юридичної особи, по-друге, у багатьох країнах світу під реорганізацією юридичної особи розуміють будь-які важливі зміни в її існуванні, причому такі зміни в більшості випадків не пов'язані з припиненням юридичної особи [1, с. 12]. Для прикладу, у законодавстві Сполучених Штатів Америки термін «реорганізація» має ширше значення, що включає як ті види операцій, при яких відбувається припинення діяльності юридичної особи, так і ті, при здійсненні яких юридична особа продовжує існувати: взаємний обмін акціями, рекапіталізація, відчуження майна у процесі процедури банкрутства тощо [2, с. 143].

В той же час Законом України від 10. 10. 2013 р. № 642-VII було внесено зміни до ч. 1 ст. 104 ЦК України, згідно з якими юридична особа припиняється в результаті реорганізації (злиття, приєднання, поділу, перетворення) або ліквідації. Як впливає з вищенаведеного, законодавець знову вводить термін «реорганізація», проте оперує ним в контексті тих положень, що визначають способи припинення юридичної особи. Водночас у низці законних та підзаконних нормативно-правових актів застосовується термін «реорганізація» при регулюванні питань, що стосуються злиття, приєднання, поділу, виділу та перетворення юридичних осіб. Для прикладу, такими нормативними актами є Господарський кодекс України (далі – ГК), закони України «Про банки і банківську діяльність», «Про страхування», «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» тощо.

Проте питання, що ж слід розуміти під поняттям «реорганізація» на законодавчому рівні, залишилося не визначеним. Тому для того, щоб зрозуміти чи використання поняття «реорганізація» є недоліком юридичної техніки, чи необхідністю, від якої законодавець не має права відмовитися, потрібно розкрити сутність реорганізації як правового явища.

У більшості наукових праць погляди вчених радянського та сучасного періодів щодо поняття «реорганізація» традиційно зводяться до одного із способів припинення юридичної особи поряд із ліквідацією. Так, ще С. М. Братусь зазначав, що в радянському праві основною формою припинення юридичних осіб вважалася їх реорганізація – припинення юридичної особи без ліквідації справ і майна [3, с. 355–356]. Є. О. Суханов також розглядає реорганізацію юридичних осіб як припинення, яке тягне перехід прав та обов'язків раніше існуючих юридичних осіб до інших юридичних осіб [4, с. 148]. І. А. Смагіна вказує, що реорганізація – це припинення організації, внаслідок чого здійснюється перехід прав та обов'язків до інших осіб [5, с. 25].

Однак, як відомо, не всі способи реорганізації супроводжуються припиненням юридичної особи. Адже, наприклад, при виділі створюється нова юридична особа, а юридична особа, з якої здійснюється виділ, продовжує функціонувати [6]. Тобто виділ, як одна із форм реорганізації, не тягне припинення юридичної особи, з якої здійснюється виділ, а зумовлює тільки створення нової юридичної особи.

Такі особливості вказують на те, що реорганізацію необхідно розглядати не тільки як спосіб припинення юридичної особи, а й як створення юридичної особи у передбачених законом формах. Найбільш вдалою з цього приводу видається позиція С. В. Мартишкіна, який зазначає, що реорганізація – це особливий процес, в результаті якого відбувається припинення та / або створення юридичної особи, що зумовлено переходом прав і обов'язків юридичної особи – правонаступника у порядку правонаступництва до іншої юридичної особи – правонаступника [7, с. 7–8]. Схожі наукові підходи висловлюються й іншими вченими, зокрема П. П. Черевко, І. С. Шиткіною та іншими [8, с. 152; 9, с. 95]. При цьому в обґрунтування наведених міркувань вчені вказують на те, що первинне значення у процесі реорганізації (злиття, виділу, поділу, перетворення) відіграє припинення та / або виникнення нової юридичної особи як суб'єкта цивільних правовідносин, а не майнової бази [8, с. 153].

Звісно, реорганізація зумовлює створення та/або припинення юридичної особи, але неможливо погодитися з тим, що саме створення і припинення юридичної особи є метою проведення реорганізації, оскільки зазначені зміни властиві не всім її правовим формам. Такі форми реорганізації, як злиття, поділ і перетворення передбачають припинення юридичної особи і створення нової – її правонаступника, тоді як приєднання передбачає тільки припинення суб'єкта, який приєднується, а виділ – створення нової юридичної особи. Таким чином, ні виникнення, ні припинення юридичних осіб самі по собі не є визначальними загальними ознаками для всіх форм реорганізації. Вони визначають фактичний процес, відповідний тій чи іншій встановленій законом формі реорганізації.

Разом з тим, на думку більшості вчених, єдиною спільною рисою всіх форм реорганізації є саме перехід майна юридичних осіб, що перебувають у процесі реорганізації, у порядку універсального правонаступництва. Саме наявність правонаступництва характеризує як реорганізацію в цілому, так і кожна з її форм. Зокрема, О. В. Коровайко зазначає, що реорганізація є способом консолідації або поділу майна (бізнесу) учасниками юридичної особи [11, с. 9, 15–16]. В обґрунтування висловленої позиції вчений вказує на те, що юридичні особи, які перебувають у процесі реорганізації, з моменту прийняття їх учасниками відповідного рішення сприймаються скоріше як об'єкти (мається на увазі протягом певного періоду часу формально належний майновий комплекс), а не суб'єкт правовідношення. Незважаючи на те, що фактичну передачу майна у статутний капітал правонаступникам здійснює суб'єкт, що перебуває у процесі реорганізації, установчі документи новоствореної юридичної особи затверджують учасники останньої [11, с. 15–16].

Звичайно, розуміння реорганізації як способу зміни майнового становища юридичної особи в цивільному обороті, в результаті чого відбувається перехід прав та обов'язків від правопередника до правонаступника, найбільш повно відображає сутність та мету проведення реорганізації юридичної особи. Більше того, саме правонаступництво є тією ознакою, що відрізняє реорганізацію юридичної особи від ліквідації, у результаті проведення якої правонаступництва прав і обов'язків не виникає, з одного боку, та від заснування юридичної особи, майнова база якої створюється із майнових внесків засновників без правонаступництва їх зобов'язань, з іншого боку. Але в той же час розуміння реорганізації юридичної особи як способу зміни її майнового становища фактично зумовлює ототожнення понять «реорганізація» і «правонаступництво», що не відповідає дійсності. Крім того, слід не погодитися із твердженням, що юридична особа під час реорганізації виступає як об'єкт права, а суб'єктами, які здійснюють реорганізацію, є її учасники. Тому з цього приводу слід зазначити таке.

По-перше, виходячи із загальних положень, що визначають правове становище юридичної особи як суб'єкта права, остання набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, якими виступають загальні збори та виконавчий орган. Через органи управління юридична особа здійснює своє волевиявлення. Оскільки до виключної компетенції загальних зборів належить й питання про зміну правового становища юридичної особи шляхом реорганізації, то суб'єктом права при її проведенні виступає саме юридична особа, яка здійснює своє волевиявлення через вищий орган управління, а не її учасники. Також враховуючи той факт, що рішення про реорганізацію приймається кваліфікованою більшістю голосів, учасники юридичної особи, які заперечують проти проведення реорганізації, мають право вийти у встановленому законом порядку. Зокрема, у Законі України «Про акціонерні товариства», а саме, у ст. 68 зазначено, що акціонер товариства має право вимагати здійснення обов'язкового викупу належних йому акцій, якщо він на загальних зборах заперечував проти прийняття рішення про злиття, приєднання, поділ, перетворення чи виділ товариства. Таким чином, суб'єктний склад (кількість учасників) юридичної особи може змінюватися під час проведення реорганізації, в той час як незмінним ініціатором та суб'єктом реорганізації виступає юридична особа.

По-друге, реорганізацію юридичної особи не слід ототожнювати з правонаступництвом, оскільки реорганізація є процесом, що розпочинається з прийняття рішення про реорганізацію на загальних зборах, що супроводжується вчиненням ряду юридичних дій (наприклад, укладення договору про злиття (приєднання), затвердження передавального акта та розподільного балансу) і завершується внесенням відомостей до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців про припинення юридичних осіб – правопередників та / або створення юридичних осіб – правонаступників. Для правонаступництва ж характерними виступають такі ознаки, як єдність майна, що переходить однією дією і в один момент часу [10, с. 131], що характеризує правонаступництво при реорганізації юридичної особи як одномоментний перехід прав і обов'язків від юридичної особи – правопередника до юридичної особи – правонаступника.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 107 ЦК передавальний акт та розподільний баланс мають містити положення про правонаступництво щодо всіх зобов'язань юридичної особи, що припиняється. Передавальний акт та розподільчий баланс – це документи, в яких містяться відомості про майно, права та обов'язки, що мають перейти від однієї юридичної особи до іншої в порядку правонаступництва. Відповідно до ч. 3 ст. 107 ЦК підписані головою та членами комісії з припинення юридичної особи і затверджені учасниками юридичної особи примірники передавального акта та розподільчого балансу передаються в орган, який здійснює державну реєстрацію юридичної особи, що припиняється, та в орган, який здійснює державну реєстрацію юридичної особи – правонаступника.

Оскільки юридична особа набуває статусу самостійного суб'єкта права з моменту державної реєстрації, то саме з цього моменту вона має право стати власником майна, прав і обов'язків, з чого випливає, що правонаступництво при реорганізації також виникає як одномоментна дія, яка відбувається під час реєстрації новоствореної юридичної особи та / або припинення юридичної особи – правопередника і в результаті проведення якої майно, права та обов'язки юридичної особи –

правопопередника переходять до юридичної особи – правонаступника. В ст. 32, 33 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» зазначається, що злиття, поділ та перетворення вважаються завершеними з моменту державної реєстрації новоутворених юридичних осіб та державної реєстрації припинення юридичних осіб, що припиняються у результаті злиття, поділу, перетворення; приєднання – з моменту державної реєстрації припинення юридичних осіб, що припиняються у результаті приєднання, та державної реєстрації відповідних змін до установчих документів; виділ – з дати державної реєстрації юридичних осіб, утворених в результаті виділу. Таким чином, момент правонаступництва і момент закінчення проведення реорганізації збігаються у часі. При цьому правонаступництво при реорганізації можна розглядати як мету і як правовий наслідок проведення реорганізації. Але реорганізація – це триваючий процес, під час якого правонаступництво виникає як одномоментна дія, яка вчиняється разом із іншими, визначеними законом, фактичними і юридичними діями.

Отже, можна дійти висновку, що ні в законодавстві, ні в доктрині немає єдиного підходу до розуміння сутності реорганізації: з одного боку, її розглядають як спосіб створення та / або припинення юридичної особи, з іншого – як зміну майнового становища юридичної особи у порядку правонаступництва.

Однак, враховуючи висловлені протиріччя, що виникають у результаті доведення та/або спростування того чи іншого розуміння інституту реорганізації в цілому, вважаємо, що реорганізацію слід розглядати крізь призму сукупності ознак, які притаманні даному правовому явищу, не ототожнюючи таку процедуру тільки зі зміною організаційно-правової чи майнової складової як кваліфікуючої ознаки реорганізації. Це процес, якому притаманні такі ознаки:

1) має місце універсальне правонаступництво, яке полягає у переході майна, прав і обов'язків від юридичної особи – правопопередника до юридичної особи – правонаступника;

2) при здійсненні реорганізації відбувається припинення та / або створення юридичних осіб, які перебувають у процесі реорганізації;

3) суб'єктами, які беруть участь у проведенні реорганізації, виступають юридичні особи, які передають своє майно, права і обов'язки юридичним особам – правонаступникам;

4) при проведенні реорганізації може відбуватися зміна майнового становища юридичної особи – правонаступника, яка полягає у зменшенні або збільшенні обсягу капіталу, що переходить у порядку правонаступництва, та / або зміна суб'єктного складу (учасників), що залежить від порядку та форми проведення реорганізації.

Таким чином, реорганізація складається з кількох етапів, кожен з яких має самостійне юридичне значення, що в сукупності призводять до припинення та/або виникнення юридичної особи (юридичних осіб) – правонаступника (правонаступників) та забезпечують правонаступництво. У зв'язку з цим у правовій літературі реорганізацію розглядають як підставу динаміки цивільного правовідношення. Тому з огляду на сукупність юридичних дій (юридичних фактів), спрямованих на досягнення правового результату, постає питання, до якого виду юридичних фактів відноситься реорганізація?

В теорії права зазначається, що юридичні факти можуть утворювати певну систему, певний фактичний (юридичний склад), що є сукупністю юридичних фактів, пов'язаних між собою таким чином, що правові наслідки настають лише за наявності всіх елементів цієї сукупності, які окремо можуть узагалі не мати правового значення або породжують не ті наслідки, яких прагнули суб'єкти права. Такі юридичні склади поділяються на прості й складні. Прості юридичні склади є сукупністю фактів, які можуть накопичуватися в довільній послідовності, в той час як складна система юридичних фактів має місце в тих випадках, коли правові наслідки породжуються за умови виникнення складових їх юридичних фактів у строго визначеному порядку і наявності їх разом узятих у потрібний час [12, с. 279–280].

Враховуючи сукупність ознак, що визначають сутність реорганізації, доходимо висновку, що з точки зору виникнення, зміни та припинення цивільного правовідношення реорганізація є не простою сукупністю юридичних фактів, а складним юридичним складом з дотриманням послідовності виникнення юридичних дій, визначених законом. Так, договір про злиття (приєднання) може бути укладений тільки після прийняття рішення про реорганізацію, а державна реєстрація юридичної особи – правонаступника може відбутися тільки після прийняття рішення на загальних зборах, укладення договору про злиття (приєднання), підписання передавального акта та розподільного балансу. Недотримання цієї послідовності дій не призводить до виникнення правового результату.

Отже, реорганізація – це триваючий процес, що складається з системи юридичних фактів (складний юридичний склад), який у визначеному законом порядку зумовлює припинення юридичної особи (юридичних осіб) – правопопередника (правопопередників) та / або створення юридичної особи (юридичних осіб) – правонаступника (правонаступників) та перехід у порядку правонаступництва майна, прав і обов'язків юридичних осіб, що перебувають у процесі реорганізації (правопопередників) до юридичних осіб, що виникли у результаті реорганізації (правонаступників).

## СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Юркевич Ю. М. Припинення юридичних осіб з правонаступництвом. Монографія / Юрій Миколайович Юркевич. – Хмельницький. – 224 с.
2. Амоша О. І., Ращупкіна В. М. Юридичні аспекти регулятивного характеру у процесах реорганізації промислових підприємств / О. І. Амоша, В. М. Ращупкіна // Економіка пром-сті. — 2009. — № 4. — С. 143–151.
3. Братусь С. Н. Субъекты гражданского права / С. Н. Братусь. — М. : Изд-во юридической литературы, 1950. — 367 с.
4. Суханов Е. А. Реорганизация акционерных обществ и других юридических лиц / Е. А. Суханов // Хозяйство и право. — 1996. — № 1. — С. 148–152.
5. Смагина И. А. Предпринимательское право: учебное пособие / И. А. Смагина. — 128 с.
6. Кибенко Е. Р. Относительно определения понятия «реорганизация»: сравнительная характеристика права Украины и Европейского Союза / Елена Кибенко [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://ilf-ua.com/ru/publications/articles/docshow/113/>.
7. Мартышкин С. В. Понятие и признаки реорганизации юридического лица: автореф. дис. на соискание учен. степ. канд. юрид. наук: 12.00.03 / С. В. Мартышкин. — Волгоград. — 2000. — 26 с.
8. Черевко П. П. Створення юридичних осіб приватного права: дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00. 03 / П. П. Черевко. — Київ, 2008. — 225 с.
9. Шиткина И. С. Корпоративное право: учеб. для студ. вузов / Под. ред. И. С. Шиткиной. — М.: Волтерс Клувер, 2009. — 312 с.
10. Емельянец В. П. Универсальное правопреемство в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — М.: РГБ, 2005. — 210 с.
11. Коровайко А. В. Реорганизация хозяйственных обществ. Теория, законодательство, практика: учебное пособие. / А. В. Коровайко. — М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА — ИНФРА. М), 2001. — 112 с.
12. Цивільне право України: в 2-х томах. — Т. 1: підручник / За заг. ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубевої: вид. друге. — Х.: ТОВ «Одіссей», 2010. — 832 с.

*In the article investigates the theoretical approaches to understanding the institute of reorganization, resulting from the ability to distinguish the reorganization and liquidation as a form of termination of a legal entity, on the one side, and the establishment as a form of forming a legal entity, on the other side. Outlined a number of features that are inherent to reorganization, which together define the concept of reorganization as a legal phenomenon.*

*Исследуются теоретические подходы понимания института реорганизации, определяющие отличие реорганизации от ликвидации как формы прекращения юридического лица, с одной стороны, и от создания как формы образования юридического лица, с другой стороны. Определено ряд признаков, характерных для реорганизации, что в совокупности определяют понятие реорганизации как правового явления.*

## АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ГРОМАДЯНИНОВІ НЕЗАКОННИМ ПРИТЯГНЕННЯМ ДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

**Тімуш І. С.,**  
доктор юридичних наук, професор

*У статті розглядаються актуальні проблеми відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконним притягненням до кримінальної відповідальності.*

**Ключові слова:** незаконне кримінальне переслідування, майнова шкода, моральна шкода, відновлення порушеного майнового стану потерпілого.

Основним гарантом закріплених за громадянами правових можливостей виступає держава Україна, яка вимагає неухильного дотримання законності, насамперед, від службових осіб державних установ та організацій. Тенденція, що намітилася у нашій країні на створення законодавчих норм, спрямованих на посилення організованості і правопорядку, свідчить про новий етап розвитку законності в Україні, подальше зміцнення прав і свобод громадян.

Проголошення пріоритету захисту загальнолюдських цінностей та інтересів особи є найважливішим фундаментальним завданням правової держави. Важливим є створення відповідних умов, забезпечення певних гарантій та здійснення контролю за неухильним дотриманням законності, насамперед, службовими особами державних органів. У разі допущених порушень завдання держави полягає у швидкій і повній ліквідації їх наслідків. За таких умов роль правоохоронних органів щоденно зростає. Здійснення органами внутрішніх справ заходів щодо захисту законних прав та свобод громадян від злочинних посягань, попередження і розкриття злочинів, якими завдається шкода фізичній або юридичній особі, створює необхідні умови для фактичного відшкодування завданої шкоди.

Ось чому аналіз норм права, які регулюють відносини з відшкодування шкоди, виявлення основних тенденцій їхнього розвитку, розробка рекомендацій, спрямованих на їх удосконалення, та практика їх застосування виступають як важливе й актуальне завдання науки цивільного права. Актуальність цієї проблематики обумовлена також новизною нормативного матеріалу, складністю суспільних відносин, що виникають при відновленні майнового стану потерпілого, особливою правовою і політичною значимістю питань захисту інтересів громадян.

Громадянин має право обрахувати, обґрунтувати документально і вимагати від держави грошової компенсації будь-яких збитків, походження яких перебуває в причинному зв'язку з кримінальним переслідуванням невинуватого і в сукупності є, так би мовити, мінусом, дефектом певного матеріального блага, упущеною вигодою, у тому числі і в сфері підприємницької діяльності

Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. містить дещо нові положення про збитки як один з універсальних способів захисту цивільних прав та інтересів. Відповідно до ст. 22 ЦК України збитками є: втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права; доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене [1].

Перший вид збитків називають реальними збитками, а другий – упущеною вигодою (не одержана заробітна плата, авторський гонорар тощо). За загальним правилом, відшкодуванню підлягають реальні збитки й упущена вигода в сукупності, що означає відшкодування в повному обсязі. Оскільки законом закріплюється принцип повного відшкодування збитків, необхідно виходити з того, що збитки підлягають відшкодуванню з урахуванням індексації грошових доходів громадян. Під моральною шкодою розуміють такі наслідки правопорушення, які не мають економічного змісту і вартісної форми. Моральна шкода полягає у (ст. 23 ЦК України): фізичному болю та стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншими ушкодженнями здоров'я; душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів; душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку зі знищенням чи пошкодженням її майна; приниженні честі, гідності, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи. Отже, моральна шкода може бути фізичною і духовною, і її розмір визначається судом.

Правильність визначення завданих збитків, здійснення їх розрахунку так, щоб сторона, яка потерпає в результаті неправомірних дій контрагента, змогла отримати справедливую компенсацію, є однією з нагальних проблем сучасного цивільного права. Належний і аргументований розрахунок спричинених збитків стане в нагоді, коли потерпіла сторона звертатиметься до суду, оскільки на неї процесуальне законодавство покладає обов'язок доказувати свої твердження [2]. З іншого боку, такий розрахунок допоможе їй спростувати необґрунтовані вимоги свого недобросовісного контрагента. Однією з проблем, що виникла з 1 січня 2004 р., є наявність суперечностей у положеннях про збитки Цивільного та Господарського кодексів України від 16 січня 2003 р. Річ у тім, що ГК України передбачає інший, розширений та більш деталізований склад збитків. Стаття 225 ГК України до складу збитків відносить не лише вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна, додаткові витрати потерпілої сторони, неодержаний прибуток, а й додаткову матеріальну компенсацію моральної шкоди у випадках, передбачених законом [3]. Згідно з нормами ГК України до додаткових витрат належать штрафні санкції, сплачені іншим суб'єктам, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо, понесені стороною, яка зазнала збитків внаслідок порушення зобов'язання іншою стороною. Взагалі ГК України припускає наявність багатьох виключень і деталізуючих положень порівняно з ЦК України, зокрема: можливість закріплення в законі щодо окремих видів господарських зобов'язань обмеженої відповідальності за невиконання або неналежне виконання зобов'язань; інші вимоги до ціни, що враховується при відшкодуванні збитків; можливість для сторін за взаємною згодою заздалегідь визначити погоджений розмір збитків, що підлягають відшкодуванню (у твердій сумі або у вигляді відсоткових ставок залежно від обсягу невиконання зобов'язання чи строків порушення зобов'язання сторонами); можливість встановлення Кабінетом Міністрів України методики визначення розміру відшкодування збитків у сфері господарювання; самостійне визначення відшкодування збитків у внутрішньогосподарських відносинах, тобто в межах одного підприємства; порядок і умови відшкодування збитків.

Відмінності між положеннями обох кодексів негативно впливають на практику правозастосування, і поки що важко уявити, як ці проблеми вирішуватимуться.

Звичайно, окреслені положення здебільшого стосуються договірної відповідальності, але спільним щодо досліджуваної нами проблеми є недосконалий порядок і умови відшкодування збитків, відсутність у національному законодавстві чіткої методики визначення розміру відшкодування збитків, завданих службовою особою ОВС. За таких умов конкретного визначення потребує поняття «характер шкоди».

У літературі зазначається, що викладені ознаки характеру завданої шкоди як у кримінальних, так і в цивільних справах дозволяють визначити лише сферу суспільних відносин, яким завдана шкода (матеріальний, політичний, моральний тощо). Іншими словами, поняття шкоди вживається тут у широкому розумінні цього слова [4, с. 32–34]. Характер шкоди може визначатися в кожному конкретному випадку по-різному залежно від того, з якими обставинами спеціальні норми пов'язують обмеження чи перевищення повного відновлення порушеного майнового стану потерпілого. Тому можна виділити кілька чинників, що визначають характер шкоди.

По-перше, характер шкоди визначається об'єктом порушення. Залежно від соціально-економічної значимості предметів матеріального світу на тому чи іншому етапі розвитку суспільства, при виконанні політичних завдань держава в спеціальних нормах установлює відповідальність за вчинене правопорушення, відмінне від загальних правил цивільно-правової відповідальності. Значення характеру шкоди в даному випадку полягає в тому, що залежно від нього встановлюється майнова відповідальність, що не збігається з об'єктивною юридичною категорією обсягу шкоди. Встановлений спеціальними нормативними актами характер шкоди визначається об'єктом правомірного впливу правопорушника, який впливає на розмір відшкодування. По-друге, характер шкоди може визначатися одночасно декількома обставинами-ознаками: об'єктом порушення, способом завдання шкоди. По-третє, обставиною, що визначає характер шкоди і впливає на обмеження відшкодування, є суб'єкт відповідальності. Відповідно до ст. 1193 ЦК України суду надане право, залежно від майнового положення заподіювача-громадянина, зменшувати розмір відшкодування завданої ним шкоди, крім випадків, коли шкода завдана злочином. По-четверте, на характер шкоди впливають не тільки дії заподіювача шкоди, а і дії потерпілого. На підставі ч. 2 ст. 1193 ЦК України, якщо груба необережність самого потерпілого сприяла виникненню або збільшенню шкоди, то залежно від ступеня вини потерпілого (а в разі вини особи, яка завдала шкоди, – також залежно від ступеня її вини) розмір відшкодування зменшується, якщо інше не встановлено законом.

Ще більшою своєрідністю ознак визначається характер шкоди, завданої громадянину незаконними діями службових осіб правоохоронних органів, передбачених Законом України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» [5] та Положенням про застосування Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду» [6].

По-перше, не всяка шкода, завдана незаконними діями згаданих органів, підлягає відшкодуванню, а лише ті її види, що передбачені вищеназаним Законом України. По-друге, завдана шкода відшкодовується державою, а не правоохоронними органами. По-третє, шкода відшкодовується незалежно від вини заподіювача. Таким чином, поняття характеру шкоди тут є надзвичайно широким і динамічним. Воно не укладається в межі даного наукового визначення, під яке можна було б підвести будь-які правовідносини. Під характером шкоди слід розуміти комплекс юридичних ознак (обставин), зумовлених соціальними, економічними і політичними потребами розвитку громадянського суспільства, передбачених у спеціальних нормах інституту деліктних зобов'язань для врегулювання деяких видів відносин інакше, ніж це зроблено у загальних нормах, з метою обмеження або збільшення розміру відшкодування збитків.

Наступний проблемний аспект у відносинах з відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконним притягненням до кримінальної відповідальності, полягає у тому, що відповідно до ЦПК України кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень, якщо інше не передбачено законом. Крім цього, вимоги громадянина про відшкодування шкоди, завданої йому у зв'язку з незаконним притягненням до кримінальної відповідальності, повинні ґрунтуватися на конкретних фактах і обставинах, що підтверджують, по-перше, факт завдання шкоди, по-друге, його розмір і, по-третє, причинно-наслідковий зв'язок між незаконним кримінальним переслідуванням і шкідливими наслідками. Належним чином упоратися з цим завданням досить складно. Але особливу складність доказова діяльність набуває в тих випадках, коли притягнутий до кримінальної відповідальності громадянин здійснював підприємницьку або іншу не заборонену законом діяльність, специфіка якої робить вельми скрутним визначення та документальне підтвердження заподіяної йому шкоди. Розмір доходів, одержуваних підприємцем, як правило, нестабільний і багато в чому залежить від ступеня його особистої участі у цій діяльності, від

належного виконання покладених на нього функцій, в тому числі, зокрема, від особистого контролю за діяльністю підлеглих, оперативного та ефективного вирішення юридичних, виробничих або організаційних питань, проведення переговорів з контрагентами тощо. Немоżliвість особистого вчинення перелічених дій у зв'язку з необхідністю участі в судовому розгляді, що іноді займає досить тривалий час, може призвести (і нерідко призводить) до руйнування сформованих ділових зв'язків, зривів термінів виконання прийнятих на себе цивільних зобов'язань, неотримання передбачуваного прибутку і навіть до визнання громадянина банкрутом. При цьому надзвичайно складно, як уже зазначалося, не тільки визначити, підрахувати, підсумувати і документально підтвердити розмір всіх понесених громадянином збитків, тобто коштів, які він втратив у результаті кримінального переслідування, а й довести, що ці втрати стали прямим наслідком незаконного притягнення до кримінальної відповідальності.

Дуже важко довести також наявність інших витрат, понесених громадянином у зв'язку з незаконним кримінальним переслідуванням. До таких витрат, зокрема, належать витрати на придбання ліків та надання різних видів медичної допомоги через виникнення або загострення у громадянина захворювань соматичного характеру, викликаних тривалим психотравмуючим стресом, що вчиняють руйнівну дію на різні органи і системи організму, в першу чергу – центральну нервову систему. Реакція громадянина на важкі переживання може виявитися і в пристрасі до алкогольних напоїв, яка, у свою чергу, призводить до погіршення стану здоров'я, провокує і посилює депресивний стан і нерідко призводить до необоротної деформації особистості.

Такого роду негативні наслідки доволі часто є наслідком незаконного кримінального переслідування, проте довести наявність причинно-наслідкового зв'язку неможливо, що стає ще однією перешкодою для відшкодування реабілітованому заподіяної йому майнової шкоди в повному обсязі, як того вимагає закон.

Ще більше проблем виникає при компенсації завданої громадянину моральної шкоди. У літературі пропонуються різні критерії та способи визначення глибини й ваги моральних і фізичних страждань, заподіяних громадянину, і їх грошової оцінки, але не з усіма сформульованими висновками можна беззастережно погодитися, як, наприклад, з пропозицією брати до уваги не тільки індивідуальні, психологічні особливості особи потерпілого, які спричиняють характер страждань, а і його майновий стан. Але навіть задоволення в повному обсязі позову потерпілого про компенсацію перенесених ним фізичних і моральних страждань (що досить рідко зустрічається на практиці, тому що суди, як правило, задовольняють заявлені позовні вимоги частково, а нерідко допускають випадки не виправдано занижених сум компенсації) далеко не завжди може повністю усунути тяжкі негативні наслідки допущеного стосовно громадянина беззаконня. У літературі справедливо підкреслюється, що компенсація моральної шкоди не може відновити добре ім'я громадянина. У зв'язку з цим не зайвим буде нагадати, що дореволюційні цивілісти відкидали можливість грошової компенсації завданої громадянину образи чи приниження його честі. І в даний час для багатьох громадян почуття зневаженої людської гідності переважає над її грошовою компенсацією (тим більше, що стягнення її в розмірі, еквівалентному ступеня перенесених страждань, мало ймовірно). Набагато більш важливим для них є визнання незаконності дій, скоєних посадовими особами органів досудового слідства, прокуратури тощо, і публічне принесення відповідних вибачень.

Ще один аспект обговорюваної проблеми полягає в тому, що незаконне притягнення громадянина до кримінальної відповідальності викликає моральні страждання не тільки у потерпілого, а й у членів його родини – дружини, дітей і батьків, які відчують широкий спектр негативних емоцій – почуття образи, страху, обурення, гіркоти та ін. Питання про те, чи мають названі особи право вимагати компенсації заподіяної їм моральної шкоди, має велике наукове і практичне значення.

У ст. 33 Декларації прав і свобод людини і громадянина закріплено важливе положення: «Права жертв злочинів та зловживання владою охороняються законом. Держава забезпечує їм доступ до правосуддя та якнайшвидшу компенсацію за завдану шкоду». Все сказане дозволяє сформулювати висновок про необхідність легального визнання ще й права на компенсацію моральної шкоди, завданої особам, які спільно проживають з громадянином, якого незаконно притягнуто до кримінальної відповідальності. Це стане ще одним важливим кроком на шляху гуманізації вітчизняного законодавства, вдосконалення всіх його норм, які забезпечують захист і охорону невід'ємних прав громадян.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний кодекс України*. – К.: Паливода А. В., 2014. – 380 с.
2. *Цивільний процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 6 бер. 2014 р.* – К.: Паливода А. В., 2012. – 204 с.
3. *Господарський кодекс України*. Господарський процесуальний кодекс України. Офіційний текст. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 303 с. – (№ 4/2003. Бюлетень законодавства і юридичної практики України).

4. Прокудина Л. А. Возмещение ущерба, причиненного незаконными действиями правоохранительных органов. – М.: НИИ проблем укрепления законности и правопорядка при Генеральной прокуратуре Российской Федерации, 1997. – С. 32–34.

5. Закон України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 1. – Ст. 1 (Назва Закону із змінами, внесеними згідно із Законом № 4652-VI ( 4652-17 ) від 13.04.2012).

6. Спільний Наказ Міністерства юстиції України, Генеральної прокуратури та Міністерства фінансів України від 4 березня 1996 р. № 6/5/3/41 «Про затвердження Положення про застосування Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду» // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>.

*In the article the actual problems of harm compensation which was caused for person by the illegal calling to criminal account are considered.*

*В статье рассмотрены актуальные проблемы возмещения вреда, причиненного гражданину незаконным привлечением к уголовной ответственности.*

## ПРАВОВИЙ СТАТУС ВИЩИХ ДУХОВНИХ НАВЧАЛЬНИХ ЗАКЛАДІВ У КОНТЕКСТІ РЕФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ ВИЩОЇ ОСВІТИ УКРАЇНИ

**Шевченко О. М.,**

*кандидат історичних наук, старший науковий співробітник*

*відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства*

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

*У статті аналізується правовий статус вищих духовних навчальних закладів як непідприємницьких організацій. В контексті реформування системи вищої освіти України у зв'язку з прийняттям 1 липня 2014 р. Закону України «Про вищу освіту» увага акцентується на питаннях уможливлення проходження ними державного ліцензування та акредитації, що створить умови для визнання документів про вищу освіту, наукові ступені і вчені звання, видані ними, еквівалентними відповідним документам, що видаються світськими освітніми та науковими закладами в установленому законодавством порядку.*

**Ключові слова:** вищий духовний навчальний заклад, правовий статус, ліцензування, акредитація.

Основою реформування відносин у сфері освіти як одного із стратегічних напрямів політики держави за роки незалежності України стала заміна радянських доктринальних підходів до національної системи освіти країни з монодержавних на плюралістичні. Як зазначає В. І. Борисова, «перехід до ринкової економіки викликав серйозні зміни в галузі освіти, реформував її систему таким чином, що разом з традиційними державними освітянськими установами, які створюються державою і повністю фінансуються за рахунок державного бюджету, легальний статус отримали приватні навчальні заклади – вузи, коледжі, гімназії, засновником яких виступають приватні особи – фізичні або юридичні» [1, с. 14]. До навчальних закладів приватного права, враховуючи порядок створення та режим їх фінансування, відносяться також і вищі духовні навчальні заклади, засновниками яких відповідно до ст.11 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» виступають релігійні управління і центри релігійних об'єднань різних віросповідних напрямів.

Відповідно до статистичних даних, наведених у «Звіті про мережу церков і релігійних організацій в Україні станом на 1 січня 2014 р.», який затверджено наказом Міністерства культури України від 19 березня 2014 р. № 167, в Україні представлено 55 віросповідних напрямів, в межах яких діє 37209 релігійних організацій та функціонує 206 духовних навчальних закладів з кількістю слухачів – 18229 чоловік [2]. Ці навчальні заклади створюються з метою підготовки священнослужителів і служителів інших необхідних релігійних спеціальностей та діють на підставі статутів (положень), зареєстрованих відповідно до порядку, встановленого ст. 14 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації».

Конституційні норми (ст. 11, 21, 24, 35, 53) є базовими, що забезпечують можливість створення та функціонування вищих духовних навчальних закладів. Крім того, спеціальне законодавство, що регулює правовідносини, пов'язані з освітньою діяльністю релігійних організацій як непідприємницьких організацій, гарантує: 1) захист державою прав і законних інтересів релігійних організацій; 2) повагу

до традицій та внутрішніх настанов релігійних організацій; 3) невтручання у здійснювану в межах закону діяльність будь-яких організацій, які створені за ознакою ставлення до релігії; 4) рівність перед законом всіх релігій, віросповідань та релігійних організацій, проголошуючи, разом з тим, на державному рівні світськість державної системи освіти, її відділення від церкви (релігійних організацій) та не фінансування державою діяльності будь-яких організацій, створених за ознакою ставлення до релігії [3].

Загальна політика в сфері освітньої діяльності навчальних закладів країни формується волею держави, що, звісно, справляє значний вплив на діяльність вищих духовних навчальних закладів. Проте для останніх як непідприємницьких юридичних осіб приватного права важливою спрямовуючою волею є також воля їх засновників – релігійних організацій, зважаючи на те, що їх діяльність має здійснюватись відповідно до внутрішніх настанов певної конфесії.

Наприклад, визначальними нормативними документами Української Православної Церкви Московського патріархату, відповідно до яких здійснюється діяльність її вищих духовних навчальних закладів, є Статут про управління Української Православної Церкви [4], рішення Священного Синоду Української Православної Церкви, розпорядження Предстоятеля Української Православної Церкви, статuti (положення) вищих духовних навчальних закладів. Загалом основи діяльності та напрями розвитку системи вищої духовної освіти Української Православної Церкви Московського патріархату визначаються Концепцією вищої духовної освіти Української Православної Церкви (далі – Концепція) [5].

Зокрема, Концепція покладає особливий нагляд за створенням і діяльністю вищих духовних навчальних закладів на Предстоятеля Української Православної Церкви і Священний Синод, який вони здійснюють через Учебний Комітет при Священному Синоді Української Православної Церкви, та визначає: 1) основні завдання установ вищої духовної освіти; 2) канонічне підпорядкування вищих духовних навчальних закладів; 3) внутрішньоцерковну процедуру створення та атестації навчальної установи на право здійснення освітньої діяльності; 4) функціональні обов'язки та напрями діяльності Учебного комітету як уповноваженого церковного органу церковної влади в галузі освіти та науки; 5) процедуру інспектування вищих духовних навчальних закладів; 6) церковні освітні стандарти; 6) механізми фінансового і матеріального забезпечення вищих духовних навчальних закладів; 7) формування внутрішньоцерковної кадрової політики у сфері вищої духовної освіти; 8) напрями співробітництва зі світськими навчальними та науковими закладами; 9) здійснення фундаментальних досліджень у сфері богословських дисциплін; 10) внутрішньоцерковний стандарт підготовки кадрів вищої наукової кваліфікації та процедуру присвоєння і затвердження вчених звань доцента і професора, наукових ступенів кандидата та доктора наук у галузі православного богослов'я; 11) структуру вищої духовної освіти Української Православної Церкви (виокремлюючи відповідно до Церковного освітнього стандарту такі типи навчальних закладів, як: духовне училище, духовна семінарія, духовна академія) тощо.

Завданнями діяльності вищих духовних закладів Української Православної Церкви, як визначає засновник, є: а) забезпечення необхідного рівня підготовки кандидатів для пастирського служіння, богословів та фахівців інших форм церковного служіння; б) створення умов для суспільного визнання значимості вищої духовної освіти та соціальної інтеграції випускників вищих духовних навчальних закладів; в) розроблення принципів сумісності системи вищої духовної освіти з вітчизняною світською системою вищої освіти, а також з закордонними системами богословської освіти [5]. Здійснюючи свою статутну діяльність, вищі духовні навчальні заклади не мають своєю основною метою одержання прибутку, а характерними ознаками їх є неприбутковий характер та спеціальна правоздатність.

Загальні засади врегулювання створення та діяльності вищих духовних навчальних закладів як непідприємницьких юридичних осіб приватного права врегульовує і національне законодавство України, зокрема, гл. 7 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ). Крім того, відповідно до абз. 2 ч. 3 ст. 83 ЦКУ особливості правового статусу вищих духовних навчальних закладів визначаються спеціальним законодавством: законами України «Про свободу совісті та релігійні організації», «Про освіту», «Про вищу освіту» тощо.

Так, вносячи освітню діяльність вищих духовних навчальних закладів, спеціальне законодавство встановлює: 1) порядок створення та припинення установи; 2) вимоги до змісту статуту (положення) установи; 3) процедуру реєстрації установчого документа установи; 4) спосіб формування майна установи; 5) обсяг цивільної правоздатності установи та специфіку її цивільної відповідальності за власними зобов'язаннями; 6) повноваження засновників закладу (ст. 11–20, 22, 23 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації»).

Важливими підставами для набуття вищим духовним навчальним закладом статусу суб'єкта права – установи, яка може здійснювати освітню діяльність відповідно до національного законодавства, є: 1) державна реєстрація установчого документа (статута/положення); 2) ліцензування діяльності закладу щодо надання відповідних освітніх послуг; 3) акредитація освітньої програми за спеціальністю «Богослов'я». Так, відповідно до новел Закону України «Про вищу освіту» (п. 12 ст. 24)

«Вищі духовні навчальні заклади, які бажають вносити інформацію про видані ними власні дипломи про вищу освіту до Єдиної державної електронної бази з питань освіти, повинні пройти процедуру ліцензування освітньої діяльності. Вищі духовні навчальні заклади, які бажають видавати дипломи державного зразка, повинні пройти процедуру акредитації освітньої програми». Порядок отримання ліцензії щодо надання послуг в освітній сфері встановлюється Постановою Кабінету Міністрів України від 8 серпня 2007 р. №1019 «Про ліцензування діяльності з надання освітніх послуг». Акредитацію освітньої програми вищий духовний навчальний заклад може здійснити, подавши письмову заяву та необхідні документи до Національного агентства із забезпечення якості вищої освіти. Саме виконання цих умов згідно з п. 18 розділу XV «Прикінцевих та перехідних положень» Закону України «Про вищу освіту» створить «умови для визнання документів про вищу освіту, наукові ступені і вчені звання викладачів, видані вищими духовними навчальними закладами, еквівалентними відповідним документам, що видаються в установленому законодавством порядку» світськими освітніми та науковими закладами.

Крім того, з метою забезпечення реалізації вищеназваних можливостей вищих духовних навчальних закладів п. 5 Прикінцевих положень Закону України «Про вищу освіту» Кабінет Міністрів України зобов'язується: 1) протягом трьох місяців з дня набрання чинності цим Законом забезпечити затвердження центральним органом виконавчої влади у сфері освіти і науки єдиного переліку галузей знань, який повинен поєднати чинні переліки галузей освіти та науки, виділивши «Богослов'я» в окрему галузь знань; 2) у шестимісячний строк з дня набрання чинності цим Законом розробити порядок державного визнання документів про вищу духовну освіту, наукові ступені та вчені звання осіб, які на день набрання чинності цим Законом здобули освіту, захистили дисертації на здобуття наукових ступенів та отримали вчені звання у вищих духовних навчальних закладах, статuti (положення) яких зареєстровані у встановленому законодавством порядку; 3) за участю представників релігійних організацій прийняти нові нормативно-правові акти та внести зміни до чинних з метою правового та інституційного забезпечення створення та діяльності аспірантури, докторантури та спеціалізованих вчених рад вищих духовних навчальних закладів і подальшого державного визнання присудження ними наукових ступенів з наукових спеціальностей, що входять до галузі знань науки «Богослов'я», а також щодо порядку присвоєння вчених звань науково-педагогічним працівникам вищих духовних навчальних закладів.

Подальшими кроками у сфері реалізації прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про вищу освіту» стало розроблення проектів підзаконних нормативних актів. З цією метою відбулося ряд засідань Громадської ради з питань співпраці з церквами та релігійними організаціями при Міністерстві освіти і науки України та створена спеціальна робоча група для напрацювання відповідних документів (координатор – Ю. Решетніков) [6]. Нині розроблені підзаконні акти, що уможливають проходження державного ліцензування та акредитації вищих духовних навчальних закладів та визнання виданих ними документів про вищу освіту, наукові звання та вчені ступені, винесені Міністерством освіти і науки України на громадське обговорення на офіційному веб-сайті Міністерства, зокрема, це проект Постанови КМУ «Про порядок державного визнання документів про вищу духовну освіту, наукові ступені та вчені звання, видані вищими духовними навчальними закладами», згідно з яким мають бути затверджені: 1) Порядок державного визнання документів про вищу духовну освіту осіб, які на день набрання чинності Законом України «Про вищу освіту» здобули вищу освіту у вищих духовних навчальних закладах, статuti (положення) яких зареєстровані у встановленому законодавством порядку; 2) Порядок державного визнання документів про наукові ступені осіб, які на день набрання чинності Законом України «Про вищу освіту» захистили дисертації на здобуття наукових ступенів у вищих духовних навчальних закладах, статuti (положення) яких зареєстровані у встановленому законодавством порядку; 3) Порядок державного визнання документів про вчені звання осіб, які на день набрання чинності Законом України «Про вищу освіту» отримали вчені звання у вищих духовних навчальних закладах, статuti (положення) яких зареєстровані у встановленому законодавством порядку.

Завдяки наданій можливості, викликаній змінами українського законодавства, вже ряд вищих духовних навчальних закладів розпочали процес проходження ліцензування своєї освітньої діяльності відповідно до положень новоприйнятого Закону України «Про вищу освіту», зокрема, це Київська православна богословська академія – вищий духовний навчальний заклад Української Православної Церкви Київського патріархату, яка здійснює підготовку фахівців з вищою освітою у галузі біблеїстики, православного богослів'я, церковної історії, церковного права, літургії, церковного співу та місіології [7]; Ісламський університет, який був заснований Духовним управлінням мусульман України в м. Києві, зареєстрований Комітетом у справах національностей і релігій України у 1994 р. (реєстраційний № 341) та спеціалізується на підготовці спеціалістів з глибоким знанням ісламського Шариату та основ релігії [8].

Зважаючи на суспільний потенціал релігійних спільнот як орієнтир в етичних питаннях, який має відігравати важливу соціальну роль в українському суспільстві, потрібно відзначити позитивність змін у правовому статусі вищих духовних навчальних закладів як непідприємницьких організацій, які визначені новелами Закону України «Про вищу освіту». Відповідні зміни, долаючи рудименти «радянськості» в національній освітній системі, демократизують її, зумовлюють все більші можливості для цивілізованих відносин держави з релігійними організаціями на ниві освіти. Можливо в перспективі подальші законодавчі зміни будуть стосуватися розширення переліку спеціальностей, підготовка спеціалістів з яких може здійснюватися вітчизняними вищими духовними навчальними закладами.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Борисова В. І. Вищий навчальний заклад – функціональний вид непідприємницьких юридичних осіб // Непідприємницькі організації у механізмі реалізації права громадян на об'єднання (асоціації). Збірник наукових праць (за результатами роботи круглого столу) / За заг. ред. М. К. Галантича. – К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. – С.14–17.
2. Наказ Міністерства культури України від 19 березня 2014 р. №167 «Про річну статистичну звітність з питань державно-конфесійних відносин в Україні за 2013 рік (релігійні організації)» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://mincult.kmu.gov.ua/mincult/uk/publish/printable\\_article/354806/](http://mincult.kmu.gov.ua/mincult/uk/publish/printable_article/354806/).
3. Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» від 23.04.1991 р. № 987-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 25. – Ст. 283.
4. Статут про управління Українською Православною Церквою Московського патріархату [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://orthodox.org.ua/page/statut-rpts-pro-upts>.
5. Концепція вищої духовної освіти Української Православної Церкви Московського патріархату [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://orthodox.org.ua/page/>.
6. Відбулося засідання Громадської ради з питань співпраці з церквами та релігійними організаціями при МОН [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://mon.gov.ua/ua/news/39417-vidbulosya-zasidannya-gromadskoyi-radi-z-pitan-spivpratsi-z-tserkvami-ta-religiynimi-organizatsiyami-pri-mon>.
7. Київська православна богословська академія [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.kda.org.ua/about/zag-vidomosti.html>.
8. Исламский Университет [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://islam.ua/university/>.

*The article examines the legal status of higher spiritual education as unenterprise organizations. In the context of reforming higher education in Ukraine in connection with the adoption of July 1, 2014 the Law of Ukraine «On Higher Education» attention is accented on questions of conditioning of passing by them state licensing and accreditation, that will entail confession of documents about higher education, graduate degrees and scientific ranks, issued by them as equivalent to the corresponding documentation for secular educational and research institutions in the legislation.*

*В статье анализируется правовой статус высших духовных учебных заведений как непредпринимательских организаций. В контексте реформирования системы высшего образования Украины в связи с принятием 1 июля 2014г. Закона Украины «О высшем образовании» внимание акцентируется на вопросах создания условий прохождения ими государственного лицензирования и аккредитации, что повлечет за собой признание документов о высшем образовании, ученых степенях и ученых званиях, выданных ими, эквивалентными соответствующим документам, которые выдают светские образовательные и научные учреждения в установленном законодательством порядке.*

## ПРО ОБОРОТОЗДАТНІСТЬ ПРАВА ВИМОГИ ЗА ГРОШОВИМ ЗОБОВ'ЯЗАННЯМ

Беляневич О. А.,

доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник

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

У статті проаналізовано умови оборотоздатності права вимоги за грошовим зобов'язанням, визначено умови дійсності договору про відступлення права вимоги. Доведено, що оборотоздатність права вимоги за грошовим зобов'язанням як такого, що не має нерозривного зв'язку із особою кредитора, в принципі не повинна залежати від згоди боржника, договірні ж обмеження щодо заміни кредитора у зобов'язанні повинні оцінюватися судом з точки зору справедливості, розумності та добросовісності, а також конкретних обставин справи.

**Ключові слова:** зобов'язання, заміна кредитора у зобов'язанні, відступлення права вимоги, грошове зобов'язання, майно, примусове виконання судового рішення.

Законодавством, судовою практикою та правовою наукою право вимоги визнається самостійною майнвою цінністю, яка в силу економічної необхідності включається до цивільного (господарського) обороту. З огляду на це теоретичне розв'язання проблем, в тому числі і правозастосовного характеру, що виникають у зв'язку із договірними відносинами щодо відступлення права вимоги, зокрема за грошовими зобов'язаннями, має важливе значення як для єдності та послідовності судової практики, так і усталеної практики ділового обороту.

Метою цієї статті є встановлення співвідношення категорій «відступлення права вимоги» та «заміна сторони у зобов'язанні», визначення умов відступлення права вимоги за грошовим зобов'язанням, в тому числі юридичного значення згоди боржника на заміну кредитора, та впливу на грошове зобов'язання судового рішення за позовом про присудження (стягнення), яке набрало законної сили. Як відомо, сутність зобов'язання полягає в зобов'язуванні конкретних осіб до визначеної поведінки задля досягнення певної майнввої мети. В силу зобов'язання кредитор набуває право вимагати від боржника вчинення певних дій. При цьому до складу майна кредитора право вимоги входить як актив, а боржник обтяжується боргом, що відображається в його майні як пасив.

Як впливає зі змісту ч. 1 ст. 509 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), законодавець не прагне охопити вичерпним переліком усі можливі права вимоги, називаючи серед таких вимоги передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо.

В літературі зверталася увага на те, що з відступленням права вимоги може відбуватися заміна суб'єкта (кредитора) усього правовідношення (заміна сторони у договорі). Проте можливим є й відступлення права вимоги у триваючому правовідношенні, коли з сукупності усіх вимог за зобов'язанням виділяється і передається іншій особі одна вимога (наприклад, внесення окремого платежу, плати за найм тощо) [1, с. 363].

Можливість відступлення права вимоги є властивістю суб'єктивного зобов'язального права. Сучасний правовий режим відступлення права вимоги утворюється не лише безпосередньо нормами ст. 512–518 ЦК України, якими врегульовано заміну кредитора у зобов'язанні, а й загальними положеннями про об'єкти цивільних прав (гл. 12 ЦК України). Так, ст. 177 ЦК України містить перелік видів об'єктів цивільних прав, серед яких – майнвові права.

За загальним правилом оборотоздатності об'єктів цивільних прав, що міститься в ч. 1 ст. 178 ЦК, 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;
- не обмежені в обороті;
- не є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи.

В ч. 2 ст. 178 ЦК визначено, що:

- види об'єктів цивільних прав, перебування яких у цивільному обороті не допускається (об'єкти, вилучені з цивільного обороту), мають бути прямо встановлені у законі;
- види об'єктів цивільних прав, які можуть належати лише певним учасникам обороту або перебування яких у цивільному обороті допускається за спеціальним дозволом (об'єкти, обмежено оборотоздатні), встановлюються законом.

Отже, *майнвове право (право вимоги) не може бути оборотоздатним в принципі лише у двох випадках:*

- 1) якщо його відступлення буде суперечити закону;
- 2) воно нерозривно пов'язане із особою кредитора<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Так, відповідно до ст. 515 ЦК України заміна кредитора не допускається, зокрема, у зобов'язаннях про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю.

Зі змісту норм Цивільного кодексу випливає:

- за загальним правилом, будь-яке зобов'язальне право вимоги може бути відступлене кредитором іншій особі,
- недопустимість відступлення права вимоги в силу сутності зобов'язання або через пряму заборону закону є винятком.

Обмеження щодо заміни кредитора у зобов'язанні може бути встановлено договором або законом (ч. 3 ст. 512 ЦК). Зазвичай такі обмеження спрямовані на усунення ризиків, пов'язаних із переходом прав вимоги до іншої особи, яка не є стороною за первісним договором.

Цивільний кодекс встановлює загальне правило про принципову можливість переходу права кредитора від однієї особи до іншої як в порядку загального (універсального) правонаступництва, так і в порядку правонаступництва в окремому правовідношенні (сингулярного правонаступництва). В ч. 1 ст. 512 ЦК України ці види правонаступництва розглядаються як самостійні підстави заміни кредитора у зобов'язанні. Отже, заміна кредитора у зобов'язанні є родовим поняттям щодо передання кредитором своїх прав іншій особі за правочином (відступлення права вимоги).

При цьому слід брати до уваги те, що в ЦК України термін «зобов'язання» вживається в різних значеннях і не збігається змістовно з поняттям «договір».

Термін «зобов'язання» може розумітися в цивільному законодавстві, принаймні: 1) як обов'язок пасивного суб'єкта (боржника); 2) як позначення усього юридичного відношення, зобов'язання в широкому розумінні, тобто договору (вживається у ЦК щодо окремих видів договірних зобов'язань, визначених підрозділом 1 розділу 3 «Окремі види зобов'язань» книги 5 «Зобов'язальне право» ЦК); 3) як конкретне право вимоги кредитора до боржника (зобов'язання у вузькому розумінні).

У гл. 47 «Поняття зобов'язання. Сторони у зобов'язанні» ЦК термін «зобов'язання» вживається у вузькому розумінні для позначення конкретного правового зв'язку між кредитором та боржником. Оскільки договір може містити (а в договорах у сфері підприємницької діяльності, зазвичай, містить) комплекс прав та кореспондуючих їм обов'язків, то кредитора та боржника можна виявити тільки у простому зобов'язальному правовідношенні (наприклад, у грошовому зобов'язанні), а не в межах договору загалом.

Таким чином, *гл. 47 ЦК України регулює порядок заміни сторони в одному зобов'язальному правовідношенні, а не сторони в договорі* (зобов'язанні в широкому розумінні). Відповідно, відступлення права вимоги кредитором є підставою для заміни сторони не в договорі, а в окремому правовідношенні із збереженням обсягу прав та обов'язків за договором для його сторін.

У випадках, коли заміна сторін у зобов'язанні на стороні кредитора впливає на характер правового зв'язку, можливість відступлення права вимоги може бути поставлена у залежність від згоди боржника або виключена угодою сторін чи законом. Разом з тим право вимоги за грошовим зобов'язанням, пов'язаним із оплатою здійсненого виконання, як правило, існує достатньо автономно; через це виділення його зі складу складного взаємного договору не викликає істотних проблем та не впливає на сутність та характер інших правовідносин в межах складного зобов'язання [2, с. 29].

Про нерозривний зв'язок права вимоги із кредитором, з яким може пов'язуватися домовленість сторін про те, що право вимоги відступленню не підлягає, писав свого часу й І. Б. Новицький [3, с. 260].

Перехід прав кредитора до третіх осіб у цивільному праві є одним з елементів інституту зміни осіб у зобов'язанні, сутність якого полягає в повній чи частковій заміні первісного кредитора новим кредитором *усередині існуючого зобов'язання* на підставі угоди чи в силу закону, у результаті чого *обсяг і зміст прав кредитора залишаються незмінними* [4].

Важливо підкреслити і те, що заміна кредитора у зобов'язанні *не впливає на зміст обов'язків боржника*<sup>2</sup>.

Саме із незмінністю змісту прав, які передаються новому кредитору, та незмінністю змісту обов'язків боржника пов'язане загальне правило ч. 1 ст. 516 ЦК про те, що заміна кредитора у зобов'язанні здійснюється без згоди боржника.

Водночас в імперативних нормах ч. 2 ст. 516, ст. 517, 518 ЦК України законодавець визначає правовий механізм захисту прав та інтересів боржника (і у випадку, коли боржник не був повідомлений про заміну кредитора у зобов'язанні, і тоді, коли таке повідомлення він одержав).

У цивілістичній літературі давно зверталася увага, з одного боку, на те, що кожен має право розпоряджатися своїм майновим правом як йому забажається, а з іншого боку, для боржника не може мати жодного значення зміна в особистості вірителя [кредитора – О. Б.], якщо з цим не поєднується зміна інших умов договору: якщо боржник зобов'язаний до певного строку сплатити певну суму

<sup>2</sup> Це є наслідком того, що приватноправові зобов'язання давно втратили суто особистий зв'язок між кредитором і боржником, а право кредитора звернути стягнення на особу боржника (включаючи смертну кару) або членів його сім'ї поступилося майновій відповідальності боржника. В свою чергу, оскільки особа кредитора давно не належить до сутності зобов'язання, як це було в римському праві, боржнику загалом байдуже, якій саме особі він передасть належне виконання.

грошей, то таку сплату він може із легкістю зробити і будь-кому іншому, хто набув права первісного кредитора. Тому особа може відступити своє право вимоги по грошовому зобов'язанню будь-якій особі, не отримуючи згоди боржника, якщо тільки це право вимоги *не пов'язане з обов'язком*, що має бути виконаний вірителем [5, с. 532].

Оскільки об'єктом зобов'язання є *дія* пасивного суб'єкта (боржника), то індивідуальність зобов'язання має значення настільки, наскільки інтерес, пов'язаний із виконанням цієї дії, залежить від особистих якостей її виконавця. За відсутності такого значення дія може бути виконана будь-ким, наприклад, борг може бути сплачений будь-якою особою, а не лише боржником, адже *об'єктом права* є платіж грошей, а не сам боржник [6, с. 11].

Відповідно до ч. 3 ст. 512 ЦК України кредитор у зобов'язанні не може бути замінений, якщо це встановлено договором або законом, тобто йдеться про закріплення в договорі *заборони* на заміну кредитора.

Слід звернути увагу на те, що в гл. 47 ЦК України «Поняття зобов'язання. Сторони у зобов'язанні» законодавець, встановлюючи порядок заміни кредитора та боржника у зобов'язанні, використовує принципово різні техніко-юридичні прийоми:

1) порядок заміни боржника визначається *імперативною* нормою ст. 520 ЦК, тобто шляхом встановлення *заборони* (без згоди кредитора боржник не може перевести борг на іншу особу);

2) порядок заміни кредитора визначається *диспозитивною* нормою ч. 1 ст. 516 ЦК шляхом встановлення *позитивного дозволення*: заміна кредитора у зобов'язанні не потребує згоди боржника, якщо інше не встановлено договором або законом. Наявність диспозитивної засади у регулюванні відступлення права вимоги означає, що відповідна умова договору має бути сформульована ясно та однозначно, оскільки воля сторін має, безсумнівно, «витіснити» норму закону.

Важливо зазначити, що з огляду на розподіл прав та обов'язків переважна більшість договорів у сфері господарювання є синалагматичними, тобто кожна сторона водночас є і кредитором, і боржником (залежно від характеру конкретного правового зв'язку). Конструкція такого зобов'язання закріплена в ч. 3 ст. 510 ЦК: якщо кожна із сторін у зобов'язанні має одночасно і права, і обов'язки, вона вважається боржником у тому, що вона зобов'язана вчинити на користь іншої сторони, і одночасно кредитором у тому, що вона має право вимагати від неї. Грошове зобов'язання є одним з тих окремих зобов'язань (зобов'язань у вузькому розумінні), з яких складається договірне правовідношення (виконати роботу, передати майно, надати послугу тощо), зв'язок же кожного з таких зобов'язань із особами кредитора та боржника може бути різним.

Так, відповідно до Договору підряду, укладеного між ТОВ «\*» та ТОВ «БК \*\*» (далі – Договір), підрядник зобов'язується на свій ризик власними та (або) залученими силами та засобами у відповідності до Технічних характеристик внутрішнього оздоблення, умов цього Договору, чинних будівельних норм і правил в обумовлений Договором строк виконати комплекс робіт з чистового оздоблення квартир та місць загального користування на визначеному в договорі об'єкті капітального будівництва (житловому будинку).

Як випливає з преамбули Договору, сторони мають спеціальну господарську правосуб'єктність і здійснюють свою діяльність на підставі відповідних ліцензій, виданих Державною архітектурно-будівельною інспекцією Міністерства регіонального розвитку та будівництва України: Генеральний підрядник, що виступає замовником робіт, здійснює будівельну діяльність, Підрядник – господарську діяльність, пов'язану із створенням об'єктів архітектури на підставі ліцензії. Відповідно до ч. 3 ст. 3 Закону України «Про ліцензування певних видів підприємницької діяльності» ліцензія є єдиним документом дозвільного характеру, який дає право на зайняття певним видом господарської діяльності, що відповідно до законодавства підлягає обмеженню. Ліцензія є єдиним документом дозвільного характеру, який дає право на зайняття певним видом господарської діяльності, що відповідно до законодавства підлягає обмеженню. Господарська діяльність, що здійснюється сторонами зазначеного договору підряду, ліцензується як потенційно небезпечна як для виконавців, так і для споживачів та довкілля. Це означає, що як Генеральний підрядник, так і Підрядник мають дотримуватися ліцензійних умов, тобто визначеного переліку організаційних, кваліфікаційних та інших спеціальних вимог, обов'язкових для виконання при провадженні ліцензованого виду господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню. Таким чином, оскільки діяльність Підрядника є ліцензованою, значення його особи як виконавця робіт (тобто боржника, пасивної сторони) для іншої сторони договору є істотним. *Разом з тим Підрядник, який має право (вимоги) отримати плату за виконані ним роботи, виступає кредитором за грошовим зобов'язанням.*

Як зазначено в п.1.1 Постанови Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування законодавства про відповідальність за порушення грошових зобов'язань» від 17.12.2013 р. № 14, «грошовим, за змістом ст. 524, 533 – 535, 625 ЦК України, є виражене в грошових одиницях (національній валюті України чи в грошовому еквіваленті в іноземній валюті) зобов'язання сплатити гроші на користь іншої сторони, яка, відповідно, має право вимагати від

боржника виконання його обов'язку. Грошовим слід вважати будь-яке зобов'язання, що складається в тому числі з правовідношення, в якому праву кредитора вимагати від боржника виконання певних дій кореспондує обов'язок боржника сплатити гроші на користь кредитора. Зокрема, грошовим зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона зобов'язана оплатити поставлену продукцію, виконану роботу чи надану послугу в грошах, а друга сторона вправі вимагати від першої відповідної оплати, тобто в якому передбачено передачу грошей як предмета договору або сплату їх як ціни договору».

Оборотоздатність вимоги за грошовим зобов'язанням, що виникає в межах договірної зобов'язання, визначається тим, що в грошових зобов'язаннях особа кредитора не має істотного значення для боржника. Тому право вимоги за грошовим зобов'язанням є в принципі оборотоздатним і його відступлення іншій особі не підпадає під заборону, встановлену ст. 515 ЦК (зобов'язання, в яких заміна кредитора не допускається).

За загальним правилом, згода боржника на відступлення права вимоги не потрібна. У зв'язку з цим в судовій практиці при розгляді справ про визнання недійсними договорів про відступлення права вимоги, які порушуються за позовами боржників, виникають питання про те, якими є особливості заміни кредитора у зобов'язанні після ухвалення судового рішення та на стадії його виконання.

Відступлення права вимоги відбувається на підставі правочину (договору), який має розпорядчий характер, і мета, яку переслідують сторони – перехід права, досягається безпосередньо в момент його укладення.

Правочин (договір) про відступлення права вимоги має відповідати вимогам ст. 203 ЦК. Частиною 1 ст. 203 ЦК України передбачено, що зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства.

Основним юридичним фактом відступлення права вимоги (цесії) є договір про відступлення права вимоги між цедентом та набувачем цього права, повідомлення боржника про відступлення права вимоги, яке відбулося, знаходиться поза межами юридичного складу цесії [1, с. 363]. Згода боржника на відступлення права вимоги не є і не може розглядатися як елемент змісту правочину (так само як і форма правочину не є елементом його змісту).

Підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені ч. 1–3, 5–6 ст. 203 ЦК (ч. 1 ст. 216 ЦК). Як впливає із змісту ч. 2 та 3 ст. 216 ЦК, ст. 516 ЦК договір про відступлення права вимоги є оспорюваним. При цьому слід враховувати таке.

Застосування будь-якого способу захисту цивільного права та інтересу, в тому числі визнання правочину недійсним, має бути об'єктивно виправданим та обґрунтованим. Це означає, що:

- застосування судом способу захисту, обраного позивачем, має реально відновлювати його наявне суб'єктивне право, яке порушене, оспорується або не визнається;
- обраний спосіб захисту має відповідати характеру правопорушення;
- застосування обраного способу захисту має відповідати цілям судочинства;
- застосування обраного способу захисту не повинно суперечити принципу верховенства права.

Крім того, при оцінці дійсності (законності) договору про відступлення права вимоги необхідно брати до уваги, що позивач (боржник за договором), звертаючись до суду, має надати докази того, що він є суб'єктом спірного правовідношення та йому належить право вимоги.

Так, у Постанові Верховного Суду України від 25.12. 2013 р. за позовом осіб до приватного сільськогосподарського підприємства «Лазірки», треті особи: відділ Держкомзему в Оржицькому районі Полтавської області, Полтавська регіональна філія Центру державного земельного кадастру, про визнання недійсними договорів оренди землі [7], міститься такий правовий висновок:

*«...однією з обов'язкових умов визнання договору недійсним є порушення у зв'язку з його укладенням прав та охоронюваних законом інтересів позивача. Якщо за результатами розгляду справи факту такого порушення не встановлено, а позивач посилається на формальне порушення закону у суду немає правових підстав для задоволення позову».*

Така сама позиція викладена в п. 5 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.2009 № 9: обов'язковою умовою задоволення позову про визнання правочину недійсним є встановлення судом факту порушення у зв'язку із його вчиненням прав чи охоронюваних законом інтересів позивача.

Тривалий час практика господарських судів ґрунтувалася на тому, що, хоча законодавство і не обмежує права кредитора щодо вибору часу здійснення уступки вимоги іншій особі, «кредитор має право уступити свою вимогу до боржника-відповідача і після звернення до нього з позовом, але до прийняття судом рішення. За цих обставин, оскільки первісний кредитор вибув із зобов'язання, то у позові йому слід відмовити» (п. 12 листа «Про деякі питання практики застосування окремих норм

чинного законодавства при вирішенні спорів» від 07.12.95 р. № 01-8/870). Така позиція, головним чином, ґрунтувалася на чинній на той час редакції процесуального закону<sup>3</sup>.

Нині позиція Верховного Суду України щодо застосування норм про правонаступництва, в тому числі на стадії виконавчого провадження, сформована, хоча певною мірою і допускає різночитання.

Так, у Постанові Верховного Суду України від 20.11.2013 р. № 6-122цс13 у справі за позовом публічного акціонерного товариства «УкрСиббанк» до ОСОБИ\_1, ОСОБА\_3 про стягнення заборгованості за заявою ОСОБИ\_1 передання кредитором своїх прав іншій особі за договором відступлення права вимоги (договір цесії) є правонаступництвом і такий правонаступник кредитора має право звертатись до суду із заявою про заміну сторони виконавчого провадження з наданням йому статусу сторони виконавчого провадження. Правова позиція Верховного Суду України обґрунтована тим, що згідно з вимогами чинного законодавства заміна осіб в окремих зобов'язаннях через волевиявлення сторін (відступлення права вимоги) є різновидом правонаступництва та можливе на будь-якій стадії процесу; звернення правонаступника кредитора із заявою про надання йому статусу сторони виконавчого провадження відповідає змісту ст. 512, 514 ЦК України та ст. 8 Закону України «Про виконавче провадження» [8].

У Постанові Верховного Суду України від 19.08.2014 р. у справі за позовом ТОВ «Камбіо» до ТОВ «Кредо-Інвест-Буд», третя особа – ТОВ «Південенерго», про визнання договору уступки права вимоги недійсним вказано на те, що «...наявність судового рішення про задоволення вимог кредитора, яке не виконано боржником, не припиняє зобов'язальних правовідносин сторін договору, тому заміна кредитора у зобов'язанні шляхом відступлення права вимоги із зазначенням у договорі обсягу зобов'язання, яке передається, на стадії виконання судового рішення, не обмежує цивільних прав учасників спірних правовідносин і не впливає на правомірність цесії».

Водночас у цій же постанові Верховний Суд України зазначив, що «...заміна кредитора у зобов'язанні, як і саме зобов'язання, є інститутом цивільного права, а відносини, пов'язані з виконанням судового рішення, характеру цивільно-правових не мають. Отже, при укладенні оспорюваного договору уступки права вимоги сторони у справі, яка переглядається, не замінюючи кредитора у зобов'язанні в порядку, передбаченому чинним законодавством, фактично замінили стягувача на стадії виконання судового рішення, незважаючи на те, що уступка права стягувача за рішенням суду шляхом укладення цивільно-правової угоди чинним законодавством не передбачена» [9].

Розв'язання цієї проблеми полягає, на нашу думку, в такому.

В силу ст. 115 Господарського процесуального кодексу України рішення, ухвали, постанови господарського суду, що набрали законної сили, є обов'язковими на всій території України і виконуються у порядку, встановленому Законом України «Про виконавче провадження». Виконання судового рішення є невід'ємною стадією процесу правосуддя. Так, в рішенні ЄСПЛ у справі «Моргуненко проти України» від 06.09. 2007 р. наголошено, що виконавче провадження не може бути відокремленим від судового, і ці обидва провадження мають розглядатися як цілісний процес. В рішенні Європейського суду з прав людини у справі «Матківська проти України» від 12.03.2009 р. Суд підкреслив, що виконання рішення є другим етапом судового провадження, а також те, що реалізоване право знаходить свою ефективну реалізацію саме у момент виконання.

Згідно з ч. 5 ст. 8 Закону України «Про виконавче провадження» у разі вибуття однієї зі сторін державний виконавець з власної ініціативи або за заявою сторони, а також сама заінтересована сторона мають право звернутися до суду із заявою про заміну сторони її правонаступником. Для правонаступника усі дії, вчинені до його вступу у виконавче провадження, обов'язкові в тій мірі, в якій вони були б обов'язковими для сторони, яку правонаступник замінив.

Таким чином, дозволяючи заміну сторони (як універсальне, так і сингулярне правонаступництво) на стадії виконавчого провадження у встановленому порядку, законодавець визнає, що вона як така не суперечить публічним інтересам у сфері судочинства та приватним інтересам сторін.

Правова оцінка законності відступлення права вимоги на стадії виконання судового рішення про стягнення грошей має ґрунтуватися на тому, що:

1) будь-які ризики для боржника, пов'язані із відступленням права вимоги за грошовим зобов'язанням та стягненням відповідних сум як санкцій за його порушення, відсутні, оскільки вимога є безспірною в силу рішення суду, що набрало законної сили;

2) обмеження права кредитора на вільне розпорядження своїм безспірним правом вимоги в статусі стягувача у публічно-правових відносинах виконавчого провадження не відповідає вимогам справедливості, розумності та добросовісності, які в зобов'язальному праві відіграють першорядне значення, що прямо впливає зі змісту ч. 3 ст. 509 ЦК України.

<sup>3</sup> Статтею 25 ГПК в редакції, яка діяла до внесення змін Законом України від 12.05.2011 р. № 3329-VI, допускалося процесуальне правонаступництво лише у випадку універсального правонаступництва у зобов'язанні. Чинною редакцією ст. 25 ГПК і універсальне, і сингулярне правонаступництво визнаються підставами процесуального правонаступництва.

Звертаючись до практики Європейського суду з прав людини, слід зазначити, що ЄСПЛ вийшов за межі традиційного для української цивілістики уявлення про «майно», поширивши шляхом тлумачення положення протоколу № 1 ст. 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод<sup>4</sup> на інші майнові права (право вимоги присуджених сум, право на відшкодування майнової шкоди, право на отримання соціальних пенсій та допомоги та інші права, що мають майнову цінність). Так, у рішенні ЄСПЛ у справі «Воловік проти України» Суд знову зазначає, що поняття «власність», яке передбачене ч. 1 ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, має автономне значення, яке не обмежується правом власності на матеріальні речі та не залежить від формальної класифікації у національному законодавстві, певні інші права та інтереси, які становлять майно (наприклад заборгованість), можуть також розглядатись як «право на власність» та, відповідно, як «власність» для цілей цієї статті. Там, де майновий інтерес за своєю природою є вимогою, він може розглядатись як «майно» тільки тоді, коли він має достатню підставу у національному законодавстві або у разі встановлення такого інтересу остаточним судовим рішенням, яке може бути виконано (п. 67) (див. також п. 52 рішення у справі «Копецький проти Словаччини» (Kopcsány v. Slovakia) від 28.09.2004 р. та п. 59 рішення у справі «Грецькі нафтопереробні заводи «Стрен» і Стратіс Андреадіс проти Греції» (Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece) від 09.12. 1994 р.).

Отже, присуджені судовим рішенням кредитуру у грошовому зобов'язанні кошти можна розглядати як його майно.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про виконавче провадження» виконавче провадження як завершальна стадія судового провадження та примусове виконання рішень інших органів (посадових осіб) – це сукупність дій органів і посадових осіб, визначених у цьому Законі, що спрямовані на примусове виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), які провадяться на підставах, в межах повноважень та у спосіб, визначених цим Законом, іншими нормативно-правовими актами, прийнятими відповідно до цього Закону та інших законів, а також рішеннями, що відповідно до цього Закону підлягають примусовому виконанню.

Таким чином, при здійсненні виконавчого провадження реалізується правоохоронна функція держави у вигляді примусового виконання рішень юрисдикційних органів. Правовідносини, що виникають при здійсненні виконавчого провадження з приводу примусового виконання судового рішення, яке полягає у стягненні грошей, учасниками яких є державний виконавець та сторони (стягувач та боржник), є публічно-правовими.

Воля боржника за грошовим зобов'язанням на стадії застосування до нього заходів примусового виконання (наприклад, у вигляді арешту, примусового стягнення належних боржникові грошових сум та їх зарахування державним виконавцем на відповідний рахунок органу державної виконавчої служби) не має будь-якого юридичного значення. В ситуації, коли відбувається фактичне виконання обов'язку боржника у примусовому порядку, боржник не має і не може мати суб'єктивного права або інтересу щодо грошових сум, присуджених для сплати на користь кредитора. У випадку, коли судовим рішенням підтверджено наявність боргу і державною виконавчою службою здійснюються відповідні дії, кредитор наділяється *правом використати публічно-правовий інститут (виконавче провадження) для реального відновлення його порушеного права*. Оскільки на стадії примусового виконання судового рішення до боржника застосовуються заходи юридичної відповідальності, отже, навіть теоретично волевиявлення (згода) боржника щодо переходу прав кредитора у грошовому зобов'язанні до іншої особи (якщо це і передбачено умовами договору) не може вплинути на виконання судового рішення на користь нового стягувача (цесіонарія).

Підсумовуючи викладене, зазначимо:

1. У ЦК України закріплено *загальне правило* про те, що зобов'язальне право вимоги як самостійна майнова цінність може вільно передаватися кредитором іншій особі. Будь-яке майнове право (право вимоги) може бути відступленим, якщо законом не встановлено відповідну заборону, або якщо воно не має нерозривного зв'язку із особою кредитора. Обмеження щодо заміни кредитора у зобов'язанні (у вигляді згоди боржника на заміну кредитора у зобов'язанні) може бути встановлено договором з метою усунення ризиків, пов'язаних із переходом прав вимоги до іншої особи, яка не є стороною за первісним договором.

<sup>4</sup> Стаття 1 «Захист власності». Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права. Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів.

2. Глава 47 ЦК України регулює порядок заміни сторони в одному зобов'язальному правовідношенні, а не сторони в договорі. Відступлення окремого права вимоги кредитором є підставою для заміни сторони не в договорі, а в окремому правовідношенні (наприклад, грошовому зобов'язанні) із збереженням обсягу прав та обов'язків за договором для його сторін.

3. За загальним правилом, згода боржника на заміну кредитора у зобов'язанні пов'язується із істотним значенням, яке має для боржника особа кредитора. Право вимоги за грошовим зобов'язанням є в принципі оборотоздатним, не має нерозривного зв'язку із особою кредитора, і його відступлення іншій особі не підпадає під заборону, встановлену ст. 515 ЦК (зобов'язання, в яких заміна кредитора не допускається). Договірні обмеження щодо відступлення права вимоги за грошовим зобов'язанням мають розглядатися з точки зору справедливості, розумності та добросовісності як загальних засад цивільного законодавства (ст. 3 ЦК) та конкретних обставин справи.

4. Правочин (договір) про відступлення права вимоги має відповідати вимогам ст. 203 ЦК України. Статтею 516 цього Кодексу не встановлено нікчемності правочину про відступлення права вимоги за відсутності згоди боржника, якщо така передбачена договором або законом. Отже, договір про відступлення права вимоги є оспорюваним. Однією з обов'язкових умов визнання договору недійсним є порушення у зв'язку з його укладенням прав та охоронюваних законом інтересів позивача. Якщо за результатами розгляду справи факту такого порушення не встановлено, а позивач посилається на формальне порушення договору, у суду немає правових підстав для задоволення позову про визнання такого правочину (договору) недійсним.

5. Підтвердження судовим рішенням обов'язку боржника у грошовому зобов'язанні має наслідком наділення кредитора можливістю використати публічно-правовий інститут (виконавче провадження) для реального відновлення його порушеного права. Обмеження права кредитора на вільне розпорядження своїм безспірним правом вимоги в статусі стягувача у публічно-правових відносинах виконавчого провадження не відповідає вимогам справедливості, розумності та добросовісності. На стадії примусового виконання судового рішення до боржника застосовуються заходи юридичної відповідальності, тому волевиявлення (згода) боржника щодо переходу прав кредитора у грошовому зобов'язанні до іншої особи не має юридичного значення.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Черепяхин Б. Б. Труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2001. – 479 с. (Классика российской цивилистики).
2. Новоселова Л. А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. – М.: Статут, 2003. – 494 с.
3. Новицкий И. Б. Общее учение об обязательстве// Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. – Т. 2. – М.: Статут, 2006. – 413 с.
4. Кот О. О. Перехід прав кредитора до третіх осіб в цивільному праві України: Автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. О. Кот; Київ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. – К., 2001. – 20 с.
5. Исаченко В. Л., Исаченко В. В. Обязательства по договорам. Опыт практического комментария русских гражданских законов. Комментарий на IV книгу 1 ч. X т. св. зак. Том I. Общая часть. СПб., 1914. – 728 с.
6. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. – Т. 2 – М.: Статут, 2005. – 462 с.
7. <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36475635>.
8. <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35794479>.
9. <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40352211>.

*The article examines conditions of receivables transferability, there are determined the conditions of validity of an agreement to assign receivables. There is proved that transferability of receivables as ones not having inextricable connection with the person of creditor, shall not depend on debtor acceptance, as a matter of a principle, while contract restrictions on creditor replacement in the obligation shall be judged by a court basing on justice, reasonableness and fairness, and specific case circumstances.*

*В статье проанализированы условия оборотоспособности права требования по денежному обязательству, определены условия действительности договора об уступке права требования. Обосновывается, что оборотоспособность требования по денежному обязательству, не находящегося в неразрывной связи с личностью кредитора, в принципе не должна зависеть от согласия должника, договорные же ограничения о замене кредитора в обязательстве должны оцениваться судом с позиций справедливости, разумности и добросовестности, а также конкретных обстоятельств дела.*

## ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ПОРЯДОК ВИЗНАННЯ СПАДЩИНИ ВІДУМЕРЛОЮ

**Бичкова С. С.,**

*доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*Статтю присвячено вирішенню проблемних питань, пов'язаних із визнанням спадщини відумерлою. У результаті проведеного дослідження розроблено науково-обґрунтовані пропозиції щодо оптимізації цивільного процесуального законодавства України.*

**Ключові слова:** відумерла спадщина; окреме провадження; орган місцевого самоврядування; заявник; заінтересовані особи; органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб.

Після смерті фізичної особи залишаються її права та обов'язки (спадщина). За загальним правилом, вони мають перейти до інших осіб – спадкоємців. Проте інколи спадщина так і не переходить до жодного зі спадкоємців, унаслідок чого майно залишається без власника, а це загрожуватиме самому майну чи особам, які, так чи інакше, вимушено чи ні, стикаються з ним. Не можна забувати й про можливість виникнення конфліктів між іншими учасниками цивільних відносин у зв'язку зі спробами заволодіти цим майном. Для запобігання подібним ситуаціям слугує такий правовий засіб, як набуття права власності на відумерлу спадщину [9, с. 383]. Тому можна погодитися, що «значення інституту відумерлої спадщини полягає в усуненні безхазяйності об'єктів спадкування, збереження їх в цивільному обороті, що, в свою чергу, сприяє впорядкованості та завершеності відповідних правовідносин» [4, с. 133].

При цьому набуттю права власності на зазначене майно передуює визнання відповідної спадщини відумерлою у судовому порядку. Незважаючи на наявність окремої глави у ЦПК України, присвяченої особливостям провадження у справі про визнання спадщини відумерлою, у теорії та на практиці виникає багато питань при тлумаченні і застосуванні відповідних законодавчих положень.

Науковці уже неодноразово намагалися вирішити проблеми, пов'язані з визнанням спадщини відумерлою. Так, увагу окремим аспектам відповідного правового інституту у своїх працях приділяли, зокрема: І. В. Болокан, Ю. О. Заїка, В. В. Комаров, О. Є. Кухарев, О. О. Первомайський, О. В. Розгон, Є. О. Рябоконт, Г. О. Світлична, Н. Б. Солтис, С. Я. Фурса та інші. Проте і донині не вироблено одностайної позиції щодо визначення заявника у справах про визнання спадщини відумерлою, можливості подання відповідної заяви органами та особами, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, процесуального статусу нотаріуса у таких справах тощо.

Прогалини у наукових дослідженнях із відповідної проблематики, а також недосконалість норм ЦПК України зумовлюють актуальність цієї наукової розвідки, метою якої є дослідження інституту визнання спадщини відумерлою з подальшим розробленням висновків та науково-обґрунтованих пропозицій щодо удосконалення українського законодавства. Справи про визнання спадщини відумерлою розглядаються у порядку окремого провадження.

Згідно зі ст. 274 ЦПК України заява про визнання спадщини відумерлою у випадках, встановлених ЦК України, подається до суду органом місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини. Таким чином, у цій законодавчій нормі визначено і підстави для подання указаної заяви, і заявника, і підсудність відповідної справи. Звідси можна зробити висновок, що назва «Підсудність» не відповідає повною мірою змісту аналізованої статті. А тому доцільніше було б її поіменувати «Подання заяви».

Як впливає із ч. 1 ст. 1277 ЦК України, підставами звернення до суду про визнання спадщини відумерлою є:

- 1) відсутність спадкоємців (як за заповітом, так і за законом);
- 2) усунення спадкоємців від права на спадкування;
- 3) неприйняття спадкоємцями спадщини;
- 4) відмова спадкоємців від прийняття спадщини.

В юридичній літературі між цими підставами ставиться сполучник «або», тобто вважається що має існувати тільки одна з них [1, с. 131]. Насправді, наведені вище підстави, хоча і є альтернативними, можуть мати місце і одночасно. Зокрема, це стосується випадків, коли деяких спадкоємців було усунуто від права на спадкування або вони не прийняли спадщину, а інші – відмовилися від її прийняття. При визнанні спадщини відумерлою головним є те, що особи, які мають право на отримання спадщини, відсутні. Крім того, слід акцентувати увагу на тому, що наведений перелік підстав у будь-якому разі є вичерпним.

Для реалізації права на звернення до суду із заявою про визнання спадщини відумерлою наявності зазначених підстав замало, адже потрібно, щоб минув щонайменше один рік з часу відкриття

спадщини (ч. 2 ст. 1277 ЦК України). У разі подання заяви до спливу цього строку суд має відмовити у її прийнятті (ст. 276 ЦПК України).

На думку І. В. Болокан, можуть бути й інші підстави для відмови в прийнятті відповідної заяви, зокрема, наявність відомостей про перебування майна у володінні і користуванні спадкоємців, які формально не прийняли спадщини; відсутність будь-яких відомостей про розшук спадкоємців нотаріусом та їх повідомлення про відкриття спадщини [1, с. 133].

Не зупиняючись поки що на можливості суду відмовити в прийнятті заяви, зазначимо: для прийняття спадщини потрібно або проживати на час її відкриття разом із спадкодавцем постійно, або подати заяву про прийняття спадщини нотаріусу (ч. 3 ст. 1268, ст. 1269 ЦК України). Законодавець не передбачає «формальне неприйняття спадщини». У разі, коли особа не вважається такою, яка прийняла спадщину, вона володіє і користується майном, що входить до складу спадщини, без достатніх правових підстав. І на відповідні відносини уже поширюються норми іншого, передбаченого гл. 83 ЦК України, правового інституту.

Щодо другої наведеної автором підстави для відмови в прийнятті заяви потрібно звернути увагу на таке. Нотаріус відповідно до ст. 63 Закону України «Про нотаріат», який одержав від спадкоємців повідомлення про відкриття спадщини, зобов'язаний повідомити про це тих спадкоємців, місце проживання або роботи яких йому відоме. Він також може зробити виклик спадкоємців шляхом публічного оголошення або повідомлення про це у пресі. Із цього положення випливає: по-перше, на нотаріуса покладається указаний обов'язок тільки у випадку, коли його повідомили про відкриття спадщини спадкоємці; по-друге, обов'язок стосується лише спадкоємців, місце проживання або роботи яких відоме нотаріусу; по-третє, виклик спадкоємців шляхом публічного оголошення або повідомлення про це у пресі є правом, а не обов'язком нотаріуса, тобто нотаріус не зобов'язаний проводити розшук спадкоємців.

Такої спеціальної підстави для відмови у прийнятті заяви про визнання спадщини відумерлою, як «відсутність будь-яких відомостей про розшук спадкоємців нотаріусом та їх повідомлення про відкриття спадщини», у законі також не закріплено. У такому разі суд не має права не прийняти подану заяву. Тим більше, на момент прийняття заяви суд не зобов'язаний з'ясовувати, чи є такі відомості, чи їх немає. Він має лише перевірити заяву і додані до неї матеріали на відповідність їх вимогам ЦПК України. У подальшому, якщо під час розгляду справи суд встановить факт не виконання нотаріусом покладеного на нього обов'язку щодо повідомлення спадкоємців, він вправі постановити окрему ухвалу (ст. 211 ЦПК України). У спадкоємців, які з'являться після ухвалення рішення про визнання спадщини відумерлою, є право вимагати передання відповідного майна у натурі або, у разі його продажу, – право на грошову компенсацію (ч. 3 ст. 1280 ЦК України).

Повертаючись до законодавчого формулювання ст. 276 ЦПК України, зауважимо, що, як правильно звертають увагу деякі науковці, у цивільному процесуальному праві не передбачено інституту відмови у прийнятті заяви. А тому у випадку подання заяви до спливу встановленого у ч. 2 ст. 1277 ЦК України строку пропонується вести мову про непідвідомчість справи суду і, як наслідок, про відмову у відкритті провадження у справі [10, с. 338]. Дійсно, подання заяви до закінчення одного року з часу відкриття спадщини можна розглядати в межах визначеної в п. 1 ч. 1 ст. 122 ЦПК України підстави для відмови у відкритті провадження у справі – «заява не підлягає розгляду в судах у порядку цивільного судочинства». Хоча доцільним вбачається залишити у ст. 276 ЦПК України спеціальну норму, проте внести до неї такі зміни: замість фрази «суд відмовляє в прийнятті заяви» зазначити «суд відмовляє у відкритті провадження у справі».

Звичайно, інші підстави для відмови у відкритті провадження у справі на цю категорію цивільних справ також поширюються (ч. 2 ст. 122 ЦПК України).

У законі (ст. 275 ЦПК України) містяться особливі вимоги до змісту заяви про визнання спадщини відумерлою. Крім загальних відомостей, що закріплюються у будь-якій заяві, яка подається до суду, у ній мають бути також викладені дані про:

- 1) час і місце відкриття спадщини;
- 2) майно, що становить спадщину;
- 3) докази, які свідчать про належність цього майна спадкодавцю;
- 4) відсутність спадкоємців за заповітом і за законом або про усунення їх від права на спадкування, або про неприйняття ними спадщини, або про відмову від її прийняття.

Щодо останнього пункту слід наголосити, що його не можна тлумачити буквально. Як було вказано вище, одночасно можуть існувати кілька підстав для звернення до суду із заявою про визнання спадщини відумерлою. Тому правильніше було б замінити у ст. 275 ЦПК України словосполучник «або» на «та (або)».

Стосовно визначення заявника і заінтересованих осіб у теорії і на практиці виникає найбільше проблем.

Згідно з ч. 1 ст. 1277 ЦК України, ст. 274 ЦПК України заявником у справах про визнання спадщини відумерлою є орган місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини.

Досить часто в інтересах держави в особі органу місцевого самоврядування до суду з відповідною заявою звертається прокурор. Це дало підстави деяким науковцям стверджувати, що суди припускаються помилки, коли відкривають провадження у справі про визнання спадщини відумерлою у разі подання заяви прокурором. Пояснюють свою позицію вчені тим, що заявником в аналізованій категорії цивільних справ може бути тільки визначений законом орган місцевого самоврядування [3, с. 781].

Ми не можемо погодитися з таким поглядом, виходячи з того, що заявником у справах окремого провадження є особа, в інтересах якої відкрито провадження у цивільній справі. Прокурор же належить до іншої групи осіб, які беруть участь у справі, – органів та осіб, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб. Останні ніколи не стають заявниками у справах окремого провадження при зверненні до суду з заявами в інтересах інших осіб. Однак право на таке звернення має здійснювати лише у випадках, передбачених законом.

І хоча у гл. 9 розд. IV ЦПК України спеціально не обумовлено право органів та осіб, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, на звернення до суду з заявою про визнання спадщини відумерлою, не можна стверджувати і про його відсутність. Право таких органів та осіб передбачено у ч. 2 ст. 3 ЦПК України, а також у нормах спеціальних законів.

Зважаючи на те, що із заявою про визнання спадщини відумерлою може звернутися не лише орган місцевого самоврядування, а й його представник (адже у ч. 1 ст. 38 ЦПК України встановлено виняток щодо участі у цивільній справі представника тільки для справ про усиновлення) і органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, необхідно внести зміни до ст. 276 ЦПК України. Тому пропонуємо, врахувавши сказане, а також вищенаведене щодо відмови у прийнятті заяви, викласти цю норму у такій редакції: «Суд відмовляє у відкритті провадження у справі про визнання спадщини відумерлою, якщо заяву подано до спливу одного року з часу відкриття спадщини».

Слід також розрізнити участь у цивільному процесі органу місцевого самоврядування у разі, коли він є заявником у справі, й у разі, коли він належить до органів та осіб, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб. А тому роблять помилку автори, які аргументують свою позицію щодо повноважень органу місцевого самоврядування на звернення до суду про визнання спадщини відумерлою нормами, присвяченими органам та особам, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб [10, с. 339].

Органами місцевого самоврядування є сільські, селищні, міські, районні, обласні ради та їх виконавчі органи. Крім того, сільські, селищні, міські ради можуть дозволяти за ініціативою жителів створювати будинкові, вуличні, квартальні та інші органи самоорганізації населення і наділяти їх частиною власної компетенції (ч. 3, 6 ст. 140 Конституції України, ч. 1 ст. 10, ч. 1 ст. 14 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»).

Однак до суду інколи із заявою про визнання спадщини відумерлою звертаються виконавчі комітети, відділи, управління та інші створювані органами місцевого самоврядування органи. Так, у березні 2013 р. із такою заявою до суду звернулось Управління економіки Судацької міської ради АР Крим. Рішенням Судацького міського суду АР Крим від 1 квітня 2013 р. заява задоволена частково. Апеляційний суд АР Крим в м. Феодосія рішення суду першої інстанції скасував, у тому числі виходячи з того, що з заявою до суду звернулась особа, якій не належить право звернення з вимогами про визнання спадщини відумерлою, що впливає із Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» [5].

Слід зауважити, що непоодинокими є випадки, коли до складу спадщини входять кілька об'єктів, які є нерухомим майном і знаходяться у різних містах, районах, областях тощо (наприклад, квартира розташована у м. Києві, а земельна ділянка – у Львівській області). У такому разі доцільним видається, щоб майно переходило у власність тієї територіальної громади, на території «відання» якої воно знаходиться. У зв'язку із цим необхідно закріпити право на звернення до суду із заявою про визнання спадщини відумерлою не лише за органом місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини, а й за органом місцевого самоврядування за місцезнаходженням спадкового майна. Аналогічну позицію відстоюють і деякі інші науковці [6, с. 246; 9, с. 386].

Для того ж, щоб уникнути відкриття кількох проваджень, які виникають з одних і тих самих правовідносин, підсудність справи про визнання спадщини відумерлою має залишатися незмінною – заяву слід подавати до суду за місцем відкриття спадщини (за останнім місцем проживання спадкодавця, якщо воно невідоме – за місцезнаходженням нерухомого майна або основної його частини, а за відсутності нерухомого майна – за місцезнаходженням основної частини рухомого майна). Тому при зверненні до суду одного із органів місцевого самоврядування інші органи місцевого самоврядування, на території «відання» яких відкрито спадщину або розташоване інше майно, що входить до складу спадкової маси, можуть взяти участь у справі як інші заінтересовані особи.

Участь заявника у розгляді справи про визнання спадщини відумерлою є обов'язковою, крім того, обов'язково повідомити про це усіх заінтересованих осіб (ст. 277 ЦПК України).

Заінтересованими у розгляді справи є особи, на права та обов'язки яких може вплинути рішення у справі. Так, заінтересованими особами в аналізованій справі можуть бути, зокрема, співвласники спадкового майна, відказоодержувачі, сервітуарії [3, с. 783–784], кредитори і боржники спадкодавця, особи, у яких зберігаються речі спадкодавця або які претендують на речі, що знаходилися у спадкодавця на праві користування, володіння або оренди [8, с. 752; 11, с. 387], особи, які є потенційними спадкоємцями, спадкоємці, які пропустили строк для прийняття спадщини, та інші.

Науковці вважають, що до заінтересованих осіб у такому разі належить і нотаріус. Обґрунтовують вони свою позицію тим, що саме нотаріуси несуть обов'язки з приводу охорони спадкового майна, ведуть спадкові справи, тому вони зацікавлені в тому, щоб спадщина не залишалась відкритою тривалий строк [8, с. 752]. Таке обґрунтування не пояснює повною мірою, чому нотаріус має визнаватися заінтересованою особою, адже він не може пришвидшити подання до суду заяви про визнання спадщини відумерлою, а також сам процес розгляду і вирішення відповідної цивільної справи.

На думку В. М. Кравчука та О. І. Угриновської, нотаріус, який учиняв нотаріальні дії за місцем відкриття спадщини, виконавець заповіту, управитель спадщиною можуть бути залучені судом як свідки [2, с. 604].

Ми частково приєднуємося до позиції згаданих науковців, оскільки нотаріус не може бути заінтересованим у результатах розгляду і вирішення справи про визнання спадщини відумерлою (що є обов'язковою ознакою осіб, які беруть участь у справі, до яких належать відповідно до ч. 2 ст. 26 ЦПК України і заінтересовані особи у справах окремого провадження), а отже, може залучатися до цивільного процесу у разі необхідності тільки як свідок.

Однак, зважаючи на те, що відповідно до ч. 4 ст. 39 ЦПК України права, свободи та інтереси спадкоємців особи, яка померла або оголошена померлою, якщо спадщина ще ніким не прийнята, захищає виконавець заповіту або інша особа, яка вживає заходів щодо охорони спадкового майна, такі особи є заінтересованими у результатах розгляду справи про визнання спадщини відумерлою, адже рішення суду вплине на їх матеріальні права та обов'язки.

Розгляд справи відбувається за загальними правилами, встановленими для розгляду цивільних справ, а також за спеціальними правилами, встановленими для розгляду справ окремого провадження, і з умовою щодо обов'язковості участі під час судового розгляду заявника.

На цю категорію справ у тому числі поширюється нормативне правило, закріплене у ч. 6 ст. 235 ЦПК України: у разі виникнення спору про право під час розгляду справи, який вирішується в порядку позовного провадження, суд залишає заяву без розгляду і роз'яснює заінтересованим особам, що вони мають право подати позов на загальних підставах.

Так, Рішенням Борзнянського районного суду Чернігівської області від 20 грудня 2012 р. задоволено заяву прокурора Борзнянського району Чернігівської області в інтересах держави в особі Плисківської сільської ради Борзнянського району про визнання спадщини відумерлою. Проте, ухвалюючи рішення по суті, суд першої інстанції не звернув уваги на те, що за наявності спадкоємця, який прийняв частину спадщини і заперечує проти визнання іншої частини спадщини відумерлою, має місце спір про право, а отже, справа не може розглядатися в порядку окремого провадження і тому заява підлягає залишенню без розгляду. У зв'язку із цим ухвалою апеляційного суду Чернігівської області рішення суду першої інстанції було скасовано [7].

Хоча деякі науковці, посилаючись, серед іншого, на ст. 45, 46 ЦПК України, вважають, що застосування ч. 6 ст. 235 ЦПК України не відповідає суті процедури, встановленої для визнання спадщини відумерлою, та спеціальній правосуб'єктності органів місцевого самоврядування [11, с. 386]. По-перше, як уже було доведено вище, у справах про визнання спадщини відумерлою орган місцевого самоврядування є заявником, а тому на нього не поширюються указані норми щодо участі у цивільному процесі органів та осіб, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб. По-друге, автори забувають, що йдеться не про первісне звернення до суду з позовними вимогами про визнання спадщини відумерлою, а про те, що пред'явлення позову стає можливим тільки у разі виникнення спору під час розгляду відповідної справи у порядку окремого провадження. Як тоді вчені пропонуються виходити із ситуації, що склалася? Адже у порядку окремого провадження розглядати справу, якщо виник спір, не можна, а можливість її розгляду у порядку позовного провадження авторами категорично заперечується. І по-третє, спеціальна правосуб'єктність органів місцевого самоврядування, коли вони діють на захист прав, свобод та інтересів інших осіб у встановлених законом випадках, навпаки, передбачає їх право на звернення до суду з позовними заявами, заявами про видачу судового наказу, а також заявами про підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів у порядку окремого провадження.

Встановивши, що наявні підстави для визнання спадщини відумерлою, тобто що спадкоємці, які можуть (бажають) прийняти спадщину, дійсно відсутні, суд ухвалює рішення про визнання спадщини

відумерлою і про передачу її територіальній громаді за місцем відкриття спадщини (ст. 278 ЦПК України). Після набрання рішенням суду законної сили спадщина, визнана судом відумерлою, переходить у власність такої територіальної громади (ч. 3 ст. 1277 ЦК України, ч. 1 ст. 60 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»).

Із проведеного дослідження можна зробити такі висновки:

1) у разі подання заяви про визнання спадщини відумерлою суд має відмовляти у відкритті провадження у справі, а не у прийнятті заяви. У зв'язку із цим слід внести відповідні зміни до ст. 276 ЦПК України;

2) у ч. 1 ст. 1277 ЦК України міститься вичерпний перелік підстав для звернення до суду з заявою про визнання спадщини відумерлою, які можуть мати місце як окремо одна від одної, так і одночасно. Це потрібно врахувати у ст. 275 ЦПК України, замінивши сполучник «або» на «та (або)»;

3) подати заяву про визнання спадщини відумерлою має право як орган місцевого самоврядування, так і його представник чи органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб;

4) у разі, коли до складу спадщини входить кілька об'єктів, які є нерухомим майном і розташовані у різних місцях (наприклад, областях, містах, селах), доцільно керуватися правилом, відповідно до якого майно, що входить до складу відумерлої спадщини, переходить у власність територіальної громади, на території «відання» якої воно перебуває, і надавати право відповідним органам місцевого самоврядування ініціювати відкриття провадження у справі про визнання спадщини відумерлою.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Болокан І. В. Правове регулювання особливостей розгляду судами справ про визнання спадщини відумерлою / І. В. Болокан // Вісник Запорізького національного університету. – 2010. – № 2. – С. 130–135.

2. Кравчук В. М. Науково-практичний коментар до Цивільного процесуального кодексу України / В. М. Кравчук, О. І. Угриновська. – [2-ге вид., переробл. і допов.]. – Х.: Фактор, 2010. – 800 с.

3. Курс цивільного процесу: [підруч.] / [В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін.]; за ред. В. В. Комарова. – Х.: Право, 2011. – 1352 с.

4. Кухарев О. Є. Особливості інституту відумерлої спадщини у законодавстві зарубіжних країн / О. Є. Кухарев // Проблеми цивільного права та процесу: матеріали наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна (Харків, 25 травня 2013 р.). – Х.: ХНУВС; Золота миля, 2013. – С. 133–136.

5. Рішення апеляційного суду Автономної Республіки Крим в м. Феодосія від 03 липня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32273407>.

6. Солтис Н. Б. Набуття територіальною громадою права власності на житло, визнане відумерлим / Н. Б. Солтис // Актуальні питання правового регулювання участі суб'єктів публічного права в приватних відносинах: зб. наук. праць / За ред. О. Д. Крупчана, О. О. Первомайського. – К.: Редакція журналу «Право України», 2013. – С. 235–254.

7. Ухвала апеляційного суду Чернігівської області від 30 січня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28964041>.

8. Фурса С. Я. Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар: у 2-х т. / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, С. В. Щербак; за заг. ред. С. Я. Фурси. – Т. 1. – К.: Вид. Фурса С. Я.; КНТ, 2006. – 912 с. – (Серія «Процесуальні науки»).

9. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар / [Заїка Ю. О., Єрух А. М., Козьяков Ю. М. та ін.]; за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Т. 12. – Спадкове право. – Х.: Страйд, 2009. – 544 с.

10. Цивільний процес України: [підруч.] / [Ківалов С. В., Мінченко Р. М., Погрібний С. О. та ін.]; за ред. Р. М. Мінченко, І. В. Андронova. – Х.: Одісей, 2012. – 496 с.

11. Цивільний процес України: [підруч.] / [Харитонов Є. О., Харитонova О. І., Андронов І. В. та ін.]; за заг. ред. Є. О. Харитонova, О. І. Харитонova, Н. Ю. Голубевої. – К.: Істина, 2011. – 536 с.

*The scientific paper is devoted to the study of the problematic aspects of the recognition of the inheritance as escheated. As a result of the study the scientifically based suggestions for optimizing of civil procedural legislation of Ukraine have been developed.*

*Стаття посвящена решению проблемных вопросов, связанных с признанием наследства выморочным. В результате проведенного исследования разработано научно-обоснованные предложения по оптимизации гражданского процессуального законодательства Украины.*

## ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА

Біленко В. І.,

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

*Статтю присвячено аналізу основних правових проблем, які виникають при використанні такого методу допоміжних репродуктивних технологій, як сурогатне материнство.*

**Ключові слова:** договір, сурогатне материнство, репродуктивні права, допоміжні репродуктивні технології, сурогатна мати.

Допоміжні репродуктивні технології почали використовуватися в репродуктивній медицині понад тридцять років тому. Перше народження дитини в результаті штучного запліднення та перенесення ембріона відбулося 25 липня 1978 року у Великій Британії. З того часу кількість осіб, що звернулися за лікуванням з використанням допоміжних репродуктивних технологій, значно зросла.

В цьому контексті вважається, що застосування методів допоміжних репродуктивних технологій активно розвивається в усьому світі. Україна належить до числа держав, у яких допоміжні репродуктивні технології дозволені на законодавчому рівні.

Актуальність дослідження даної теми полягає в тому, що реалізація прав громадян у сфері допоміжних репродуктивних технологій (ДРТ) не є чітко регламентованою, оскільки законодавча база потребує доопрацювання. Відсутність правового регулювання у цій сфері частково пов'язана з поки що не достатнім поширенням застосування методів ДРТ. Водночас різке зниження репродуктивного здоров'я населення, падіння народжуваності, нові розробки у галузі біомедицини дедалі частіше привертають увагу до правових питань застосування методів ДРТ. Поряд з цим зростає кількість проблем, пов'язаних з комерціалізацією та криміналізацією діянь, пов'язаних з народженням дітей за допомогою сурогатного виношування, що є наслідком неврегульованості не тільки на законодавчому, а й науковому рівні.

З різних аспектів договірні відносини у сфері ДРТ досліджували у вітчизняній та зарубіжній юридичній літературі такі автори: Н. А. Аблятіпова, Є. О. Баллаєва, Т. В. Дробишевська, Я. Дрогонєць, Л. О. Красавчикова, О. А. Лукашева, М. Н. Малєїна, Г. Б. Романовський, З. В. Ромовська, К. Н. Світнев, І. Я. Сенюта, Р. О. Стефанчук, С. Г. Стеценко, О. А. Хазова, Н. В. Хараджа, П. Холлендер та інші.

У нормативному плані допоміжні репродуктивні технології мають визначене регулювання і є законною легітимною послугою, що виражена в договірній формі. Засади цивільного законодавства передбачені ст. 3 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), в якій зазначено про неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини, свободу договору, свободу підприємницької діяльності, яка не заборонена законом, судовий захист цивільного права та інтересу. Право на батьківство, безперечно, належить до особистих немайнових прав. Принцип невтручання у сферу батьківства надає можливість особам на власний розсуд визначати момент, коли ставати батьками і, враховуючи можливі проблеми із репродуктивним здоров'ям і технологічним прогресом в галузі медицини, – яким чином ставати батьками. Принцип свободи договору надає змогу особам укладати правочини для реалізації власних прав і інтересів. Якщо такий договір не передбачений актами цивільного законодавства, він має відповідати загальним засадам цивільного законодавства [1].

Принцип свободи підприємницької діяльності надає можливості спеціалізованим медичним установам надавати послуги із застосуванням допоміжних репродуктивних технологій з метою отримання прибутку. Принцип судового захисту цивільного права та інтересу є гарантією їх реалізації й охорони вищезазначених свободи договору, підприємницької діяльності, неприпустимості свавільного втручання в сферу особистого життя людини.

На сьогодні в Україні договори для оформлення правовідносин у сфері ДРТ укладаються переважно у простій письмовій формі (в тому числі й про виношування дитини сурогатною матір'ю). Тому залишаються неврегульованими договірні відносини в сфері реалізації методів застосування допоміжних репродуктивних технологій. Така неврегульованість на практиці призводить до того, що сторони взагалі не укладають жодного письмового договору або укладають його з порушенням норм чинного законодавства України.

Безперечно, укладення договору є обов'язковим, оскільки ця процедура усуває невизначеності взаємовідносин між сторонами договору, яка може спричинити майнові втрати. Виникнення таких проблем все ж можливе й при укладеному договорі, якщо не виконані або неналежно виконані зобов'язання сторін. Щоб говорити про їх належне виконання, слід в кожному конкретному випадку знати і мати можливість продемонструвати обсяг і характер цих зобов'язань за договором.

У відносинах із застосування методів ДРТ ідея письмового їх оформлення не набуває поширення з низки причин. Перш за все, прийнято вважати, що договірна діяльність може призупинити медичну. Крім того, вважається, що ймовірних несподіванок при наданні медичної допомоги передбачити в

договорі неможливо; пацієнт же все одно не в змозі отримати інформацію в тому обсязі, в якому її необхідно йому надати у зв'язку з наданням медичної допомоги [2].

Однак, на нашу думку, користі від такого договору для обох його сторін значно більше ніж шкоди. При правильно складеному договорі сторони можуть розраховувати на виконання умов контрагентом на їх користь. У разі невиконання або неналежного виконання будь-яких умов сторона може посперечатися на договір. У разі усної угоди таку домовленість важко довести.

Як свідчить практика, застосування такого методу допоміжних репродуктивних технологій, як сурогатне материнство, неналежно укладені договори спричиняють багато юридичних проблем. Такі ситуації пов'язані з відмовою сурогатної матері віддавати дитину біологічним батькам, шантажем переривання вагітності, вимогами додаткових грошей, погрозами розголошення інформації про народження дитини. У свою чергу, біологічні батьки можуть не виплатити сурогатній матері обіцяну грошову компенсацію, не забезпечити її належними умовами під час вагітності та пологів. Для запобігання подібних ситуацій вважається за необхідне захистити майнові і немайнові права та законні інтереси сторін «репродуктивного процесу». Перш за все, це підготовка належного договору між сторонами, який має включати в себе оформлення письмової згоди біологічних батьків на виношування сурогатною матір'ю ембріона, отриманого в результаті екстракорпорального запліднення, та письмової згоди сурогатної матері (і її чоловіка за наявності) на виношування дитини; підготовку заяви сурогатної матері про відсутність претензій до біологічних батьків по закінченні програми сурогатного материнства; оформлення згоди сурогатної матері на запис генетичних батьків як батьків дитини в органах реєстрації актів цивільного стану. Цей документ має складатися відповідно до положень чинного законодавства України, враховуючи індивідуальні вимоги, побажання і можливості подружжя та сурогатної матері [3].

У договорі мають бути чітко прописані предмет договору, умови виплати грошової допомоги сурогатній матері, місце проживання сурогатної матері в період вагітності; медичний заклад, де буде відбуватися запліднення; права та обов'язки сторін, а саме: обов'язок сурогатної матері щодо надання письмової згоди на запис подружжя батьками дитини; передання дитини після народження її біологічним батькам; обов'язок дотримуватися рекомендацій лікарів, наприклад, щодо харчування, виключення шкідливих звичок тощо, умов конфіденційності, незаподіяння дитині шкоди; обов'язок не переривати вагітність тощо; обов'язок біологічних батьків прийняти дитину, оплатити сурогатній матері витрати, пов'язані з народженням дитини, тощо; право подружжя на інформацію про фізичний і психічний стан сурогатної матері, її вік, перебіг вагітності; право сурогатної матері на відшкодування своїх особистих і побутових витрат, пов'язаних із вагітністю, тощо; відповідальність сторін та санкції за невиконання чи неналежне виконання умов договору.

Штрафні санкції мають бути істотними для сторін договору задля того, щоб стимулювати їх виконувати всі умови угоди, оскільки кінцевою метою договору є народження дитини. Необхідність дотримуватися законних прав і інтересів дитини, що виношується сурогатною матір'ю, охорона її здоров'я потребують чіткої та ретельної розробки заходів відповідальності за невиконання чи неналежне виконання сторонами своїх обов'язків за договором.

Також у договорі слід зазначити і форсмажорні обставини, тобто ті, на які сторони не можуть вплинути під час виконання умов угоди; до таких обставин можна віднести, наприклад, переривання вагітності з незалежних від жінки причин, коли всі вказівки лікаря було виконано, – тоді подружжя не має права вимагати від неї відшкодування збитків. Важливим є те, що третьою стороною виступатиме медичний заклад, де має проводитися процедура запліднення та народження дитини.

І хоча на сьогодні для приватних медичних закладів не передбачено обов'язку на укладення договорів між ними й пацієнтами, підписання такої угоди допоможе сторонам захистити свої права та законні інтереси в майбутньому. Тому медичний заклад доцільно було б вносити у договір в якості третьої сторони, тобто угода буде тристоронньою, або ж укласти договір з медичним закладом кожній стороні окремо з чітко зазначеними умовами проведення такої операції.

Звичайно, укладення договору з чітким зазначенням прав та обов'язків батьків і сурогатної матері, залучення як третьої сторони договору медичного закладу надасть можливість вирішити багато питань. Однак, на нашу думку, навіть у разі детального регулювання договором відносин, пов'язаних із реалізацією методу сурогатного материнства, виникатиме чимало проблем як при його укладенні, так і під час виконання.

В кожному окремому випадку договір буде індивідуальним, але все ж спільною рисою є предмет договору, умови і порядок його виконання; порядок розрахунку між сторонами, права та обов'язки сторін, термін дії договору; відповідальність сторін; страхування; конфіденційність.

Свої особливості мають питання захисту прав іноземців, які уклали договір про застосування методів ДРТ в Україні. Більшість випадків правових проблем при вивезенні за кордон дітей, народжених за допомогою методів ДРТ, пов'язана з ігноруванням їхніми батьками норм чинного

законодавства України при укладенні відповідних договорів. Особливо багато виникає питань, коли сурогатні матері виступають одночасно донором ооцитів, тобто фактично є біологічними матерями. Державні правоохоронні органи навіть розцінювали такі договори як продаж дитини та кваліфікували як кримінальний злочин за ст. 149 Кримінального кодексу України [4].

Застосування методів ДРТ дозволено далеко не в усіх країнах. Тому в договорі, який буде укладатись між сторонами, для іноземних громадян, які підпадають під згадані умови та відважилися на лікування безпліддя в Україні шляхом застосування допоміжних репродуктивних технологій, має бути прописана вимога отримання довідки з Міністерства закордонних справ або посольства (консульства) відповідної держави про легітимність застосування методів ДРТ в цій країні. У цій довідці також має бути визначений порядок оформлення проїзних документів на майбутню дитину, народжену за допомогою методів ДРТ в Україні.

На сьогодні не існує єдиної форми договору про застосування методів ДРТ. На нашу думку, не зайвим буде створення та затвердження типової форми договору про надання послуг по здійсненню ДРТ. Таким чином, всі послуги зі здійснення ДРТ проводитимуться на підставі встановленого законом типового договору, який буде містити в собі всі необхідні умови і допоможе уникнути багатьох проблем для всіх сторін у разі виникнення конфліктних ситуацій.

Для договорів, що регулюють настільки складні і делікатні відносини, просто необхідно встановити жорстку конструкцію – типову форму, яка була б обов'язковою для всіх правовідносин по здійсненню штучного запліднення та імплантації ембріона, але в той же час не позбавляти сторін свободи вибору окремих умов. Форма повинна чітко регламентувати найосновніші і обов'язкові умови договору.

Тільки в разі укладення правильного договору можна простежити за належним виконанням медичних послуг, а в разі необхідності залучити до відповідальності сторону, яка порушила умови угоди. Звичайно, у разі порушення прав однієї зі сторін на допомогу приходить закон, однак, на нашу думку, важливість договору важко переоцінити.

Україна є досить молодою державою. Вона перебуває на стадії становлення, тому законодавство, що регулює питання, пов'язані із договірними відносинами у сфері застосування допоміжних репродуктивних технологій, є ще не досить розвинутим. Фактично на сьогодні у законодавстві України немає спеціальних нормативних актів, які регулювали б договірний аспект застосування ДРТ. Тому зацікавлені сторони змушені застосовувати загальні норми Цивільного та Сімейного кодексів України. В останні роки до Верховної Ради України вносилася низка законопроектів, спрямованих на врегулювання окремих аспектів застосування ДРТ, але, на жаль, всі ці законопроекти були відхилені або взагалі не розглядалися українським парламентом.

Тому з метою удосконалення регулювання питання сурогатного материнства необхідно законодавчо закріпити таке: по-перше, використання цього методу штучного запліднення має бути можливим лише у випадках, коли жінка дійсно не здатна народити дитину і цей факт повинен посвідчувати лікар; по-друге, необхідно, щоб цим видом діяльності займалися медичні установи, органи опіки і піклування, з метою обмеження можливості шахрайства і збагачення посередників.

Таким чином, сурогатне материнство в Україні має бути чітко регламентованим, основним має бути врахування інтересів дитини, а не будь-кого іншого.

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. Головащук А. П. Правове регулювання допоміжних репродуктивних технологій / А. П. Головащук // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 2. – С. 189–191.
2. Стефанчук Р. О. Поняття, система, особливості здійснення і захисту репродуктивних прав фізичної особи / Р. О. Стефанчук // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2007. – № 5. – С. 136–141.
3. Хурцилава Л. А. К вопросу о договоре сурrogатного материнства / Л. А. Хурцилава // Актуальные проблемы российского права. – 2007. – № 2. – С. 155–161.
4. Рубець І. Застосування допоміжних репродуктивних технологій: суб'єктний склад та його законодавчі обмеження / І. Рубець // Підприємництво, господарство і право: науково-практичний журнал. – 2011. – № 8. – С. 68–73.

*The article analyzes the major legal problems that arise when such method of assisted reproductive technology as surrogacy is used.*

*Стаття посвящена аналізу основних правових проблем, що виникають при використанні такого методу допоміжних репродуктивних технологій, як сурогатне материнство.*

## ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

Гарієвська М. Б.,

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

*У статті розглянуто порядок проведення судового засідання в режимі відеоконференції, проаналізовано актуальні доктринальні положення про реалізацію окремих принципів цивільного процесуального права в режимі відеоконференції, акцентовано увагу на досвіді зарубіжних країн і можливості його запровадження у вітчизняну практику з метою усунення прогалин у правовому регулюванні відеоконференції в цивільному процесі.*

**Ключові слова:** суд, відеоконференція, повноваження суду, судові засідання.

Ефективність реалізації права на судовий захист, гарантованого ст. 55 Конституції України, прямо залежить від якості регулювання процедури судочинства. Ця процедура, крім неупередженості та справедливості, має також відповідати критерію оперативності. Дотриманню ж останнього може значно сприяти використання при проведенні судових засідань систем відеоконференцій зв'язку. В цивільному процесуальному законодавстві введено новелу щодо участі в судовому засіданні в режимі відеоконференції.

Згідно зі ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод поняття «справедливий суд» включає, крім іншого, «розгляд справи протягом розумного строку». Це має захистити сторони від надмірного затягування процесу. Тяганина, яка, на жаль, трапляється в українських судах, дуже знижує ефективність процесу й підриває довіру до держави. За даними Верховного Суду України, в значній частині рішень, винесених Європейським судом з прав людини проти України, констатується порушення державою права особи на розгляд справи в розумні строки.

Те, що учасник процесу не може прибути в призначений час у судові засідання, – одна з причин тяганини. Отже, проведення відеоконференцій об'єктивно може стати ефективним інструментом, що надасть можливість економити час і гроші, які витрачаються на поїздки (або доставлення) до суду [2].

Проведення судових засідань в режимі відеоконференції дасть можливість пришвидшити судовий процес, а також зекономити кошти як для судової влади (наприклад, на надсилання повісток про виклик на засідання), так і для учасників процесу (зокрема на відрядження).

Статтею 158-1 ЦПК України передбачено, що суд за власною ініціативою або за клопотанням сторони, іншого учасника судового процесу може постановити ухвалу про їх участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції [1].

Отже, суд за власною ініціативою або за клопотанням сторони чи іншого учасника процесу може постановити ухвалу про їх участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції. Таким чином, зазначена норма визначає ініціаторами участі у судовому засіданні в режимі відеоконференції не лише сторони чи учасників судового процесу, а й суд.

Однак Закон не визначив, за яких підстав суд може прийняти відповідне рішення. Оскільки перелік підстав відсутній, можемо зробити висновок, що суд в будь-який момент може прийняти рішення про участь будь-кого із учасників судового процесу в режимі відеоконференції без наявності жодної на те підстави та без згоди такої особи. Більше того, Закон навіть не зобов'язує суд встановити факт можливості особи, щодо якої прийнято відповідне рішення, взяти участь у засіданні в режимі відеоконференції, що також є обмеженням прав осіб, що беруть участь у справі. Тому в частині проаналізованих норм Закон потрібно було б вдосконалити, а саме: визначити виключний перелік підстав, за яких суд має право прийняти ухвалу про участь сторін чи учасників судового процесу у судовому засіданні в режимі відеоконференції з власної ініціативи [4]. З таким твердженням не можна погодитись, оскільки законодавчо неможливо передбачити усі випадки, за наявності яких суд має ініціювати проведення судового засідання в режимі відеоконференції. На нашу думку, надання суду можливості проявляти ініціативи в даному випадку є недоцільним. ЦПК України не передбачає випадків, коли судові засідання має проводитись в режимі відеоконференції. А отже, суду складно буде мотивовано обґрунтувати необхідність відеоконференції без клопотання особи.

Зокрема, було зазначено, що переліку підстав, за яких суд може ухвалити рішення про участь у засіданні в режимі відеоконференції тієї чи іншої сторони, немає. Тому й згоди в учасника засідання отримувати не потрібно, що, безумовно, зачіпає його інтереси.

Проте згідно з нормами Закону суд має заздалегідь повідомити такого учасника про засідання в режимі он-лайн. У випадку, якщо особа, яка мала брати в ньому участь у режимі відеоконференції, з'явилася до суду, то бере участь у засіданні в загальному порядку. Видається, що такі положення у

своїй сукупності є для учасників достатньою гарантією від можливих зловживань з боку окремих суддів і їх утручання в роботу відеоконференцз'язку [2].

Виходячи з цього, вважаємо, що проведення судового засідання в режимі відеоконференції можливе у разі клопотання сторони або іншого учасника процесу або з ініціативи суду з умовою отримання згоди на це сторони або іншого учасника процесу. Такі положення у своїй сукупності були б межею здійснення судом дискреційних повноважень щодо вирішення питання про проведення судового засідання в режимі відеоконференції.

Суд повинен заздалегідь повідомити такого учасника про засідання в режимі он-лайн. Причому у випадку, якщо особа, яка мала брати в ньому участь у режимі відеоконференції, з'явилася до суду, то бере участь у засіданні в загальному порядку. Що, в свою чергу, зводить нанівець ініціативу суду з цього питання.

У клопотанні про участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції в обов'язковому порядку зазначається суд, в якому необхідно забезпечити її проведення. Таке клопотання може бути подано не пізніше як за сім днів до дня проведення судового засідання, в якому відбуватиметься така участь.

Часове обмеження, яке законодавець передбачив для пред'явлення відповідного клопотання, з моменту, коли стало відомо про дату судового засідання, може дезорієнтувати зазначених осіб, і, як наслідок, зробити неможливою реалізацію ними свого права на участь в такому засіданні в режимі відеоконференції. В зв'язку з цим вважаємо за необхідне скоротити термін, з настанням якого вказані учасники не зможуть звернутися до суду з відповідним клопотанням шляхом заміни в ч. 2 ст. 158-1 ЦПК України слів «сім днів» словами «п'ять днів» [6, с. 462]. Вважаємо, що внесення відповідних змін до ЦПК України є недоцільним, оскільки проведення судового засідання в режимі відеоконференції потребує з'ясування питань можливості його проведення, що зробить скорочені строки не завжди можливими.

Вирішення питання про задоволення клопотання про участь у судовому засіданні шляхом використання систем відеоконференцз'язку пов'язано з сукупністю як фактичних дій організаційного характеру, так і процесуальних дій, що оформляються судовими актами. Перш за все, взаємодія між судами виникає при виявленні наявності технічних можливостей для проведення відеозв'язку. Отримати таку інформацію має суд, що розглядає клопотання, заявник вільний від виконання зазначених дій. Суд витребує відомості про наявність справної системи відеоконференцз'язку та інших обставин, що дають уявлення про наявність або відсутність об'єктивної можливості проведення судового засідання даним способом [7, с. 34].

Судді при розгляді клопотання належить відповісти на низку питань, в числі яких такі: чи має право особа подавати таке клопотання; чи своєчасно воно подано і які наслідки несвоечасного подання, якщо воно мало місце; чи є в суді, за сприяння якого заявник просить провести засідання, технічна можливість для цього. Примітно, що судом при позитивній оцінці клопотання виноситься ухвала, в якій одночасно формулюється висновок власне про задоволення клопотання. Отже, причиною відмови в задоволенні клопотання можуть стати порушення порядку та строків звернення до суду, відсутність технічної можливості проведення відеоконференції, а також якщо відповідно до закону (за клопотанням осіб, які беруть участь у справі) проводиться закритий розгляд справи [7, с. 33].

Безпосередньо процес організації проведення судового засідання у формі відеоконференції покладається одночасно на два суди: суд, що розглядає відповідний судовий спір, та суд за територіальністю місцезнаходження учасника судового процесу, що обрав такий вид участі у засіданні.

Зокрема, за умовами ЦПК та ч. 5 ст. 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» учасникам судового процесу на підставі рішення суду забезпечується можливість брати участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції у порядку, встановленому процесуальним законом. Обов'язок забезпечити проведення відеоконференції покладається на суд, який отримав судові рішення щодо відеоконференції, незалежно від спеціалізації та інстанції суду, який прийняв таке рішення. Тобто на практиці сторона у справі (чи, наприклад, судовий експерт) має направити до суду, що розглядає спір, відповідне клопотання про проведення засідання у формі відеоконференції, наприклад, у зв'язку з відрядженням чи за станом здоров'я тощо. Суддя розглядає таке клопотання, задовольняє його та виносить ухвалу, копію якої направляє до суду, який, наприклад, визначений стороною для проведення відеоконференції.

На підставі цієї ухвали особа, що заявила подібне клопотання, звертається до визначеного суду, їй надається право та можливість використання відповідних технічних пристроїв з метою участі у судовому засіданні [3]. На нашу думку, незважаючи на те, що ЦПК не передбачено підстави для проведення відеоконференції, немає підстав відносити до дискреційних повноважень суду вирішення питання про проведення судового засідання у режимі відеоконференції у разі обґрунтованого клопотання особи.

Як приклад застосування нових електронних технологій можна навести новели ЦПК Німеччини. Цей кодекс передбачає можливість участі у судовому засіданні учасників процесу завдяки використанню відео- та аудіозасобів (параграф 128а). У такому випадку зображення та звук судового розгляду транслюються у залу судового засідання та у місцезнаходження сторін, представників та адвокатів.

І. І. Черних вважає, що немає жодних перешкод для використання відеоконференцз'язку з ініціативи суду в арбітражному процесі [7, с. 33].

А. Трунк зазначає, що ЦПУ Німеччини питання про проведення відеоконференції на судових засіданнях або для подання доказів залишає на розсуд суду за згодою сторін [5, с. 12].

На практиці при застосуванні систем відеоконференцз'язку процес надання додаткових доказів породжує низку питань, які потребують вироблення практичних рекомендацій. Іншим недоліком прийнятого Закону є невідповідність його норм загальним засадам здійснення судочинства в Україні.

Так, сторони судового процесу наділені процесуальними правами, серед яких є право подавати докази, письмові пояснення, заявляти клопотання та відводи тощо. Зрозуміло, що будь-яка із сторін має право до початку судового засідання подати усі пояснення чи докази, однак як бути, якщо така необхідність виникла під час судового розгляду, а особа бере участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції? Питання залишається відкритим.

Таким чином, процесуальні права особи, яка бере участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції, є значно обмеженими, що має наслідком порушення принципів змагальності та рівності сторін, які є одними із основних засад судочинства, визначених ст. 129 Конституції України. У свою чергу, ні процесуальні закони, ні тим паче, Конституція України не допускають обмеження встановлених прав людини, а нормативні акти, що обмежують такі права, мають бути визнані неконституційними [4].

Надання додаткових доказів у процесі судового засідання, проведеного із використанням відеоконференцз'язку, вступає в протиріччя з одним з основоположних принципів судового процесу – принципом безпосереднього дослідження доказів судом, що розглядає справу. Законом не регламентовано детально механізм подання оригіналів документів на огляд суду, що розглядає справу і знаходиться по той бік екрану. Можливо було б наділити «віддаленого суддю» додатковими повноваженнями з дослідження доказів, але в такому випадку за фактом справа в частині буде розглядатися не судом, у провадженні якого перебуває справа, а іншою особою – «віддаленим суддею», і не обов'язково, що це буде суддя суду того самого рівня, що і суд, який доручив організацію відеоконференцз'язку, в провадженні якого перебуває справа [5, с. 12].

В ухвалі, яка виноситься за 5 днів до засідання й оскарженню не підлягає, суд має вказати:

- 1) найменування суду, якому доручається забезпечити проведення відеоконференції;
- 2) найменування особи, що бере участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції, та її процесуальний статус;
- 3) дату й час проведення судового засідання.

Копія ухвали невідкладно направляється до суду, що забезпечуватиме зв'язок, і зацікавленій особі. Передбачена можливість направлення копії факсом або електронною поштою.

Закон також установив, технічні засоби й технології, що використовуються, повинні забезпечувати належну якість зображення та звуку. Учасникам судового процесу має бути забезпечена можливість чути й бачити перебіг судового засідання, ставити запитання й отримувати відповіді, реалізовувати інші надані їм процесуальні права та виконувати процесуальні обов'язки [2].

Отже, проведення судових засідань в режимі відеоконференції спрямоване, передусім, на модернізацію судового процесу, дотримання строків розгляду справ і полегшення участі в ньому сторін. Порівнюючи правове регулювання проведення судового засідання в режимі відеоконференції в Україні та Німеччині, слід зазначити, що в ЦПК України врегульовано на належному рівні, однак залишається відкритим питання практичної реалізації таких положень закону.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний процесуальний кодекс України* від 18.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.
2. *Богунов В.* Відеоконференції дозволять учасникам процесу економити час і гроші / В. Богунов // Закон і бізнес. – № 35 (1074) 29.08 – 07.09.2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zib.com.ua/ua/11349-videokonferencii\\_dozvolyat\\_uchasnikam\\_sudovih\\_zasidan\\_ekonom.html](http://zib.com.ua/ua/11349-videokonferencii_dozvolyat_uchasnikam_sudovih_zasidan_ekonom.html).
3. *Жуков Д.* Відповідач у телевізорі: перспективи відеоконференцій у судовому процесі [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/EA004045.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/EA004045.html).
4. *Недибалюк В.* Как видеоконференции усложняют судебный процесс [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravotoday.in.ua/ru/press-centre/publications/pub-787/>.
5. *Решетняк В. И.* Видеоконференц-связь в гражданском и арбитражном процессе: проблемы и перспективы [Текст] / В. И. Решетняк // Арбитражный и гражданский процесс. – 2012. – № 10. – С. 11–14.
6. *Худоба В. М.* Проблемные вопросы участия в судебном заседании в режиме видеоконференции / В. М. Худоба // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки». – 2013. – Т. 6 (65). – № 1. – С. 459–463.

7. Черных И.И. Использование видеоконференцсвязи в арбитражном процессе / И. И. Черных // Законы России : опыт, анализ, практика. – 2011. – № 10. – С. 32–36.

*The article deals with the procedure of trial videoconference, analyzes current doctrinal position on the implementation of certain principles of civil procedure videoconference considered, the experience of foreign countries and its possible implementation in domestic practice to address gaps in the legal regulation videoconference in civil proceedings.*

*В статье рассмотрен порядок проведения судебного заседания в режиме видеоконференции, проанализированы актуальные доктринальные положения о реализации отдельных принципов гражданского процессуального права в режиме видеоконференции, акцентировано внимание на опыте зарубежных стран и возможности его внедрения в отечественную практику с целью устранения пробелов в правовом регулировании видеоконференции в гражданском процессе.*

## ВИНИКНЕННЯ ТА СТАНОВЛЕННЯ ЗАПОВІТУ З УМОВОЮ У ВІТЧИЗНЯНОМУ СПАДКОВОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

**Заїка Ю.О.,**

*доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник сектору проблем цивільного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*Статтю присвячено історії становлення та розвитку у вітчизняному спадковому законодавстві інституту заповіту з умовою. Охарактеризовано природу заповіту з умовою, розглянуто відкладальні та скасувальні умови заповіту та їх юридична і фактична здійсненність.*

**Ключові слова:** заповіт, заповіт з умовою, здійсненність заповіту з умовою.

Фізична особа може реалізувати своє право на розпорядження майном на випадок смерті шляхом складання заповіту лише у тому разі, коли свобода заповіту буде мінімально обмежена законодавцем. Свобода заповіту включає в себе не лише право спадкодавця в будь-який час скласти заповіт, призначити спадкоємцем будь-яку особу, а й визначити умови набуття спадщини спадкоємцями. Відповідно до ст. 1242 ЦК України «Заповіт з умовою» заповідач може зумовити виникнення права спадкування в особи, яка призначена у заповіті, наявністю певної умови, як пов'язаної, так і не пов'язаної з її поведінкою (наявністю інших спадкоємців, проживання у певному місці, народження дитини, здобуття освіти тощо). Дослідженню питань, пов'язаних із складанням заповіту з умовою та реалізацією останньої волі спадкодавця, присвячено низку фахових праць (З. В. Ромовська, С. Я. Фурса, Є. О. Рябоконь та інші), проте у вітчизняній літературі залишається дискусійним питання щодо відповідності змісту ст. 1242 ЦК принципам спадкового права, саме цій проблемі і присвячено нашу наукову розвідку.

Заповіт з відкладальною умовою був відомий ще римському приватному праву – якщо спадкоємець був призначений під неможливою умовою, вона вважалася «ненаписаною» (*pro scriptio habetur*), а призначення спадкоємця – безумовним [1, с. 219]. У Франції, Іспанії, Німеччині допускається можливість укладання заповіту з умовою. Проте якщо умови заповіту неможливо виконати, суперечать законам чи добрим звичаям – вони вважаються такими, що не існують [2, с. 329; 3, с. 538; 4, с. 517]. У ст. 1011 книги третьої тому X частини I Зведення законів Російської імперії передбачалося, що заповісти майно можна або у повну власність, або ж у тимчасове володіння і користування [5, с. 69]. Найавторитетнішим дослідником інституту умовного заповіту вважався К. П. Победоносцев, який поділяв умови отримання спадщини спадкоємцем на *супензійні* та *резолютивні*. При супензійній умові — визначалася обставина, до настання якої право певної особи обмежувалося до повного або ймовірного її настання. При резолютивній — визначалася обставина, з настанням якої право однієї особи мало припинитися й поступитися праву іншої особи [6, с. 542–543]. Складання заповіту як із відкладальною, так і скасувальною умовою допускав С. Н. Самарський [7, с. 18]. Не заперечував проти складання заповідальних розпоряджень з умовою чи з призначенням і Г. Ф. Шершеневич [8, с. 644]. Серед сучасників досить спірним вважалося рішення Сенату у справі Є., який заповів своїй дружині у власність будинки, проте у випадку укладання нею нового шлюбу вона позбавлялася права на спадщину. Сенат зазначив, що волею останнього майно передавалося дружині, поки вона буде вдовою, тому не може бути і мови про незаконність чи аморальність умови заповіту. Заповідач не заборонив укласти новий шлюб, а лише визначив умови отримання спадщини [9, с. 123–130]. Не погоджуючись з цим рішенням, Г. Ф. Шершеневич вважав, що коли йдеться про успадкування права власності, то розпорядження допускає лише відкладальну, а не скасувальну умову, оскільки раз набуто

право власності не підлягає повороту [8, с. 645]. Проти заповітів із скасувальною умовою виступав і В. І. Синайський [10, с. 606].

Російські вчені дореволюційного періоду були одностайні в розумінні змісту ст. 1029 Цивільного уложення, де зазначалося, що якщо в заповіті допущено розпорядження, які суперечать законам, то ці розпорядження є недійсними. Так, аналізуючи заповіт Д., який залишив свій маєток чотирьом племінникам за умови, що якщо будь-хто з них візьме участь у заколоті, то частка такого спадкоємця перейде до інших спадкоємців, К. П. Победоносцев вважав, що такою умовою заповідач намагався уникнути конфіскації майна осіб, засуджених за вчинення державних злочинів [6, с. 551]. Умова заповіту не повинна була суперечити закону, інтересам державної казни, громадському порядку і нормам моралі. Якщо умова ставить спадкоємця у «смішне становище», то її слід розглядати як таку, що суперечить «добрим звичаям» [5, с. 77]. Д. І. Мейер вважав необхідним відмежовувати умови отримання спадщини від простих порад заповідача спадкоємцю [11, с. 416].

До проблем, пов'язаних зі складанням заповіту з умовою, вітчизняні цивілісти повернулися після кодифікації цивільного законодавства у 1922 р. У ст. 422 ЦК УРСР містилося загальне визначення заповіту як розпорядження на випадок смерті щодо надання майна одній чи кільком певним особам із числа спадкоємців за законом. Така невизначеність дала підстави окремим фахівцям зробити висновок про допустимість заповіту з умовою: «що не заборонено, то дозволено» [12, с. 825]. Інші вчені не лише допускали складання заповіту з відкладальною умовою, а й не виключали можливість передачі за заповітом спадкового майна у власність одному спадкоємцю, і в довічне володіння – іншому [13, с. 238]. Теза на користь відкладальної умови заповіту: «що не заборонено, то дозволено» сприймалася не всіма, оскільки вважалося, що у речовому та спадковому праві має діяти зворотне правило: «що не дозволено, те заборонено» [14, с. 257]. Висловлювалася і думка, що заповіти з відкладальними умовами можуть вважатися дійсними лише у разі, якщо умова фактично настала або була призначена в заповіті у рамках нормальних строків [15, с. 470]. При ненастанні умови до відкриття спадщини або при ненастанні її протягом визначеного нормального строку пропонувалося вважати заповіт в цілому або в частині недійсним [16, с. 471].

До питання про можливість складання заповіту з умовою радянська цивілістика повернулася наприкінці 50-х років минулого століття. Як зазначав В. І. Серебровський, спадкоємець не може стати власником майна до настання певної умови, майно ж протягом цього часу перебуває в невизначеному стані і фактично ще нікому не належить. Правове становище спадкоємця з'ясується при настанні чи ненастанні передбаченої в заповіті умови [17, с. 130–131]. Протилежну позицію посідали Б. С. Антімонов і К. О. Граве, які допускали лише таку відкладальну умову, яка мала настати до моменту відкриття спадщини, не суперечити закону і правилам соціалістичного гуртожитку [18, с. 143]. Погоджувався із можливістю складання заповіту з відкладальною умовою і М. В. Гордон, який допускав умову, що син отримає спадщину, якщо «перестане бути дармоїдом і почне працювати» [19, с. 73–74].

В усіх вітчизняних кодифікаціях у загальних положеннях про правочини (угоди) містилися норми, які надавали сторонам можливість укладати їх з умовою. Не стали винятком і положення ст. 212 ЦК України. Проте особливість заповіту полягає в тому, що він є одностороннім правочиним, тому і положення ст. 212 ЦК не можуть на нього поширюватися, оскільки в цій статті йдеться про правочини двосторонні і про волю, бажання і наміри сторін укласти правочин у майбутньому. Умова в заповіті вирізняється за своєю сутністю від умови у правочині. Якщо факт, що зумовлений у правочині з умовою, може як настати, так і не настати в майбутньому, то факт, який дозволяє набути спадщину з умовою, повинен існувати на момент відкриття спадщини, і настання такого юридичного факту може не лише не залежати від волі будь-якої особи, а бути об'єктивно неминучим.

Законодавець у ст. 1242 ЦК не лише прямо передбачив, що заповідач може зумовити виникнення права на спадкування у особи, яка призначена у заповіті, наявністю певної умови, а й навів їх орієнтовний перелік – наявність інших спадкоємців, проживання у певному місці, народження дітей, здобуття освіти тощо, проте умова має існувати на час відкриття спадщини, тобто можливість складання заповіту із скасувальною умовою не передбачено.

Необхідність імперативності положень ст. 1242 ЦК України не викликає сумнівів у вітчизняних дослідників. Традиційно вважається, що умова, залежно від якої заповідач поставив право спадкоємця на спадкування, має існувати на час відкриття спадщини [20, с. 810]. Свободу заповіту пов'язують з тим, що заповідачу надається право зазначити у заповіті ті обставини, наявність або відсутність яких є умовою виникнення в осіб, зазначених у заповіті, права на спадкування, і ці обставини обов'язково повинні існувати на час відкриття спадщини [21, с. 1009]. Ми не можемо беззастережно погодитися з таким оптимістичним висновком щодо розширення свободи заповіту.

Так, спадкодавець умовою набуття спадщини передбачив здобуття вищої освіти. Спадкоємець успішно навчається в університеті, проте якщо заповідач помре, він права на спадщину не набуде, оскільки умова заповіту не виконана. Спадкоємець позбавлений і права оспорювати в суді умову,

оскільки в ч. 3 ст. 1242 ЦК України передбачено, якщо настання цієї умови від спадкоємця не залежало, він не може вимагати визнання її недійсною. Отже, редакція ст. 1242 ЦК України свідчить не про розширення свободи заповіту, а про штучне її обмеження, про можливість спотворення волі заповідача [22, с. 34]. Намагаючись захистити інтереси спадкоємця, С. Я. Фурса пропонує не обмежуватися в заповіті вимогою до спадкоємця – «мати диплом про закінчення вищого навчального закладу», а й допускає, як умову – «бути студентом вищого навчального закладу» [23, с. 670].

Такий заповіт може не погоджуватися з дійсними намірами заповідача, який був не зовсім впевнений у прагненні свого нащадка отримати вищу освіту, тому й зумовив отримання спадщини саме отриманням диплому. Американський космонавт Д. Армстронг, який здійснив політ на Місяць, несподівано для себе став спадкоємцем чималої спадщини, яку залишила у Франції в 1891 р. А. Е. Гюзман. Прихильниця Ж. Верна все своє майно заповіла Французькій академії наук з тим, щоб воно було передане людині, яка перша зробить крок на будь-якій планеті. У 1908 р. німецький математик Вольфскель заповів 100 000 марок тому, хто зможе довести теорему П. Ферма [24, с. 118]. За законодавством України право на таку спадщину ніхто не може набути, оскільки умова заповіту не виконана на день відкриття спадщини.

Розширення змісту правоздатності громадян України в сучасних умовах не може обминути і розширення спадкової правоздатності громадян. Громадянам має надаватися можливість вільно розпоряджатися своїм майном не лише за життя, а й у разі смерті. Спадкодавець бажає своїм нащадкам лише добра. Саме з цієї презумпції має виходити законодавець. Умови заповіту можуть бути різні, але вони мають бути спрямовані на користь спадкоємців, громадськості, держави. Чинне законодавство визначає спадкоємцю роль пасивного спостерігача, якого змушують ігнорувати останню волю заповідача, оскільки поведінка спадкоємця після відкриття спадщини вже правового значення не має. Умови заповіту, виконання яких дає можливість спадкоємцям набуття спадщини, не повинні обмежуватися днем відкриття спадщини, а повинні допускати їх виконання у межах певного періоду. У цьому випадку в заповіті треба визначити долю майна протягом часу, коли умова отримання спадщини може настати (час навчання, вагітності, служби в армії, підведення підсумків конкурсу тощо), порядок зберігання спадкового майна, потурбуватися щодо компенсації витрат на його утримання і призначити осіб, які повинні опікуватися спадковим майном. Юридична доля спадкового майна буде залежати від виконання спадкоємцем умов заповіту протягом визначеного чи розумного часу. Правовий режим спадкового майна в цей період певною мірою буде дещо нагадувати правовий режим знахідки, оскільки її доля також залежить від того, чи зголоситься на це власник речі чи ні [25, с. 252].

Нотаріус повинен мати певне уявлення, які обмеження є дозволеними, а які ні. Це надасть йому можливість попередити особу про наступні негативні наслідки такої умови, на підставі його неупередженості прояснити заповідачеві «самодурство» зазначених ним умов щодо деяких обмежень громадянських прав спадкоємців [26, с. 183]. Як умову заповіту законодавець допускає набуття спадкоємцем вищої освіти, водночас деякі вчені вважають неправомірним визначення навчального закладу. Вважаємо, що такий висновок є занадто категоричним. Скажімо, спадкодавець умовою отримання спадкоємцем раритетної скрипки передбачив закінчення Національної музичної академії України імені П. Чайковського. Ми не вбачаємо тут обмеження правоздатності. Передача надзвичайно цінної речі одному із спадкоємців не є справедливою у тих випадках, коли в її рахунок інші спадкоємці нічого отримати не зможуть, а набувач позбавлений можливості сплатити їм компенсацію. Ми не вбачаємо обмежень правоздатності і у разі, коли спадкодавець для набуття освіти спадкоємцем визначить конкретний навчальний заклад, який є єдиним свого роду.

Умова може прямо не суперечити громадянським правам, але, водночас, її виконання буде їх певною мірою обмежувати. Наприклад, умова укласти шлюб до певного віку, або навпаки, не раніше певного віку; з особою певної національності, віри або, навпаки, не укладати шлюб з особою певної національності чи певної віри; заборона укладати шлюб з особою, яка має судимість чи є членом певної політичної партії, громадської організації тощо.

Заповідач не може зобов'язувати спадкоємців не лише вчинити дії протиправні чи такі, що обмежують їх права, а й дії, що суперечать загальнолюдським правилам поведінки чи сталим звичаям. Безперечно, що складання заповіту з умовою в окремих випадках не завжди буде відповідати намірам та бажанням, а, іноді, – і можливостям спадкоємців. Проте у цьому випадку в них завжди буде вибір: виконати умову заповіту (якщо вона відповідає наведеним вище вимогам) або відмовитися від спадщини.

Певні труднощі можуть виникнути при тлумаченні обставин, з настанням яких заповідач пов'язує можливість отримання спадщини. Саме нотаріус повинен допомогти спадкодавцю чітко і недвозначно визначити події, що повинні відбутися чи не відбутися, які дії має вчинити спадкоємець чи третя особа, чи, навпаки, від учинення яких дій слід утриматися. Сама умова заповіту має бути: а) визначеною за змістом; б) визначеною у часі; в) правомірною; г) не обмежувати правоздатність спадкоємця; д) не суперечити нормам суспільної моралі; е) стосуватися лише тих благ, якими спадкоємець має можливість розпоряджатися самостійно; ж) бути здійсненою [22, с. 34].

Наведені критерії мають оціночний характер, і в кожному випадку прерогативою суду є їх тлумачення. Визнання умови заповіту недійсною не може впливати на дійсність заповіту в цілому, оскільки спадкоємець отримуватиме спадщину безумовно. Здійсненність умови заповіту – поняття оціночне і при оскарженні спадкоємцями умови заповіту у зв'язку з її нездійсненністю суд з урахуванням усіх обставин має приймати виважене рішення. Як і будь-яке зобов'язання умова заповіту може бути не виконана із-за юридичних і фактичних перешкод. *Юридична* неможливість виконання має місце у разі, коли спадкоємця змушують вчинити протиправні чи аморальні дії. *Фактична* неможливість виконання може бути абсолютною і відносною. *Абсолютна* неможливість – це неможливість виконання умови заповіту будь-якою особою, з урахуванням сучасного рівня розвитку науки, техніки, творчої думки. *Відносна* неможливість пов'язана із конкретною особою: те, що неможливе для одного, інша особа може виконати. Відносна нездійсненність заповіту полягає в тому, що виконання заповіту може вимагати наявності низки специфічних обставин – певного віку спадкоємця, наявності професійних чи творчих навичок, життєвого досвіду, коштів, часу, уподобань тощо. Так, умова набуття вищу освіти, що встановлена для особи, яка навчається у школі для розумово відсталих, може бути визнана нездійсненною, отримання Нобелівської премії доктором технічних наук може не викликати заперечень. Якщо умова заповіту виявилася нездійсненною, вона повинна вважатися такою, що настала. На думку З. В. Ромовської, такий висновок може бути предметом дискусій, оскільки об'єктивна і суб'єктивна здійсненність умови правочину вважається однією із його ознак [27, с. 138]. За чинним законодавством відносна неможливість виконання може як залежати, так і не залежати безпосередньо від спадкодавця. Так, особа, яка відбуває покарання у місцях позбавлення волі або проходить дійсну військову службу, із-за природних причин не може проживати у сільській місцевості.

Ми повинні виходити із презумпції добросовісності спадкоємця, його поваги до останньої волі спадкодавця, тобто має діяти своєрідна фікція – спадкоємець виконав би умову заповіту, якщо б вона була здійсненою. Відносна нездійсненність умови не звільняє особу від обов'язку виконати її, оскільки невиконання такої умови позбавляє її статусу спадкоємця й усуває від спадкування. Чи зберігає спадкове розпорядження свою чинність для правонаступників спадкоємця, якщо він помре після відкриття спадщини, але до її прийняття? Чинне цивільне законодавство цю ситуацію виключає, оскільки юридичний факт, наявність якого є підставою отримання спадщини, має існувати на момент її відкриття. Якщо ж у вітчизняному законодавстві відбудуться зміни і спадкоємець отримає можливість виконувати умову заповіту протягом певного часу, то тут відповідь на питання буде залежати від того, чи зміг виконати спадкоємець умову заповіту на момент своєї смерті, чи ні, оскільки умова отримання спадщини є персоніфікованою, то й обов'язок її виконання на його спадкоємців перейти не може. Оскільки померлий спадкоємець за життя не набув права на спадщину, то вона не успадковується і його спадкоємцями.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ :

1. *Римское частное право: учебник* / Под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. – М.: Новый Юрист, 1998. – 512 с.
2. *Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона)* / Пер. с франц. В. Захватаев / Отв. ред. А. Довгерт. – К.: Истина, 2006. – 1008 с.
3. *Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование.* – М.: НОРМА, 1999. – 648 с.
4. *Гражданское уложение Германии*: Пер. с нем. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 816 с.
5. *Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената с комментариями русских юристов.* Составил И. М. Тютрюмов. Кн. третья. – М.: Статут, 2004. – 571 с.
6. *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права. – Часть III. – М.: Статут, 2002. – 800 с.
7. *Самарский С. Н.* Духовные завещания и наследование по закону. – К.: Тип. Кульженко, 1908. – 68 с.
8. *Шершеневич Г. Ф.* Курс гражданского права. – Тула: Автограф, 2001. – 720 с.
9. *Сборник кассационных решений Правительствующего Сената* / Сост. Г. В. Бертгольд. – М.: Изд. Кузина, 1897. – 214 с.
10. *Синайский В. И.* Русское гражданское право. – М.: Статут, 2002. – 672 с.
11. *Мейер Д. И.* Русское гражданское право: в 2-х ч. – Ч. 2. – М.: Статут, 1997. – 455 с.
12. *Фишман Л. И.* О завещании по Гражданскому кодексу УССР // Вестник сов. юстиции. – 1924. – № 24. – С. 824 – 826.
13. *Лаский Г. В.* О завещании по Гражданскому кодексу УССР // Вестник сов. юстиции. – 1925. – № 6. – С. 238 – 239.
14. *Трепичин И. Н.* К вопросу о завещаниях (ответ Л. И. Фишману) // Вестник сов. юстиции. – 1925. – № 6. – С. 257.

15. Лингарт Г. Действительно ли завещание под отлагательным условием? // Вестник сов. юстиции. – 1925. – № 12. – С. 470.
16. Бродский Л. Спорные вопросы наследственного права // Вісник рад. юстиції. – 1925. – № 12. – С. 470 – 471.
17. Серебровский В. И. Избранные труды. – М.: Статут, 1997. – 567 с.
18. Антимонов Б. С., Граев К. А. Советское наследственное право. – М.: Госюриздат, 1953. – 264 с.
19. Гордон М. В. Наследование по закону и по завещанию. – М.: Юрид. лит., 1967. – 120 с.
20. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: В 4-х т. / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – Т. 3. – К.: А.С.К.; Севастополь: Ін-т юрид. дослідж., 2005. – 928 с.
21. Цивільний кодекс України : коментар / За заг. ред. Є. О. Харитоновна, О. М. Калітенко. – Одеськ. нац. юрид. акад. – Одеса.: Юрид. літ., 2003. – 1079 с.
22. Заика Ю. А. Составление завещания под отлагательным условием // Право: теория и практика. Фонд прав. исслед. РФ. – 2002. – № 12. – С. 32 – 35.
23. Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: Наук.-практ. посіб. / За заг. ред. С. Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2007. – 1216 с.
24. Заика Ю. О. Спадкове право: становлення і розвиток. Монограф. 2-е вид. – К.: КТН, 2007. – 288 с.
25. Заика Ю. А. Юридическая и фактическая осуществимость завещания с условием // Цивилистическая процессуальная мысль. Межд. сб. науч. статей. Выпуск 2 / Под ред. С. Я. Фурсы. – К.: ЦУЛ, 2013. – С. 247–252.
26. Фурса С. Я., Фурса Є. І. Спадкове право. Теорія і практика: навч. посіб. – К.: Атіка, 2002. – 496 с.
27. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право: підруч. – К.: Алерта, 2009. – 264 с.

*The article is devoted history of becoming and development in the domestic inherited legislation of institute of testament with a condition. Nature of testament is described with a condition, the vidkladal'ni and resolutive terms of testament are considered and them legal and actual feasibility.*

*Стаття посвящена історії становлення і розвитку в отечественном наследственном законодательстве института завещания с условием. Охарактеризована природа завещания с условием, рассмотрены отлагательные и отменительные условия завещания и их юридическая и фактическая осуществимость.*

## ВІДШКОДУВАННЯ ЗБИТКІВ СПОЖИВАЧІВ СТРАХОВИХ ПОСЛУГ ЗА ДОГОВОРОМ СТРАХУВАННЯ

**Ільченко Г. О.,**

*старший викладач кафедри цивільного права та процесу УДУФМТ,  
здобувач НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*Статтю присвячено проблемам застосування такого способу захисту прав споживачів страхових послуг як відшкодування збитків. Аналізується, що саме можна вважати збитками та які з них відшкодовуються за договором страхування. Акцентується увага на проблемі визначення розміру збитків, що підлягають відшкодуванню.*

**Ключові слова:** спосіб захисту, відшкодування збитків, страхове відшкодування, споживач страхової послуги.

Здійснення захисту прав споживачів страхових послуг та усунення порушення їхніх прав відбувається внаслідок застосування закріплених законодавством чи договором способів захисту порушеного цивільного права.

Актуальність дослідження даної проблематики обумовлюється тим, що, за загальним правилом, у разі порушення цивільного права чи інтересу у потерпілої особи виникає право на застосування того чи іншого способу захисту, який залежить від виду порушення та наявності чи відсутності між сторонами зобов'язальних правовідносин.

Так, у страхових правовідносинах, як різновиду зобов'язальних правовідносин, нерідко виникають випадки невиконання чи неналежного виконання сторонами своїх обов'язків за договором страхування. І, як результат, одна зі сторін зазнає збитків. В нашій статті акцентується увага на тих збитках, які зазнає саме споживач страхової послуги, а не страховик. Тому, відповідно, й питання щодо відшкодування збитків розглядаються як спосіб захисту прав споживачів страхових послуг у разі невиконання чи неналежного виконання страховиком своїх обов'язків за договором страхування.

Метою даної статті є на основі аналізу практики застосування законодавчих та договірних норм, що регулюють страхові відносини, по-перше, сформулювати рекомендації щодо порядку здійснення споживачами страхових послуг такого способу захисту їх прав як відшкодування збитків, по-друге, надати пропозиції щодо вдосконалення відповідних законодавчих положень.

Проблемні питання відшкодування збитків як способу захисту цивільних прав досліджувалися у працях Л. М. Баранової, І. Е. Берестової, Т. С. Ківалової, В. Д. Примака, З. В. Ромовської, І. В. Спасибо-Фатєєвої, А. В. Янчука. Окремі аспекти встановлення розміру збитків у страхових правовідносинах наведені Я. М. Романюком в аналізі судової практики розгляду цивільних справ, що виникають із договорів страхування. Проте в цих працях не міститься узагальнюючого та системного підходу до з'ясування, що саме є збитками споживачів страхових послуг за договором страхування та в якому обсязі та розмірі вони можуть відшкодовуватися.

Одним із найбільш поширених способів захисту, що застосовується споживачами страхових послуг, є відшкодування збитків, передбачений у п. 8 ч. 2 ст. 16 ЦК України. Цей спосіб захисту може застосовуватися як самостійно, так і поєднуватися з іншими вимогами, наприклад, з позовами про спонукання до виконання договірної обов'язку або розірвання договору у зв'язку з невиконанням чи неналежним виконанням його іншою стороною.

При цьому слід зазначити, що більша частина позовів, які подаються споживачами страхових послуг, стосується їх вимог щодо стягнення зі страховика страхового відшкодування. Однак, коли йдеться про відшкодування збитків, то, перш за все, слід з'ясувати, що саме вважається *збитками* за договором страхування. Також слід звернути увагу на співвідношення таких понять як «школа» та «збитки».

На думку З. В. Ромовської, різниця в цих поняттях полягає у сфері їх застосування. Якщо негативні майнові наслідки виникли в результаті невиконання договору, то використовується термін «збитки». Якщо ж вони виникли не у зв'язку з договором (завдання шкоди здоров'ю, смерть тощо), то використовується термін «школа» [2, с. 572].

Інші автори (В. Т. Смирнов, А. А. Собчак) вважають, що *школа* – це родове поняття негативних майнових наслідків правопорушення, а *збитки* – це грошова оцінка шкоди [3, с. 58].

Розділяючи наведені вище думки, для досягнення мети даної статті будемо використовувати термін «збитки», розуміючи під ним *грошовий еквівалент негативних майнових наслідків (шкоди), що виникають внаслідок невиконання чи неналежного виконання стороною договору страхування (страховиком) своїх обов'язків*.

Відшкодування негативних майнових наслідків здійснюється за допомогою певних правових засобів, що називаються способами захисту цивільних прав. Загальновизнаним способом захисту цивільних прав є відшкодування *збитків*.

На законодавчому рівні визначено, що збитками є *реальні збитки* та *упущена вигода* (ст. 22 ЦК України). Під *реальними збитками* розуміють втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права. *Упущена вигода* – це доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене.

Виникає запитання: на відшкодування яких збитків має право споживач страхової послуги? Відповідаючи на це запитання, слід згадати один із принципів страхування про відшкодування збитків у межах реально заподіяного збитку, відповідно до чого страхове відшкодування не повинно приносити страхувальнику прибуток. Іншими словами: «матеріальне і фінансове становище страхувальника після відшкодування заподіяних збитків повинне бути таким, як і до настання страхового випадку» [4, с. 34].

Тому при здійсненні майнового страхування та настанні страхового випадку споживач має право на відшкодування лише *реальних збитків*, тобто відшкодування втрат, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням свого майна, а також витрат, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права. До цих втрат також можна віднести витрати, понесені страхувальником при настанні страхового випадку щодо запобігання або зменшення збитків, якщо це передбачено умовами договору. Відшкодування цих витрат є обов'язком страховика відповідно до п. 4 ст. 20 Закону України «Про страхування».

Тому всупереч положенню ч. 3 ст. 22 ЦК України, відповідно до якого встановлено загальне правило про повне відшкодування збитків, що передбачає відшкодування не тільки реальних збитків, а й упущеної вигоди, судова практика розгляду цивільних справ, що виникають з договорів страхування, не містить прикладів задоволення вимог з приводу відшкодування упущеної вигоди.

Як слушно з цього приводу зазначає Л. М. Баранова, відмова у задоволенні вимог позивача про відшкодування упущеної вигоди має стандартне мотивування, що «позивачем не обґрунтовані та не доведені підстави для нарахування збитків у вигляді упущеної вигоди» [1, с. 260].

Підтвердженням тези про те, що упущена вигода фактично не відшкодовується в межах договірних відносин, є сучасна судова практика.

Так, відповідно до ч. 3 Оглядового листа Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства у справах, в яких заявлено вимоги про відшкодування збитків» від 14.01.2014 № 01-06/20/2014 у вирішенні спорів про відшкодування збитків у вигляді упущеної вигоди суди мають дослідити, чи могли такі збитки бути реально понесені кредитором та чи вживав кредитор заходів щодо їх відшкодування. Пред'явлення вимоги про відшкодування неодержаних доходів (упущеної вигоди) покладає на кредитора обов'язок довести, що ці доходи (вигода) не є абстрактними, а дійсно були б ним отримані. Позивач має довести також, що він міг і повинен був отримати визначені доходи, і тільки неправомірні дії відповідача стали єдиною і достатньою причиною, яка позбавила його можливості отримати прибуток [5].

Стосовно упущеної вигоди, то цей вид збитків може бути застрахований окремим договором страхування чи передбачений окремим пунктом у договорі страхування та, як правило, за такими договорами страхувальниками виступають суб'єкти підприємницької діяльності. В такому випадку втрачена вигода – це недоотримані доходи від здійснення підприємницької діяльності, які були б отримані у звичайних умовах обороту, якби право не було порушене іншою особою. Оскільки основна мета підприємницької діяльності – це отримання прибутку, то головний ризик, від якого могли б страхуватися суб'єкти підприємницької діяльності, це ризик неодержання упущеної вигоди, тобто недоотримання очікуваного доходу. Водночас слід констатувати те, що з різних причин цей сегмент страхового ринку на даний час не набув значного поширення, тому говорити про масову практику реалізації даного способу захисту поки немає достатніх підстав.

Таким чином, за договором страхування споживач страхової послуги має право на відшкодування реальних збитків, які за договором підпадають під страхове відшкодування.

Водночас слід звернути увагу, що йдеться про збитки, які завдані споживачу страхових послуг саме страховиком, наприклад, внаслідок не виплати останнім страхового відшкодування, а не іншою третьою особою (заподіювачем шкоди, винною особою). Між споживачем страхової послуги та заподіювачем шкоди у даному випадку виникають деліктні правовідносини, за якими винна особа теж повинна відшкодувати завдану нею шкоду. Однак й страховик може завдати збитків споживачу страхової послуги, однак ці негативні майнові наслідки виникають у споживача страхової послуги вже внаслідок неналежного виконання своїх договірних обов'язків.

Стосовно останнього, слід наголосити на тому, що між страховиком і споживачем страхових послуг існують договірні правовідносини, за якими відшкодування страховиком збитків за шкоду, завдану третьою особою, не є мірою цивільно-правової відповідальності страховика, а є його договірним обов'язком. Тобто, відшкодовуючи споживачу шкоду, страховик лише виконує свій договірний обов'язок в натурі. У випадках, коли страхова сума не покриває всі збитки споживача страхових послуг, останній має право в межах деліктних правовідносин звернутися з вимогою до заподіювача шкоди про відшкодування тієї суми збитків, що перевищує ліміт відповідальності страховика.

Наступним питанням, яке потребує визначення, є розмір збитків. Чи можна ототожнювати розмір збитків, понесених споживачем страхових послуг, із страховим відшкодуванням?

На практиці обов'язок довести наявність та розмір збитків покладається на позивача (в даному випадку – споживача страхової послуги). Розмір збитків, що відшкодовуються, у випадку порушення договору страхування залежить від ступеня його виконання (невиконання чи неналежного виконання обов'язків) та від додаткових вимог споживача страхової послуги, що можуть бути заявлені разом із вимогами про стягнення страхового відшкодування.

Наприклад, якщо страхове відшкодування не сплачується (страховик не виконує своє зобов'язання), а страхувальник не втратив свого інтересу та не бажає достроково припиняти дію договору страхування, то окрім вимог страхувальника щодо стягнення страхового відшкодування ще можуть додаватися вимоги про стягнення збитків за прострочення виконання зобов'язання. Відповідно до ч. 2 ст. 625 ЦК України боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом.

Я. М. Романюк висловлює таку правову позицію, що «проценти річних, так само як і інфляційні втрати на суму боргу, входять до складу грошового зобов'язання і на відміну від пені не є санкцією за порушення грошового зобов'язання, а виступають способом захисту майнового права та інтересу, який полягає у відшкодуванні матеріальних витрат кредитора від знецінення грошових коштів унаслідок інфляційних процентів і отриманні компенсації (плати) від боржника за користування отриманими ним грошовими коштами, належними до сплати кредитором, а тому ці кошти нараховуються незалежно від вини боржника та незалежно від сплати ним неустойки (пені) за порушення виконання зобов'язання» [6, с. 25].

У випадку, коли споживач страхової послуги прийняв неналежне виконання, то відшкодуванню підлягають відновлювальні збитки, що відшкодовують витрати споживача на виправлення недоліків виконання.

Таким чином, до складу збитків, на відшкодування яких має право споживач страхової послуги за договором страхування, можна віднести:

- 1) реальні збитки (прямі збитки, які покладаються в основу визначення розміру страхового відшкодування);
- 2) упущена вигода (лише у випадках, коли це передбачено умовами договору страхування);
- 3) витрати, понесені страхувальником при настанні страхового випадку щодо запобігання або зменшення збитків;
- 4) інфляційні втрати на суму боргу;
- 5) три проценти річних від простроченої суми.

Окремо хотілося б звернути увагу на формулювання ч. 2 ст. 625 ЦК України, яке залишає страховику можливість встановити в договорі страхування інший розмір процентів річних від простроченої суми. У більшості договорів страхування ця норма не відображається. Її, як правило, замінює передбачена у договорі міра цивільно-правової відповідальності, яка за невиконання чи неналежне виконання обов'язків покладає на страховика (чи на обидві сторони договору) цивільно-правову відповідальність у формі сплати пені. Однак зараховувати пеню до складу збитків, що відшкодовуються споживачу страхових послуг, на нашу думку, було б неправильно, оскільки пеня виступає в такому випадку як міра цивільно-правової відповідальності, що спонукає страховика швидше виконувати свій обов'язок.

Викладене вище дає підстави для висновку про те, що норми, які регулюють питання відшкодування збитків споживачам страхових послуг за договором страхування, містяться у своїй більшості у ЦК України (ч. 2 п. 8 ст. 16, ст. 22, ч. 2 ст. 625, п. 3 та п. 4 ч.1 ст. 988 ), тоді як в Законі України «Про страхування» йдеться лише про сплату страхової виплати або страхового відшкодування та сплату неустойки.

Враховуючи, що в законодавстві відсутній системний підхід у визначенні хоча б мінімального переліку проявів збитків, які може зазнати споживач страхової послуги в результаті невиконання чи неналежного виконання своїх обов'язків страховиком, пропонуємо закріпити цей перелік в Законі України «Про страхування».

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Баранова Л. Н. Возмещение имущественного вреда // Харьковская цивилистическая школа: защита субъективных гражданских прав и интересов: монография / И. В. Спасибо-Фатеева, М. Н. Сибилев, В. Л. Яроцкий и др. Под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков: Право, 2014. – 672 с.
2. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина Академічний курс: підручник / З. В. Ромовська. – 3-тє вид., доп. – К.: ВД «Дакор», 2013. – 672 с.
3. Смирнов В. Т. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве: учеб. пособие / В. Т. Смирнов, А. А. Собчак. – Л.: ЛГУ, 1983. – 152 с.
4. Правове регулювання страхової діяльності: навч. посіб. / О. П. Гетманець, О. М. Шуміло, Т. В. Колеснік та ін.; за ред. О. П. Гетманець, О. М. Шуміла. – 2-ге вид., зі змінами. – Х.: Право, 2014. – 400 с.
5. Лист Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства у справах, в яких заявлено вимоги про відшкодування збитків» від 14.01.2014 № 01-06/20/2014. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0020600-14>.
6. Романюк Я. М., Мельник З. П. Судова практика розгляду цивільних справ, що виникають з договорів страхування // Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 8 (132). – С. 12 – 28.

*The article is devoted to the problems of this method of protection of rights of consumers of insurance services as compensation. Analyses that can be considered a loss and which of them shall be indemnified under the insurance contract. Focuses on the problem of determining the amount of losses subject to compensation.*

*Статья посвящена проблемам применения такого способа защиты прав потребителей страховых услуг как возмещение убытков. Анализируется, что именно можно считать убытками и какие из них подлежат возмещению по договору страхования. Акцентируется внимание на проблеме определения размера убытков, подлежащих возмещению.*

## ЗАКОНОДАВЧІ ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ ЩОДО УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА

**Кожевникова В. О.,**

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри охорони інтелектуальної власності, цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ*

**Коренга Ю. В.,**

*кандидат юридичних наук, викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки Міністерства освіти і науки України*

*У статті досліджуються обмеження, встановлені в законі, що забороняють фізичним особам укладати договір сурогатного материнства. Виявлено низку порушень прав осіб (слабкої сторони договору сурогатного материнства), які існують через відсутність закріплення обмежень на законодавчому рівні.*

**Ключові слова:** обмеження прав, сторона договору, заборона, обов'язок, сурогатна мати, батьки-замовники.

Незважаючи на існування ст. 123 Сімейного кодексу України, у якій сурогатне материнство визнано як юридичний факт, в Україні відсутній спеціальний нормативно-правовий акт, який би врегульовував відносини, що виникають між суб'єктами сурогатного материнства. Невирішеною наразі залишається проблема галузі права цивільного чи сімейного, під яку підпадає регулювання особистих немайнових та майнових відносин за договором сурогатного материнства. Неврегульованим є питання порядку встановлення обмежень за договором сурогатного материнства, їх передумов виникнення. З метою захисту прав та свобод учасників сімейних правовідносин (сторін договору) важливим залишається виявлення таких обмежень прав та їх нормативне закріплення.

Зокрема, вагомий внесок у розробку доктрини «правової категорії обмежень для договору, встановлених в законі» зробив Є. О. Мічурін: «Обмеження майнових прав фізичних осіб» [1, с. 456], у дослідження окремих сімейно-правових договорів А. Б. Гриня: «Цивільно-правовий договір як підстава виникнення права спільної власності фізичних осіб» [2, с. 300], Ю. В. Коренга: «Договір сурогатного материнства в сімейному праві України» [3, с. 195] та інші.

Метою статті є установлення правової природи договору сурогатного материнства та формування на її основі порядку встановлення обмежень особистих немайнових та майнових прав учасників договору сурогатного материнства, спрямованих на вдосконалення механізму цивільно-правового захисту.

Завданням статті є визначення особливостей договору сурогатного материнства, порядок установлення обмежень прав учасників сімейних правовідносин (сторін договору), розроблення правового механізму порядку встановлення обмежень прав.

Суттєві зміни, що відбулись у чинному цивільному та сімейному законодавстві останнім часом, зумовили виникнення нових підходів до правового регулювання обмеження прав учасників договірних правовідносин в сімейному праві України. Сучасне суспільство стає дедалі складнішим. Воно заплутує громадян мережею заборон та обов'язків, так чи інакше обмежуючи реалізацію цивільних прав у повному обсязі. Ці обмеження зумовлені необхідністю забезпечення життєво важливих інтересів окремо взятої особистості та суспільства в цілому.

Договір, у свою чергу, є однією з найдавніших правових конструкцій. Застосування договорів протягом уже кількох тисячоліть пояснюється, насамперед, тим, що йдеться про гнучку правову форму, якої можуть набувати різні за характером суспільні відносини [4, с. 3].

Також, як справедливо зазначає А. В. Луць, у процесі вдосконалення юридичних конструкцій з'являються і проходять стадію нормативного закріплення нові види договорів. Свобода договору, визнана як принцип цивільного права, дає можливість укладати такі види договорів, які не передбачені Цивільним кодексом України, але йому не суперечать і дають можливість учасникам цивільного обороту забезпечити відображення в праві специфіки окремих відносин господарського обороту [5, с. 11]. Останнім часом, коли договірне регулювання суспільних відносин отримало своє поширення фактично в усіх сферах людського життя, постала нагальна потреба дослідити характерні риси та особливості обмежень, установлених законом у договорі сурогатного материнства.

Оскільки досліджуваний договір отримав законодавче закріплення лише з прийняттям Сімейного кодексу України (далі – СК України), законодавець, фактично вперше в історії розвитку вітчизняного сімейного законодавства, допустив договірне регулювання, з одного боку, особистих немайнових та майнових відносин за договором сурогатного материнства та обмеження прав, установлених законом до сторін договору, – з іншого.

Щороку дедалі більше громадян України та іноземців стають учасниками програми сурогатного материнства в нашій державі. Проблемі регулювання відносин за договором сурогатного материнства у науковій літературі приділяється також особлива увага. Однак наукові здобутки та розробки вчених у цьому напрямі не були закріплені на законодавчому рівні. Разом з тим нерозробленим залишається порядок встановлення законом обмежень прав сторін у договорі сурогатного материнства. Тому недосконалість чинного законодавства в цій сфері призводить до того, що фізичні особи, що укладають договори сурогатного материнства, стикаються з низкою проблем при виконанні умов договору [6, с. 3]. Тому існує нагальна потреба у захисті особистих немайнових та майнових прав учасників договору сурогатного материнства.

Р. А. Майданик під договором сурогатного материнства розуміє «Договір, де одна сторона (подружжя або окрема особа), яка не здатна мати власну дитину, передає свій генетичний матеріал для її народження іншій стороні – сурогатній матері, яка зобов'язується виносити, народити дитину, зачату методом екстракорпорального запліднення, і передати її після народження першій стороні, яка зобов'язується забрати дитину і компенсувати витрати сурогатної матері на умовах цього договору» [7, с. 19]. Варто зазначити, що при встановленні обмежень прав сторін договору держава має виходити з принципу законності, обґрунтованості, розумності.

Обмеження, які мають місце у правових інститутах сімейного права, встановлюються виключно актами чинного законодавства (Конституцією України, СК України та іншими законами). Обмеження прав сторін договору сурогатного материнства встановлюються у вигляді заборон, обов'язків, які покладаються на особу та можуть існувати у вигляді правообмежувальних (правозастосовних) санкцій.

Обмеження прав фізичних осіб, які мають намір укласти договір сурогатного материнства, установлені законом, існують у вигляді заборон. Ю. В. Коренга справедливо стверджує: «жінкам, які мають можливість дітонородження, проте бажають скористатися послугами сурогатної матері, мотивуючи це власною зайнятістю або не бажаючи завдавати собі незручностей протягом дев'яти місяців вагітності, не надається право на реалізацію програм сурогатного материнства, основна мета якого – подолання безпліддя» (визначено в «Інструкції про порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій» від 09.09.2013 № 787) [8, с. 48]. Отже, жінка, яка за медичними показниками здатна самостійно виносити та народити дитину, не може бути стороною договору сурогатного материнства.

Керуючись вимогами, встановленими в СК України (ст. 211 СК України), сурогатною матір'ю у договорі не може бути жінка, що не досягла двадцяти одного року, а також жінка, яка позбавлена чи обмежена у дієздатності тощо. Законодавець штучно підвищив вік, з якого особи можуть укладати даний вид договору, з метою того, щоб жінки, які беруть участь у програмі сурогатного материнства, мали певний досвід з виношування та народження дітей, крім того, свідомо та відповідально ставились до виконання істотних умов договору сурогатного материнства.

«Інструкцією про порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій» від 09.09.2013 № 787 встановлено таку заборону, що не може бути стороною договору (сурогатною матір'ю) жінка, що не має своїх здорових дітей. Отже, жінки, які мали досвід з виношування та народження власних дітей та з якихось причин народжували дітей з фізіологічними чи психічними вадами здоров'я, не можуть укладати такий договір.

Вступати у договірні відносини, об'єктом яких є надання послуги із сурогатного материнства, не мають право іноземці, які між собою перебувають в одностатевому шлюбі, який вони уклали за законодавством іноземної держави, громадянами якої вони є. Проте українське законодавство ніколи не визнавало одностатевих шлюбів, оскільки такі шлюби суперечать морально-етичним засадам українського суспільства, тому на законодавчому рівні встановлюється заборона щодо укладення договору сурогатного материнства одностатевими подружніми парами.

Також до ще одного обмеження, яке встановлюється щодо договірного регулювання сурогатного материнства, варто віднести чітке визначення кола суб'єктів, які можуть виступати донорами генетичного матеріалу.

Так, центр сурогатного материнства, що знаходиться у США, спираючись на багаторічний досвід судової практики, пропонує виділити такі види сурогатного материнства:

1. Традиційне сурогатне материнство – спосіб, заснований на згоді між майбутніми батьками дитини та жінкою, яка погодилася на штучне запліднення її яйцеклітини спермою майбутнього батька дитини. У більшості штатів батьківські права майбутня мати дитини отримує після процедури усиновлення (удочеріння).

2. Сурогатна вагітність – спосіб, при якому згода між майбутніми батьками дитини і жінкою, згідною на імплантацію ембріона, заснована на зачатті з використанням яйцеклітини та сперми майбутніх батьків.

3. Донорська сурогатна вагітність – спосіб, відповідно до якого згода між майбутніми батьками і жінкою, яка погодилася на імплантацію і виношування дитини, полягає у зачатті з використанням яйцеклітини донора (зазвичай анонімного) і сперми майбутнього батька чи донора [9, с. 158].

В Україні правове регулювання отримав вид сурогатної вагітності та донорської сурогатної вагітності (у випадку використання генетичного матеріалу одного з подружжя). Адже у п. 6.1 Інструкції визначено, що подружжя (або один із майбутніх батьків), в інтересах якого здійснюється сурогатне материнство, повинно (повинен) мати генетичний зв'язок з дитиною, тобто це положення надало право використовувати для проведення процедури штучного запліднення сурогатної матері донорські гамети (жіночі або чоловічі). А от вид традиційного сурогатного материнства в Україні, відповідно до тих змін, які визначені в Інструкції, – під забороною. Адже багато авторів роблять акцент на тому, що в процесі виношування вагітності між матір'ю та дитиною виникає біологічний зв'язок, а якщо використовується метод традиційного сурогатного материнства, то ще й генетичний зв'язок.

Разом з тим, дослідивши обмеження, установлені в законі, що забороняють фізичним особам укладати договір сурогатного материнства, постала нагальна потреба у виявленні низки обмежень, які мають установлюватись законом до сторін договору. Несприятливою є ситуація, яка наразі існує в законодавстві України з приводу упущення низки обмежень, які мають застосовуватись до учасників договору за настанням певних обставин. Необхідним залишається впровадження на законодавчому рівні певних обмежень прав одних осіб з метою захисту інших (дітей, слабкої сторони договору сурогатної матері). Прикладом у даній ситуації може бути випадок, коли українське законодавство фактично не може змусити замовників/замовника прийняти дитину в тому разі, якщо вони вирішили відмовитись від неї, тому, в першу чергу, страждають діти, які залишились без батьківського піклування. На думку Ю. В. Коренги, необхідно доповнити положення чинного сімейного законодавства, встановивши в низці його положень заборону щодо відмови генетичних батьків (батька або матері) від запису їх батьками дитини, народженої сурогатною матір'ю [8, с. 121]. В іншому випадку інтереси новонародженої дитини не будуть захищені належним чином, адже виникає ситуація, коли сурогатна мати готова передати дитину батькам-замовникам, а такі особи не бажають стати батьками. У результаті дитина залишається сиротою. Складається ситуація, за якої порушуються права дітей, гарантовані СК України: право на життя та виховання в сім'ї, право знати своїх батьків та інші необхідні дитині права.

Важливим залишається встановлення заборони щодо розірвання договору сурогатного материнства за ініціативою подружжя-замовників після настання вагітності сурогатної матері. На нашу думку, для захисту прав і законних інтересів дитини та сурогатної матері має існувати заборона щодо розірвання договору сурогатного материнства (як у випадку порушення, так і у випадку добросовісного виконання договору сурогатною матір'ю) за ініціативою подружжя-замовників після настання вагітності сурогатної матері. Без пропонованого обмеження подружжя опиниться менш зобов'язаною стороною, ніж сурогатна мати. Замовники не відчуватимуть відповідальності за виношування дитини. Вони повинні чітко уявляти наслідки своїх дій перед укладенням договору. Таке обмеження, на нашу думку, знизить ризик легковажного ставлення до укладення договору зі сторони замовників. Отже, в сімейному законодавстві залишається недостатньо розробленим законодавчий підхід до порядку встановлення обмежень особистих немайнових та майнових прав до суб'єктів сімейних правовідносин взагалі та сторін (учасників) договору сурогатного материнства зокрема.

Обмеження у вигляді обов'язків покладається на обидві сторони договору (як до сурогатної матері, так і до батьків-замовників) у вигляді сплати матеріальних збитків за невиконання (неналежне виконання) сторонами умов договору сурогатного материнства та сплати аліментів.

Обмеження, які мають місце у правових інститутах договірного права, встановлюються виключно актами чинного законодавства (Конституцією України, СК України та іншими законами). Обмеження прав сторін договору сурогатного материнства установлюються у вигляді заборон, обов'язків, які покладаються на особу та можуть існувати у вигляді правообмежувальних (правозастосовних) санкцій. Визначено низку обмежень, установлених законом, які застосовуються до фізичних осіб, що мають намір укласти договір сурогатного материнства. Заборонено законом бути сурогатною матір'ю жінці, яка не досягла двадцяти одного року, та жінці, що не має своїх здорових дітей. Одностатеві пари обмежені в праві бути стороною договору сурогатного материнства (батьками-замовниками), оскільки такі шлюбні союзи не визнаються сімейним законодавством України та суперечать моральним засадам суспільства. Жінки, які за всіма медичними показниками здатні самостійно народити дитину, не можуть вважатись стороною (замовником) у договорі сурогатного материнства. Таке обмеження існує тому, що право на реалізацію програм сурогатного материнства має жінка, не здатна до дітонародження.

Визначено перелік можливих обмежень прав, що мають установлюватись законом до (недобросовісних) сторін договору: заборона відмови замовника/замовників від новонародженої дитини (відмова від внесення актового запису батьками дитини батьків-замовників); розірвання договору сурогатного материнства генетичними батьками.

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. Мічурін Є. О. Обмеження майнових прав фізичних осіб (загальні положення): моногр. / Є. О. Мічурін. – Х.: Юрсвіт, 2007. – 220 с.

2. Гриняк А. Б. Цивільно-правовий договір як підстава виникнення права спільної власності фізичних осіб: моногр. / А. Б. Гриняк. – Тернопіль: Підручники і посібники, 2008. – 176 с.
3. Коренга Ю. В. Договір сурогатного материнства / Ю. В. Коренга // Бюлетень Міністерства юстиції України, 2012. – № 5 (травень). – С. 133–137.
4. Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності: навч. посіб. – 2-ге вид., перероб. і допов. // В. В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 576 с.
5. Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук / А. В. Луць. – Львів, 2001. – 166 с.
6. Айвар Л. К. Правовий захист сурогатного материнства / Л. К. Айвар // Адвокат. – 2006. – № 3. – С. 33.
7. Майданик Р. А. Репродуктивні права. Сурогатне материнство / Р. А. Майданик. – К.: Алетра, 2013. – 48 с.
8. Коренга Ю. В. Договір сурогатного материнства в сімейному праві України: дис. ... канд. юрид. наук / Ю. В. Коренга. – К., 2014. – С. 195.
9. *International Encyclopedia of Laws / Family and Succession law. Volume. 3.* Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1988. – P. 6.

*The article is devoted to the subject matter of the development, generation of the legal category of limitations of the rights of participants of family legal relationship beyond measure of studies of some branches of the law particularly and the science in whole.*

*В статті досліджуються обмеження, установлені законом, які забороняють фізичним особам укладати договір сурогатного материнства. Виявлено ряд порушень прав осіб (слабкої сторони договору сурогатного материнства), які існують через відсутність закріплення обмежень на законодавчому рівні.*

## ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ У МЕХАНІЗМІ ЗДІЙСНЕННЯ І ЗАХИСТУ СПАДКОВИХ ПРАВ

**Козловська Л. В.,**

кандидат юридичних наук, доцент,

науковий консультант Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ

*У статті розглядаються теоретичні питання цивільної правосуб'єктності, її співвідношення із правоздатністю, дієздатністю, суб'єктивними правами та обов'язками особи. Критично оцінюються підходи щодо визначення правосуб'єктності в якості особливих видів юридичних фактів і суб'єктивних спадкових прав як секундарних повноважень.*

**Ключові слова:** правосуб'єктність, правоздатність, дієздатність, суб'єктивне право, спадкування.

Питання цивільної правосуб'єктності розглядаються як дотичні характеристики методу правового регулювання цивільних правовідносин, характеризуючи галузеві особливості цивільного права. Правові явища, форми і категорії, зокрема цивільна правосуб'єктність, можуть розглядатися під різними кутами зору. Один із можливих аспектів вивчення цивільної правосуб'єктності – вивчення питання про її місце в механізмі цивільно-правового регулювання, про властиву їй юридичну природу [1, с. 189]. Різноманіття розуміння правосуб'єктності не вичерпується вже класичним співвідношенням правосуб'єктності, правоздатності та дієздатності. В науковій літературі правосуб'єктність розглядається як «суб'єктивне право загального типу» і одночасно як «соціально-правова можливість бути учасником цивільних правовідносин», як «особливе суб'єктивне право» і одночасно як «передумова конкретних правовідносин», як «суспільно-юридична властивість, яку норми права надають особам відповідно до потреб суспільного розвитку», як «ознака», необхідна для визнання суб'єкта учасником суспільних правовідносин, як вираження «визнання громадянина в якості суб'єкта правовідносин взагалі, кваліфікацію його в якості суб'єкта чи можливого суб'єкта конкретних суб'єктивних прав і обов'язків» [2, с. 359]. **Метою статті** є дослідження категорії правосуб'єктності як передумови виникнення спадкових правовідносин в механізмі їх правового регулювання.

У цивільно-правовій доктрині європейських країн також існують різні підходи до визначення поняття правосуб'єктності. В основному розглядається згадане співвідношення правосуб'єктності із правоздатністю та дієздатністю. Найбільш принципові відмінності традиційно виявляються між поглядами цивілістів Німеччини та Франції. В німецькій доктрині майже одноставно правосуб'єктність ототожнюється із правоздатністю [3, с. 84; 4, с. 6–7]. У французькій цивільно-правовій доктрині

правосуб'єктність розуміється як така, що складається із правоздатності та дієздатності одночасно. Французькі юристи розрізняють не стільки право- та дієздатність в межах одного стану, скільки окремі види самих станів. Налічуючи різну кількість станів: політичний та сімейний; приватний, фізичний; існування, ім'я, громадянство, сім'я, місце проживання, вони дотримуються одностайної думки, що *saracité* (стан) – це здатність як мати права та обов'язки, так і здійснювати їх [3, с. 84].

Французьким цивільним законодавством було запозичено римську правову традицію використання терміна *saracité*. *Saracité* (стан) та її види в римському праві характеризувались як різні ступені правоздатності. Право вчиняти заповіти та бути спадкоємцем за заповітом (спадкова правоздатність) – одна із основних складових римської правоздатності [4, с. 20; 5, с. 280]. Це історично підкреслює важливість спадкових прав у системі майнових прав фізичної особи, але не впливає на характеристику істотних рис здійснення та захисту спадкових прав у вітчизняному цивільному праві. Наявна в ЦК України концептуальна невизначеність спадкування як універсального правонаступництва в розумінні його як наступництва юридичної особистості померлого, що властива тому ж французькому праву, визначає здійснення і захист спадкових прав за загальними цивільно-правовими конструкціями.

Найбільш усталеним та традиційним є розуміння цивільної правосуб'єктності як здатності особи бути суб'єктом права. Саме таке розуміння співвідноситься із статтею 6 Всезагальної декларації прав людини, прийнятої Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року, відповідно до якої «кожна людина, де б вона не знаходилась, має право на визнання її правосуб'єктності».

У зв'язку з цим слід визнати обґрунтованою критику розуміння правосуб'єктності як сукупності, «єдності» правоздатності та дієздатності. Так, М. В. Андріанов, виходячи з того, що суб'єкт права та учасник правовідносин не рівнозначні поняття, зазначає, що індивідів, які б не були суб'єктами права, взагалі не існує, тобто правосуб'єктність або є, або її немає. Навіть якщо особа обмежена в правоздатності, дієздатності, суб'єкт права все ж залишається, а значить залишається і правосуб'єктність [2, с. 366–367]. Правоздатність та дієздатність залежать від динаміки законодавства, судових рішень, тому можна вести мову про обсяг цивільної правоздатності, дієздатності, а не про обсяг правосуб'єктності.

Низкою авторів взагалі заперечується необхідність існування та використання категорії «правосуб'єктність» в цивільному праві, основним чином, у зв'язку з тим, що цей термін не використовується цивільним законодавством [6, с. 97]. Натомість антропоцентрично спрямовані дослідження правосуб'єктності розглядають її як невід'ємну частину людської особистості. Наприклад, А. Є. Тарасова розглядає правосуб'єктність як правовий елемент особистості, об'єктивну реальність, природну, невідчужувану частину особистості, в закріпленні якої законодавством навіть немає потреби. Нормами об'єктивного права визначається зміст (структура) правосуб'єктності, яка закріплюється нормами ЦК України як правоздатність та дієздатність [7, с. 12–13]. На думку А. Є. Тарасової, з точки зору правової форми правосуб'єктність являє собою правовий стан особи, в якому особа перебуває від народження до кінця свого життя [7, с. 13–14].

Правосуб'єктність відмежовують від категорій «громадянство» і «правовий статус» [8, с. 4–5]. При співвідношенні правового статусу та правосуб'єктності деякі вчені розглядають правосуб'єктність як елемент правового статусу особи [9, с. 145–146]. Так, О. В. Міцкевич ототожнював права і обов'язки особи як зміст правосуб'єктності та правовий статус особи, розуміючи в якості прав і обов'язків не самі права і обов'язки, а лише можливість їх мати [10, с. 30].

Правовий статус, як неодноразово підкреслювалось в літературі, – це поняття, яке характеризує статус особи в публічних відносинах. Тому не слід об'єднувати поняття правосуб'єктності, правового статусу, громадянства. Також не беззастережно слід сприймати точку зору, що всі ці характеристики суб'єктів права можна розглядати як особливий вид юридичних фактів. Наприклад, А. Є. Тарасова вважає за доцільне застосувати системний підхід та визначити правосуб'єктність як правовий стан, включивши її в класифікацію юридичних фактів. При цьому автор в цьому самому абзаці заявляє, що значення правосуб'єктності як передумови виникнення прав та обов'язків беззаперечне [7, с. 13].

Юридичні факти та правосуб'єктність займають цілком особливе місце в механізмі правового регулювання (МПР) цивільних відносин. Різниця між цими поняттями, яку не можна проігнорувати, в тому, що визнання особи суб'єктом права, той юридичний стан, який існує як правосуб'єктні передумови правовідносин, ще не означає виникнення в неї конкретних суб'єктивних цивільних прав і обов'язків. Саме останні виникають на підставі юридичних фактів, які розглядаються як підстави виникнення, зміни чи припинення правовідносин.

Розглядаючи проблему правосуб'єктності та її вищенаведені наукові розуміння, М. В. Андріанов звертає увагу на розбіжність розуміння «статусу» як абстрактної правової категорії та реального учасника правовідносин. З точки зору об'єктивного права правосуб'єктність буде співвідноситися із нормою права, яка визначає той чи інший правовий статус (повноваження та обов'язки), а з точки зору права в суб'єктивному розумінні – з конкретною особою, яка володіє правовим статусом та бере участь у конкретному правовідношенні [2, с. 363]. Іншими словами, «статус» – це модельне уявлення про суб'єкта, яке знаходить своє відображення в нормах права, і саме в такій якості входить до МПР.

До МПР входить правосуб'єктність як особлива характеристика цивільно-правового стану особи, а не як юридичний стан, особливий вид юридичних фактів. Якщо визнати правосуб'єктність як юридичний факт, у вигляді юридичного стану, тим самим правосуб'єктність має отримати своє місце в МПР як підставу виникнення правовідносин, а не їх передумови разом із нормами об'єктивного права. Наприклад, здатність бути спадкоємцем розглядається як елемент правосуб'єктності (ст. 1222 ЦК України), проте підстави закликання до спадкування визначаються сукупністю юридичних фактів (заповіт, відкриття спадщини, прийняття спадщини).

Щодо теоретичних засад правосуб'єктності в цивілістичній літературі було висунуто дві основні концепції правоздатності, протилежні за своїм змістом: динамічна концепція правоздатності, запропонована і відстоювана М. М. Агарковим, та статична концепція правоздатності, що належить С. М. Братусю. Відповідно до динамічної концепції зміст правоздатності залежить від того, якими конкретними правами володіє правоздатна особа, перебуваючи у правовідносинах з іншими суб'єктами. Із зміною правовідносин, коли особа стає учасником інших правовідносин, змінюється зміст правоздатності [11, с. 287]. Очевидно, що М. М. Агарков розглядає правоздатність як природну властивість особи, належну їй безвідносно до волевиявлення держави. Саме правове становище особи, яке змінюється так чи інакше протягом певного часу на підставі різних юридичних фактів, серед яких найбільш значиме місце належить правочинам, визначає правоздатність особи.

Відповідно до статичної теорії зміст правоздатності залежить від її державного визнання, а не від відносин її носія з іншими особами. У відносинах з іншими особами формуються конкретні повноваження та обов'язки, зміст яких не залишається незмінним для кожної конкретної правосуб'єктної особи. Але правоздатність – це не конкретні права та обов'язки, зміст яких дійсно не залишається незмінним. Правоздатність – це абстрактна і всезагальна передумова володіння правами і обов'язками. Ця передумова не може диференціюватися при зіставленні одного суб'єкта з іншим, тим більше не може змінюватися для одного і того самого суб'єкта в різних конкретних суспільних відносинах. Вона належить всім та кожному, залишаючись рівною та незмінною як за обсягом, так і за змістом [12, с. 5–10].

Звертаючи увагу на соціальні переваги статичної концепції правоздатності перед динамічною, О. С. Іоффе вказав на недоліки та переваги кожної з них. Дискусійне питання, яке виникає при дослідженні вказаних концепцій, може бути сформульоване так: чи вичерпується зміст правовідношення суб'єктивними правами та обов'язками або ж до елементів правовідношення входить також специфічний стан юридичної зв'язаності, який означає право, не пов'язане кореспондуючим йому обов'язком. Це специфічне юридичне явище, яке займає як би проміжкове становище між правоздатністю та суб'єктивним правом, отримало назву секундарного права.

З точки зору динамічної та статичної концепції правоздатності, те що для М. М. Агаркова є секундарним правом, для С. М. Братуся – або елемент правоздатності, або ж звичайне суб'єктивне право. А оскільки правоздатність – це сумарно виражена здатність до правоволодіння, то будь-які її прояви не можуть бути нічим іншим, як суб'єктивними правами. Саме цей висновок О. С. Іоффе вважає помилковим, допускаючи існування юридично значущих дій, які проявляють правоздатність, але не втілюються в існуючі суб'єктивні права. Суб'єктивне право опирається на правоздатність як на свою необхідну загальну передумову, але безпосередньо виникає не із правоздатності, а із передбачених законом юридичних фактів. В більшості випадків правовідносини виникають не із одиничного юридичного факту, а із певної їх сукупності. Внаслідок цього саме утворення суб'єктивного права виливається в більш чи менш тривалий процес, роз'єднаний в часі на певні стадії, кожна з яких викликає свої особливі, хоча й далеко не завжди завершені юридичні наслідки. Тобто «... на одному полюсі знаходиться правоздатність як абстрактна здатність правоволодіння, а на іншому – суб'єктивне право як один із конкретних проявів правоздатності» [3, с. 289].

Звертаючи увагу на спільні риси «мати право» правоздатності та суб'єктивного права, О. С. Іоффе все ж таки констатує, що відповіді на запитання про їх відмінність ні динамічна, ні статична теорії правоздатності не дають. Сам же цивіліст визначив такі критерії розмежування правоздатності та суб'єктивного права: а) правоздатність – передумова правовідношення, а суб'єктивне право – один із необхідних його елементів; б) правоздатність втілює відношення його носія з державою, а суб'єктивне право – із зобов'язаною особою; в) правоздатність визначає міру дозволеної поведінки її володільця, а суб'єктивне право – також міру поведінки зобов'язаних осіб, якої має право вимагати уповноважена особа [3, с. 291]. Зазначимо лише, що суб'єктивне право, перетворюючись із абстрактної можливості на реальне повноваження, тобто набуваючи ознак суб'єктивного права, забезпечується обов'язком. В цьому розумінні міра можливої поведінки суб'єкта права дзеркально відображає міру необхідної поведінки суб'єкта обов'язку, проте остання все ж таки не входить до структури суб'єктивного права.

Названі О. С. Іоффе критерії, застосовані з позицій статичної теорії правоздатності, є цілком обґрунтованими, за одним уточненням. Всі характеристики правоздатності мають розглядатися виключно як абстрактна можливість. Якщо повноваження належить визначеній **особі** щодо реально існуючого **об'єкта**, йдеться вже про суб'єктивне право як елемент цивільного правовідношення в

правовому механізмі здійснення та захисту суб'єктивних цивільних, спадкових прав. Таким чином, правоздатність є елементом механізму правового регулювання цивільних, спадкових правовідносин, а суб'єктивні цивільні права та обов'язки, які належать конкретним суб'єктам, елементом правового механізму їх здійснення та захисту, який розуміється як фактичне здійснення та захист суб'єктивних спадкових прав, що відбувається у правореалізаційній та правозастосовній діяльності.

Отже, правосуб'єктність як абстрактна правова можливість є передумовою виникнення цивільних (спадкових) правовідносин та елементом механізму їх правового регулювання. В цьому випадку суб'єктивні права розглядаються виключно як елемент цивільного правовідношення, а його зміст розуміється як дозволена поведінка уповноваженої особи та можливість вимагати певної поведінки від зобов'язаних осіб.

Слід підтримати думку Б. М. Мезріна, що в гносеологічному плані щодо визначення правосуб'єктності найбільш обґрунтованим виглядає підхід О. О. Красавчикова, який вважає, що в механізмі правового регулювання слід розрізняти низку «взаємопов'язаних і взаємовизначаючих рівнів, на яких розташовується правова матерія за відповідними структурними групами». До «найвищого рівня» традиційно належить рівень правових норм, «середнього» – правосуб'єктність і «нижчого» – правовідносини. Розуміючи правовідносини як юридичну форму суспільних відносин, О. О. Красавчиков показав, що суспільні відносини, які розглядаються з точки зору механізму правового регулювання як джерело її змісту, та різні їх правові форми (зокрема цивільна правосуб'єктність) перебувають в стані відносної або статичної, або динамічної. Якщо спробувати об'єднати разом засоби, за допомогою яких здійснюється правове регулювання суспільних відносин певного виду, і виразити в єдиному цілому не лише їх динамічні, а й статичні стани, так само як і моменти (періоди) переходу одного стану в інший, можна отримати іншу, відмінну від традиційної структуру механізму правового регулювання. В такому розрізі вона показує три види елементів (динамічних, перехідних і статичних): правові наслідки, можливості їх настання, правові можливості суб'єктів. Цивільна правосуб'єктність належить до числа правових можливостей [1, с. 189]. Отже, на думку Б. М. Мезріна, правосуб'єктність належить до статичних елементів МПР.

Таким чином, визначення теоретичних засад характеристики правосуб'єктності фізичної особи набуває практичного значення для вирішення питання розмежування правосуб'єктності та суб'єктивних прав, які виникають, змінюються, припиняються та підлягають захисту в разі їх порушення. Спроби визначити спадкові правовідносини як секундарні права, або іншим чином позбавити їх значення суб'єктивних прав, не відповідають об'єктивному стану речей, який складається в практиці захисту суб'єктивних спадкових прав. За деякими винятками, такими як, наприклад, захист інтересів зачатого, але ще ненародженого спадкоємця (ч. 1 ст. 1222, ч. 2 ст. 1298 ЦК України), захист в спадковому праві здійснюється саме як захист суб'єктивних спадкових прав. Так само відбувається здійснення суб'єктивних спадкових прав, у першу чергу, права на спадкування. Це обумовлено значенням правосуб'єктності як передумови спадкових правовідносин в МПР та наявністю конкретних суб'єктивних прав особи у правовому механізмі їх здійснення та захисту.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Мезрин Б. Н. Место гражданской правосубъектности в механизме правового регулирования / Антология уральской цивилистики. 1925 – 1989: Сборник статей. – М.: «Статут», 2001. – 431 с.
2. Андрианов Н. В. Правосубъектность: резоны и ризомы. // Российский ежегодник теории права. № 1 2008 / Под ред. док. юрид. наук А. В. Полякова. – СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2009. – 872 с.
3. Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права» / О. С. Иоффе. – М.: «Статут», 2000 (777 с.) (Серия «Классика российской цивилистики»).
4. Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права: В 8-и т. Т. II. Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. – М.: Статут; Одесса: Центр исследования права им. Савиньи, 2012. – 573 с.
5. Покровский И. А. История римского права / И. А. Покровский. – СПб.: Издательско-торговый дом «Летний сад», 1998. – 560 с.
6. Корецкий В. И. Гражданское право и гражданские правоотношения в СССР / В. И. Корецкий. – Душанбе: Ирфон, 1967. – 128 с.
7. Тарасова А. Е. Правосубъектность граждан. Особенности правосубъектности несовершеннолетних, их проявления в гражданских правоотношениях / А. Е. Тарасова. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 320 с.
8. Кузнецова Л. Г., Шевченко Я. Н. Гражданско-правовое положение несовершеннолетних / Кузнецова Л. Г., Шевченко Я. Н. – М.: Юрид. лит., 1968. – 136 с.
9. Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве / С. С. Алексеев. – М.: «Юридическая литература», 1966. – 187 с.

10. Мицкевич А. В. Субъекты гражданского права / А. В. Мицкевич. – М.: Госюриздат, 1962. – 211 с.
11. Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву / Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву. – Т. 1. – М.: АО «ЦентрЮрИнфоР», 2002. – 490 с.
12. Братусь С. Н. Субъекты гражданского права / С. Н. Братусь. – М.: Госюриздат, 1950. – 367 с.

*The article provides consideration of theoretical issue of civil legal subjectivity, its correlation with legal ability, capability, subjective rights and duties of person. There is critical estimation of approaches concerning definition of legal subjectivity as peculiar types of legal facts and subjective inheritance rights as secondary authorities.*

*В статье рассматриваются теоретические вопросы гражданской правосубъектности, её соотношение с правоспособностью, дееспособностью, субъективными правами и обязанностями лица. Критически оцениваются подходы к определению правосубъектности в качестве отдельных видов юридических фактов и субъективных наследственных прав в качестве секундарных полномочий.*

## ПОНЯТТЯ ТА ХАРАКТЕРИСТИКА МЕХАНІЗМУ САМОРЕГУЛЮВАННЯ ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ВІДНОСИН

**Кочин В. В.,**

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

*У статті на основі аналізу теоретичних положень щодо механізму правового регулювання суспільних відносин сформоване поняття та надана характеристика механізму саморегулювання підприємницьких відносин.*

**Ключові слова:** підприємництво, саморегулювання, механізм правового регулювання.

Серед усієї багатоманітності суспільних відносин слід окремо виділити підприємницькі, тобто такі, які виникають у процесі здійснення підприємницької діяльності. Ця група відносин характеризується одночасним поєднанням приватних та публічних інтересів в силу реалізації приватної ініціативи, а також необхідності забезпечення економічної безпеки держави. Внаслідок цього право на підприємницьку діяльність, що суб'єктивно реалізується завдяки приватному інтересу, є першочерговим публічним інтересом функціонування економічної системи [4, с. 222–223]. При цьому підприємництво як соціальне явище регулюється не лише господарським та цивільним правом, а й адміністративним, кримінальним, податковим та іншими галузями, що забезпечує ефективний та всебічний вплив на суспільні відносини, які складаються в процесі досягнення економічних результатів з метою одержання прибутку.

Серед останніх кроків у реформуванні підприємництва необхідно назвати Указ Президента України «Про стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» № 5/2015 від 12.01.2015, яка має на меті відновлення макроекономічної стабільності та створення сприятливих умов для ведення господарської діяльності. До першочергових відноситься реформа дерегуляції та розвитку підприємництва, що передбачає ведення бізнесу, розвитку малого і середнього підприємництва, залучення інвестицій. Також передбачається скорочення кількості документів дозвільного характеру та видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, скасування регуляторних актів, які укладають ведення підприємницької діяльності тощо.

З огляду на це спостерігається тенденція зменшення публічно-правового впливу на підприємництво шляхом дерегуляції та «зменшення кількості точок дотику бізнесу та держави», що передбачено на перше півріччя 2015 року Планом заходів Державної регуляторної служби України з виконання Програми діяльності Кабінету Міністрів України та Коаліційної угоди від 13.01.2015.

Таким чином, маємо на меті визначити поняття саморегулювання підприємницьких відносин, як результат їх дерегуляції, а також встановити елементи механізму саморегулювання для забезпечення ринкового розвитку підприємництва.

В першу чергу, слід визначити коло суспільних відносин, які є підприємницькими та входять до предмета цивільного права. Серед останніх досліджень з цієї тематики виділяється дисертаційне дослідження В. М. Махінчука «Теоретичні засади приватноправового регулювання підприємницьких відносин в Україні» [7]. Автор пропонує визначати підприємницькі відносини як суспільні відносини, які виникають між суб'єктами підприємництва в ході укладення та виконання ними договорів про передання майна у власність, виконання робіт чи надання послуг та інших договорів, метою яких є отримання цими суб'єктами прибутку [7, с. 10]. Визначення підприємництва, на нашу думку, має бути

тісно пов'язаним з розумінням «підприємництва» як економічної та правової категорії, оскільки це економічне явище потребує відповідного правового регулювання.

Відповідно до поглядів економістів підприємництво є особливою формою економічної активності, що передбачає орієнтацію на досягнення комерційного успіху; інноваційний характер підприємницької діяльності; самостійний характер господарювання, укладення регулярних, а не одноразових угод (бізнес-операцій); перспективність, спрямування на подальший розвиток, розширення масштабів і сфери розповсюдження; залучення у господарську діяльність різних учасників підприємницької активності; свободу та самостійність суб'єктів у прийнятті рішень та здійсненні бізнесу; наявність фактора ризику; майнова відповідальність підприємця за результати господарювання [1, с. 11–12].

Названа економічна модель підприємництва відображена у ст. 42 ГК України як самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктом господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку. Така побудова поняття викликає необхідність досить слушного зауваження щодо необхідності господарсько-правового чи цивільно-правового регулювання відносин, які виникають у процесі підприємництва. Тим самим, детальніше розглянемо суб'єктну та об'єктну складові підприємницьких відносин.

Суб'єкт підприємницької діяльності в процесі господарювання вступає у відносини з іншими суб'єктами підприємницької діяльності, споживачами, суб'єктами владних повноважень. Відносини, які безпосередньо стосуються підприємницької діяльності, зокрема, де йдеться про реалізацію товарів чи послуг іншим підприємцям або споживачам (юридично рівними учасниками відносин), а також відносини, які виникають внаслідок реалізації суб'єктами владних повноважень політики у сфері господарювання (відносини влади і підпорядкування щодо регулювання економіки).

При здійсненні підприємницької діяльності виникають відносини, які безпосередньо не пов'язані зі здійсненням підприємницької діяльності. Йдеться про споживчі відносини, участь в яких здійснюється з метою задоволення особистих потреб. Їх особливістю є подвійна правова природа, оскільки з одного боку договору реалізуються підприємницькі інтереси, з іншого – споживчі. Внаслідок цього виникає умовна «нерівність» сторін договору, яка компенсується особливим захистом прав споживачів в межах відповідної державної політики (Закон України «Про захист прав споживачів»).

ГК України деталізує господарські відносини шляхом їх поділу на господарсько-виробничі, організаційно-господарські та внутрішньогосподарські (ч. 4 ст. 3). Однак, на наш погляд, всі ці відносини мають різні передумови їх виникнення, різний механізм та різні наслідки, які вони породжують. Вважаємо, що слід говорити про приватноправову та адміністративно-правову природу відносин, що безпосередньо виникають зі здійснення підприємницької діяльності. Таким чином, реалізуються дві мети регулювання: забезпечення свободи підприємництва, а також забезпечення вільного ринку та запобігання монополізації економіки [6, с. 8].

На підтвердження цієї позиції слід звернути увагу на об'єкт підприємницьких відносин, тобто на матеріальні і нематеріальні блага, з приводу яких суб'єкти вступають у правовідносини, здійснюють свої права і юридичні обов'язки. Вважаємо, що при визначенні об'єкта підприємницьких відносин слід виходити з підприємницької мети, тобто можливості суб'єкта після реалізації прав та обов'язків відносно цього об'єкта отримати прибуток та наступним розподілом між його учасниками.

Характерною ознакою підприємницьких відносин є особливий суб'єктний склад. У юридичній літературі при розгляді цієї проблематики звертається увага переважно на суб'єктів підприємницької діяльності (юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців). Беззаперечно, така позиція є слушною та обґрунтованою, однак при цьому слід уникати зміщення акцентів, які не сприяють функціонуванню механізму регулювання підприємницьких відносин. Участь у підприємницьких відносинах здійснюється на основі цивільної правосуб'єктності, тому слід уникати правового регулювання організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права нормами господарського законодавства [7, с. 175]. Дійсно, цивільним законодавством сформована теоретично вивірена система організаційно-правових форм юридичних осіб, які є суб'єктами підприємницької діяльності, однак не кожна юридична особа може бути учасником будь-яких підприємницьких відносин. Так, без відповідних статусних ознак юридична особа не може бути страховиком (ч. 1 ст. 984 ЦК України), кредитором (ч. 1 ст. 1054 ЦК України) або фактором (ч. 3 ст. 1079 ЦК України).

Окремо слід наголосити, що підставою для надання суб'єкту окремих статусних ознак є необхідність публічного регулювання окремих сфер економіки, що відповідає засадам правоздатності юридичної особи (ч. 3 ст. 91 ЦК України) чи права фізичної особи на здійснення підприємницької діяльності (ч. 2 ст. 50 ЦК України).

Встановивши основні елементи суспільних відносин, які складаються при здійсненні підприємницької діяльності, а саме: сфера регулювання, об'єкти та суб'єкти відносин, слід визначити порядок взаємодії цих явищ через механізм правового регулювання та скорегувати його щодо можливості саморегулювання. Відповідно до досліджень теоретиків права склад механізму правового регулювання утворюють:

правосвідомість, принципи права, юридичні норми, інтерпретаційні та індивідуальні правові акти, правові відносини, заходи юридичного примусу і юридичної відповідальності [3, с. 220].

Найвагомішим є фундаментальний принцип підприємницького права – свобода підприємницької діяльності, задекларований у ст. 42 Конституції України, ст. 43 ГК України та п. 4 ч. 1 ст. 3 ЦК України. Його розкриття здійснене у ст. 44 ГК України через можливості: вільного вибору підприємцем видів підприємницької діяльності; самостійного формування підприємцем програми діяльності, вибору постачальників і споживачів продукції, що виробляється, залучення матеріально-технічних, фінансових та інших видів ресурсів, використання яких не обмежено законом, встановлення цін на продукцію та послуги відповідно до закону; вільного найму підприємцем працівників; комерційного розрахунку та власного комерційного ризику; вільного розпорядження прибутком, що залишається у підприємця після сплати податків, зборів та інших платежів, передбачених законом; самостійного здійснення підприємцем зовнішньоекономічної діяльності, використання підприємцем належної йому частки валютної виручки на свій розсуд.

Таким чином, мета, предмет, методи та принципи правового регулювання є елементами, які необхідні для формування норми права як регулятора суспільних відносин. Нині право вже не розглядається виключно як сукупність норм, які встановлюються та санкціонуються державою (ототожнення права і закону), що дозволяє широко застосовувати в цивільному праві й інші джерела: договір, звичай, аналогію.

Названі регулятори формують об'єктивні правові відносини шляхом закріплення безпосередньої моделі відносин, а також встановлюють межі свободи та обмеження у частині реалізації цієї моделі суб'єктами права. Крім того, норма права відповідним чином формує правовий режим об'єкта відносин, встановлюючи особливості виникнення, здійснення та припинення прав відносно нього, а також особливості правового статусу учасника відносин, закріплюючи його правосуб'єктність, особливості набуття окремих статусних ознак, у тому числі закріплення юридичних фактів, які породжують ці відносини. В результаті взаємодії цих елементів здійснюється відповідне *правове регламентування суспільних відносин*.

Законодавча модель саморегулювання підприємницьких відносин передбачає визнання учасниками як регулятора актів саморегулювних організацій, внаслідок цього відбувається комплексне застосування норм права (закону та договору) як проміжна мета реалізації норм для забезпечення процесу саморегуляції. Засоби саморегулювання ґрунтуються у тому числі й на принципі свободи договору, закріпленого у законодавстві, що дозволяє учасникам відносин самостійно встановлювати норми, які вони визнають як обов'язкові.

На основі відповідної норми суб'єкт права має можливість вступити у конкретні права та обов'язки, передумовою яких буде передбачений законом юридичний факт. Стаючи учасниками відносин, суб'єкти права повинні відповідним чином сформулювати своє волевиявлення, тобто формалізувати свої дії, спрямовані на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків у формі відповідного правочину. Слід розуміти, що законодавчі конструкції відповідних правочинів пропонують суб'єктам права лише надійний рамковий устрій, який визначає зовнішні межі автономії, створює нормативні програми регулювання конфліктів, піддає оцінці індивідуальні інтереси щодо захисту та забезпечення, створює особливі захисні зони на користь окремих суб'єктів, наприклад споживачів (рамковий характер) [2, с. 18].

Внаслідок того, що норми цивільного права носять диспозитивний характер, учасникам відносинам надається можливість обрати модель своїх прав та обов'язків, за винятком окремих імперативних приписів з метою захисту суспільних інтересів. Однак навіть у випадках відходження від «імперативних» норм цивільного законодавства передбачені конструкції визнання правочинів дійсними.

Шлях дерегуляції підприємницьких відносин передбачає зменшення впливу на їх регулювання з боку суб'єктів владних повноважень, внаслідок чого виникає необхідність доктринального перегляду ст. 12 ГК України, а також потребує змін Закон України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» в частині зменшення кількості регуляторних органів. Так, основне «навантаження» на регулювання підприємницької діяльності та підприємницьких відносин має покладатися на саморегулювні організації, тобто на юридичних осіб приватного права, які створені як суспільно корисні непідприємницькі товариства та у відповідному законом порядку набули статусу саморегулювної організації (поіменована саморегулювна організація) або не потребують набуття статусу саморегулювних організацій, оскільки передбачені законом умови їх створення та діяльності визначають їх як регуляторів ринку (непоіменовані саморегулювні організації – біржі, торгово-промислові палати тощо).

На додаток слід зауважити про потребу належної розробки проблематики саморегулювних організацій як особливого інституційного засобу саморегулювання підприємницьких відносин. У межах цих організацій, на нашу думку, формується відповідна модель «правосвідомості» суб'єкта підприємницької діяльності шляхом використання кодексів професійної та ділової етики.

Структура механізму правового регулювання передбачає відповідну послідовність підключення юридичних засобів у тій чи іншій черговості обов'язкових та факультативних стадій [3, с. 220]. Для «запуску» механізму саморегулювання відносин необхідно регламентувати коло суспільних відносин, які можуть бути піддані саморегулюванню. Вважаємо, що це здійснюється двома шляхами: а) встановлення законодавчих моделей саморегулювання; б) встановлення саморегулювними організаціями норм.

Після встановлення підґрунтя для саморегулювання визначається правовий статус учасників підприємницьких відносин, зокрема, окреслюються межі підприємницької діяльності шляхом надання можливості брати участь у конкретних відносинах.

Саморегулювання підприємницьких відносин у загальних рисах здійснюється так: юридично рівні учасники або учасник на основі акта цивільного законодавства (законодавчої моделі правового регулювання суспільних відносин) здійснюють дії для встановлення, зміни чи припинення відносин; ці відносини можуть повністю регулюватися актом цивільного законодавства або на основі принципу свободи договору бути вираженими у договорі як регулятори відносин (з урахуванням вимог законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості). Ця модель відносин регулюватиметься відповідним правочином у належній мірі саморегулювання, яка також підсилюється державним забезпеченням, яке надає особі право захисту прав та інтересів судом як щодо підтвердження правомірності моделі (наприклад, визнання права), так і щодо визнання її неправомірною (наприклад, визнання правочину недійсним). Таким чином, відбувається *здійснення прав та виконання обов'язків учасниками правових відносин*.

Здійснення прав учасниками правових відносин передбачає можливість реалізації правомочностей щодо власних дій (право на власні дії), звернення з вимогою про виконання обов'язків іншими учасниками (право на чужі дії), а також можливість захисту своїх прав та інтересів (право на захист). При цьому за належного здійснення своїх прав та виконання обов'язків учасниками конкретних відносин їх зміст вичерпується при настанні відповідного юридичного факту, названого у сучасній юридичній літературі правоприпиняючим [5, с. 310].

Однак при порушенні прав та інтересів учасника правових відносин він має право, використовуючи передбачені законом способи, звернутися до суду за захистом. Внаслідок цього необхідно говорити про існування механізму захисту суб'єктивних прав та інтересів. Акцентуючи увагу на саморегулюванні підприємницьких відносин, необхідно зауважити про можливість самозахисту прав у підприємницькій діяльності, а також альтернативних способів захисту, таких як арбітраж або звернення до саморегулювної організації.

Наслідком реалізації механізму захисту прав та інтересів учасників підприємницьких відносин є відповідальність, яка, у свою чергу, має також специфічний механізм правового регулювання, що передбачає наявність таких елементів як протиправність діяння, шкоди, вини та причинно-наслідкового зв'язку між діями та заподіяною шкодою. Цивільно-правова відповідальність розглядається як інститут, якому притаманні такі функції, як регулятивна, охоронна, превентивна та компенсаційна, що забезпечує відновлення порушеного права або компенсацію завданої шкоди, тобто стабілізує правові відносини.

Підбиваючи загальний підсумок, слід погодитися з В. Л. Яроцьким, який визначає механізм правового регулювання як певний алгоритм, тобто послідовність певних дій, за допомогою якого можна розв'язати певну задачу та який характеризується наявністю особливого юридичного режиму використання способів правового регулювання [8, с. 16–17, 20].

З огляду на це механізм саморегулювання підприємницьких відносин слід розглядати як законодавчо визначена послідовність елементів, яка доповнюється приватною ініціативою суб'єктів цих відносин, що виражається у їх правомірних діях, спрямованих на встановлення, зміну чи припинення прав та обов'язків, безпосередньо пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності в межах, наданих законом або іншим засобом регулювання. Цей механізм характеризується такою послідовністю елементів: правове регламентування відносин (формування моделі відносин) та здійснення прав та обов'язків (механізм реалізації норм права, механізм захисту суб'єктивних прав та інтересів, механізм правової відповідальності).

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. *Виноградська А. М.* Основи підприємництва: навчальний посібник. Друге видання, перероб. і допов. – К.: Кондор, 2007. – 544 с.
2. *Договір як універсальна правова конструкція: монографія / А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін.; за ред. А. П. Гетьмана, В. І. Борисової.* – Х.: Право, 2012. – 432 с.
3. *Загальна теорія держави і права: [Текст] [Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; За ред. док. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України М. В. Цвіка, док. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України О. В. Петришина.* – Харків: Право, 2011. – 584 с.

4. Конституція України: науково-практичний коментар [Текст] / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін.; Ред. кол. В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошевий та ін. – Харків: Видавництво «Право»; К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003, – 808 с.

5. Коструба А. В. Юридичні факти в механізмі правопримирення цивільних відносин: монографія / А. В. Коструба. – К.: Ін Юре, 2004. – 376 с.

6. Крупчан О. Д. Приватноправові та публічно-правові засади регулювання підприємницьких відносин // Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 12, 2013 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України, 2013. – С. 5–8.

7. Махінчук В. М. Теоретичні засади приватноправового регулювання підприємницьких відносин в Україні: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03 / В. М. Махінчук. – К., 2005. – 491 с.

8. Яроцький В. Л. Загальна характеристика механізму цивільно-правового регулювання / В. Л. Яроцький // Актуальні проблеми приватного права: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 93-й річниці з дня народж. док. юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В. П. Маслова (Харків, 27 лютого 2015 р.). – Х.: Право, 2015 – С. 16–20.

*In the article according to the basis of theoretical analysis of the procedures for legal regulation of social relations formed concept and characteristics of mechanisms of self-regulation entrepreneurial relations.*

*В статті на основі аналізу теоретических положень о механізмі правового регулювання общественных отношений сформировано поняття и дана характеристика механизма саморегулирования предпринимательских отношений.*

## ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ОРГАНОМ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ АБО ОРГАНОМ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ НА ПІДСТАВІ ПОЛОЖЕНЬ СТ. 1173 ЦК УКРАЇНИ

**Первомайський О. О.,**

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

*Статтю присвячено дослідженню відносин з відшкодування шкоди, завданої органом державної влади або органом місцевого самоврядування. Аналізуються проблеми застосування норми статті 1173 Цивільного кодексу України при здійсненні правової кваліфікації. Аргументовано потребу в розмежуванні різних спеціальних деліктів.*

**Ключові слова:** відшкодування шкоди, суб'єкти публічного права, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, спеціальний делікт.

Згідно з положеннями ст. 1173 ЦК України шкода, завдана фізичній чи юридичній особі незаконними рішеннями, дією чи бездіяльністю органу державної влади, органу влади АР Крим або органу місцевого самоврядування при здійсненні ними своїх повноважень, відшкодовується державою, АР Крим або органом місцевого самоврядування незалежно від вини цих органів.

Тлумачення та подальше застосування коментованої статті має здійснюватись в контексті не лише інших положень ЦК, а й ряду конституційних приписів. Йдеться, зокрема, про такі положення Основного закону України як:

- відповідальність держави перед людиною (ст. 3);
- обов'язок держави забезпечити захист прав усіх суб'єктів права власності та господарювання (ст. 13);
- право кожного на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень (ст. 56);
- обов'язок держави у разі скасування вироку суду як неправосудного з відшкодування матеріальної і моральної шкоди, завданої безпідставним засудженням (ст. 62);
- обов'язок держави з відшкодування матеріальної чи моральної шкоди, завданої фізичним або юридичним особам актами і діями, що визнані неконституційними (ст. 152).

Звертаючись до проблематики врегулювання деліктних відносин з участю держави Україна, Конституційний Суд України в рішенні від 30.05.2001 р. у справі №1-22/2001 за конституційним зверненням ВАТ «Всеукраїнський Акціонерний Банк» зазначив, зокрема, таке: «...Конституція

України закріпила принцип відповідальності держави перед людиною за свою діяльність, який проявляється передусім у конституційному визначенні обов'язків держави (ст. 3, 16, 22). Така відповідальність не зводиться лише до політичної чи моральної відповідальності публічної влади перед суспільством, а має певні ознаки юридичної відповідальності держави та її органів за невиконання чи неналежне виконання своїх обов'язків». І далі: «... ст. 152 Конституції України зобов'язує державу відшкодовувати матеріальну чи моральну шкоду, завдану фізичним або юридичним особам актами і діями, що визнані неконституційними. Відшкодовується також державою завдана безпідставним осудженням шкода у разі скасування вироку суду як неправосудного (ст. 62 Конституції України)» [1].

Слід також згадати відому Постанову Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 01.11.1996 р. № 9, в п. 16 якої вищий судовий орган України звертає увагу на те, що суди повинні суворо дотримуватися передбаченого ст. 56 Конституції України права особи на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, заподіяної незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень [2].

Для розуміння сутності норми, що закріплена ст. 1173 ЦК, слід враховувати, що відносини, які регулюються нормами гл. 82 ЦК, переважно є так званими *деліктними зобов'язаннями* (зобов'язальними відносинами) й прямо пов'язані з таким видом цивільно-правової відповідальності як деліктна відповідальність [3, с. 186–197]. А отже, застосування положень коментованої норми в абсолютній більшості випадків пов'язано з притягненням держави Україна та інших суб'єктів публічного права до цивільно-правової відповідальності, а дана проблематика вже неодноразово була об'єктом та предметом науково-практичних досліджень [4; 5; 6].

Власне, сенс закріплення в ст. 1173 ЦК процитованої на початку цієї статті норми обумовлений тим, що вона закріплює так званий спеціальний делікт, тобто вказує на спеціальні умови притягнення суб'єктів публічного права до цивільно-правової відповідальності, що мають відмінності від умов генерального делікту (ст. 1166 та 1167 ЦК). Водночас на відміну від, наприклад, положень ч. 2 ст. 1167 ЦК, в яких вказується на такі фактичні обставини, як каліцтво внаслідок дії джерела підвищеної небезпеки чи незаконне засудження, коментована норма є більш загальною й передбачає відшкодування як майнової, так і моральної шкоди, причиною якої є незаконні рішення, дія чи бездіяльність органу державної влади або органу місцевого самоврядування.

У фаховій літературі висловлюються думки про те, що відшкодування шкоди державою за незаконні дії органів влади чи їх посадових осіб не належить до інституту відповідальності у цивільному праві, а є лише реалізацією засобів захисту в цивільному праві, оскільки вина посадової особи державного органу не є умовою виникнення відповідного зобов'язання [7, с. 5]. Ще категоричнішою є позиція Б. С. Полякова, на переконання якого в подібних випадках йдеться не про традиційне цивільно-правове відшкодування завданої шкоди, а про виплату державою відшкодування як певної соціальної допомоги постраждалому, а сама виплата здійснюється за рахунок коштів, що були зібрані, й за рахунок самого постраждалого шляхом сплати останнім податків та зборів [8].

Визнаючи певну обгрунтованість зазначених вище суджень, вважаємо найбільш виваженою думку, яка визначає все ж приватноправову природу обов'язку держави та інших суб'єктів публічного права з відшкодування завданої ними майнової чи моральної шкоди [9, с. 8].

З огляду на наведене можна стверджувати, що право учасників суспільних відносин на відшкодування завданої їм державою чи іншими суб'єктами публічного права майнової та моральної шкоди є засадничим та має бути забезпечено можливістю його здійснення на розсуд володільця цього права у разі наявності для цього всіх фактичних та юридичних передумов.

В тексті ст. 1173 ЦК України відсутня пряма вказівка на те, що її дія поширюється *винятково* на відносини, що виникли у зв'язку із завданням шкоди *при здійсненні владних повноважень* (владної діяльності, компетенції і т. п.). Проте такий умовивід може бути сформульований в результаті контекстного тлумачення положень гл. 82 ЦК. Тобто у випадку, коли майнова або моральна шкода завдана органом державної влади або органом місцевого самоврядування не «...при здійсненні ними своїх повноважень» (цитуючи ст. 1173), то можна стверджувати, що відшкодування такої шкоди має здійснюватися в загальному порядку.

У цілому ж можна стверджувати, що регулятивна дія ст. 1173 ЦК поширюється на відносини, що виникли у зв'язку з завданням шкоди незаконними *рішеннями, діями чи бездіяльністю* органу державної влади або органу місцевого самоврядування. Ще низка статей ЦК України містить інші норми, що вказують на самостійні спеціальні делікти, пов'язані з притягненням суб'єктів публічного права до цивільно-правової відповідальності. Наприклад, ст. 1175 ЦК передбачає відшкодування шкоди, завданої органом державної влади або органом місцевого самоврядування у сфері нормотворчої діяльності.

З урахуванням цього є потреба в проведенні чіткої правової кваліфікації при дослідженні сутності відносин з завдання шкоди та посилення на ту статтю ЦК України, що безпосередньо врегульовує відповідні відносини. Нагальність такої потреби доволі наочно проглядається в зіставленні гіпотез, з одного боку, норми, що міститься в ст. 1173 ЦК, а з іншого – норм ст. 1170, 1174–1176 ЦК в контексті тлумачення поняття *рішення*, оскільки під останнім згідно з текстами згаданих статей може розумітися як певний *закон* (ст. 1170), *нормативно-правовий акт* (ст. 1175), так і, власне, *рішення*, що також згадуються в ст. 1174, 1176 ЦК України.

Розмежування регулятивної дії цих норм має провадитися за додатковими ознаками. Так, ст. 1170 ЦК, безперечно, є спеціальною нормою, що слугує захисту права власності, а тому її застосування в конкуренції зі ст. 1173 ЦК України має ґрунтуватися на положенні про порядок застосування загальної та спеціальної норм. Аналогічний підхід може бути застосований й щодо випадків розмежування дії ст. 1173 ЦК, з одного боку, та ст. 1175, 1176 ЦК України – з іншого, оскільки останні є спеціальними нормами.

Дещо інша ситуація склалася щодо розмежування випадків застосування ст. 1173 та 1174 ЦК, оскільки, на наше переконання, в цій ситуації в чинному ЦК має місце доволі дискусійний підхід з поділу одного за своєю сутністю спеціального делікту на два легально визначених види за критерієм суб'єкта. В ст. 1173 ЦК таким суб'єктом є орган державної влади або орган місцевого самоврядування, в той же час як в ст. 1174 ЦК України – посадові або службові особи цих самих органів. Повторимося, такий підхід законодавця є спірним та дискусійним, однак наявність двох окремих статей ЦК слід враховувати в практичній діяльності.

Тлумачення поняття *рішення*, що згадується в ст. 1173 ЦК, слід здійснювати в системному зв'язку з іншими нормами ЦК, що містяться, зокрема, по-перше, в ст. 4, 16, 21, 648 ЦК України, по-друге, в ст. 1175 ЦК. В результаті цього під рішенням органу державної влади або органу місцевого самоврядування в межах коментованої норми слід розуміти *правовий акт індивідуальної дії*. У разі ж, коли шкода буде завдана прийняттям незаконного рішення, що є нормативно-правовим актом, тобто в результаті нормотворчої діяльності, то має застосовуватися ст. 1175 ЦК України.

Аналогічним чином, тобто з урахуванням загального уявлення про зміст та сутність понять *дія* та *бездіяльність* органу державної влади або органу місцевого самоврядування, що сформоване на підставі системного тлумачення норм ЦК, мають інтерпретуватися та застосовуватися ці поняття в аспекті ст. 1173 ЦК України.

В ст. 1173 ЦК є вказівка на прикметник «*незаконні*», що стосується як *рішень* органу державної влади або органу місцевого самоврядування, так і їх *дій* та *бездіяльності*. При цьому зацентруємо увагу на необхідності розрізнення поняття *незаконності* рішення (правового акта) від його *недійсності*, *нікчемності*, *нечинності* тощо.

Основою для розуміння поняття *незаконності* рішення органу державної влади або органу місцевого самоврядування є положення п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК, в якому вказується на відповідний спосіб захисту. Водночас слід констатувати певну суперечливість згаданого положення ст. 16 та норм, що містяться в ст. 21 ЦК України, зокрема, в потребі визнання рішення (правового акта) не лише *незаконним*, а й його *скасування*, що передбачають положення ст. 21, ст. 1175.

В результаті системного тлумачення норм ст. 16, 21, 1173, 1175 висловимо думку, що в якості передумови відшкодування шкоди, завданої рішенням, дією чи бездіяльністю органу державної влади або органу місцевого самоврядування, *рішення* має бути визнано як *незаконним*, так і *скасованим*, в той час як *дії* чи *бездіяльність* цих самих органів визнані лише *незаконними*.

В статтях 1166 та 1167 гл. 82 ЦК України вказується на два види шкоди, що може бути завдана та, відповідно, в подальшому відшкодована: *майнова* та *моральна*. Однак в більшості статей гл. 82, у тому числі ст. 1173 ЦК, вказується на те, що відшкодовуватися має *шкода* без врахування можливого її поділу на види.

Подібне твердження ґрунтується не лише на тій обставині, що текст коментованої статті не містить вказівок на окремий вид шкоди, а також на положенні ст. 56 Конституції України, згідно з якою: *кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень*.

Крім того, як й більшість інших спеціальних деліктів, що стосуються відповідальності суб'єктів публічного права, норма ст. 1173 ЦК України передбачає ігнорування факту наявності або відсутності вини органів державної влади та органів місцевого самоврядування для покладення на державу Україна чи відповідну територіальну громаду обов'язку з відшкодування шкоди.

Щодо останнього твердження, а саме, стосовно покладення обов'язку з відшкодування шкоди на державу Україна чи відповідну територіальну громаду, слід констатувати певну особливість текстуального

викладу ст. 1173, в якій про таких суб'єктів відповідальності як держава Україна чи територіальна громада не згадується.

В цьому сенсі доволі доречно згадати також про положення гл. 11 ЦК України, де з використанням цивілістичних уявлень про розмежування відповідальності засновника певного штучного утворення та самого цього утворення, що має статут юридичної особи, таким же чином послідовно розмежовується відповідальність держави та створених нею юридичних осіб. Внаслідок цього, якщо шкода завдається юридичною особою, що створена державою, а значна кількість органів державної влади й є такими юридичними особами, то суб'єктом цивільно-правової відповідальності має бути саме ця особа. В свою чергу, держава Україна може долучатися до відшкодування завданої її органами шкоди в порядку, встановленому законом. Стосовно останнього слід згадати, що у фаховій літературі висловлена думка про те, що держава у встановлених законом випадках має бути визнана субсидіарним боржником (відповідачем) [10, с. 369].

Однак в ЦК відсутня вказівка на те, що держава Україна чи відповідна територіальна громада є саме субсидіарними боржниками щодо боргів створених ними юридичних осіб. Звісно, можливість такої, тобто субсидіарної відповідальності для держави Україна чи відповідної територіальної громади на підставах, визначених певним договором чи прийнятим в подальшому законом, не виключається, однак чинний ЦК такого механізму цивільно-правової відповідальності держави Україна, територіальних громад, з одного боку, та їх органів – з іншого, не встановлює.

Тому, незважаючи на текстуальні недоліки ст. 1173 ЦК, слід визнати, що суб'єктом цивільно-правової відповідальності за завдання шкоди, при чому основним, а не субсидіарним, є в будь-якому випадку або держава Україна, або відповідна територіальна громада, оскільки саме за рахунок державного або комунального майна, у тому числі відповідних бюджетних коштів, й буде здійснено потерпілому відшкодування завданої шкоди.

Звісно, стовно відносин з відшкодування шкоди, завданої органами державної влади, доречним буде згадати й про Закон України «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень», згідно зі ст. 2 якого держава гарантує виконання рішення суду про стягнення коштів щодо таких боржників, як *державний орган та державні підприємство, установа, організація*. Тобто зазначеним законом фактично передбачено спеціальний публічно-правовий механізм притягнення до цивільно-правової відповідальності саме держави Україна, оскільки виплата відшкодування завданої шкоди в подібних випадках буде здійснена з державного бюджету, тобто за *рахунок* держави як це й передбачає ст. 56 Конституції України. Однак не слід ототожнювати це публічно-правове явище з цивільно-правовим поняттям субсидіарного боржника, яким держава Україна згідно зі згаданим законом не являється.

В аспекті цього ж закону, який визначає доволі вузьке коло суб'єктів-боржників, виконання рішення щодо яких гарантує держава, слід вказати на те, що можливим в перспективі є розширення цього кола. Тобто залучення держави України до відшкодування шкоди, у тому числі шляхом покладання на державу Україна цивільно-правової відповідальності в межах деліктних відносин у формі відшкодування завданої шкоди не лише за дії (бездіяльність) та рішення органів державної влади та державних підприємств, а й інших суб'єктів.

Твердження про подібну перспективу ґрунтується на дискусійному судженні про необхідність встановлення в чинному законодавстві положення, згідного з яким держава чи відповідна територіальна громада будуть відповідати за особу, яка хоча й не є органом державної влади або органом місцевого самоврядування, однак здійснювала при завданні шкоди (при прийнятті рішень чи діях) або, відповідно, не здійснювала (при бездіяльності) їх повноваження. Саму можливість існування таких осіб, до речі, надає гл. 10 ЦК, що вказує на органи та *представників*, через яких діють держава, АР Крим чи територіальні громади.

При цьому йдеться про випадки, коли передання повноважень було законним, однак прийняття таким суб'єктом рішення, його дії чи бездіяльність мали ознаку незаконності.

Наприклад, рішення приватного нотаріуса, якому держава фактично делегувала повноваження зі здійснення певної публічної функції, потенційно можуть завдати шкоди. Водночас відомо, що відшкодування такої шкоди за чинним національним законодавством покладається на самого нотаріуса, а не державу Україна, яка до процесу відшкодування завданої в подібних випадках шкоди не має жодного стосунку, хоча повторимося, нотаріус здійснює певну публічну функцію, а сам допуск до професії та контроль за її здійсненням здійснює держава в особі Міністерства юстиції України.

З урахуванням наведеного вважаємо, що цілком можливо розпочати дискусію щодо зміни концептуальних підходів в розумінні відповідального суб'єкта в подібних випадках, тим більше, що коло подібних суб'єктів, тобто осіб, які в порядку делегування владних повноважень були наділені останніми, можливо вже в найближчому майбутньому розшириться за рахунок приватних виконавців тощо.

Підсумовуючи проведені дослідження, слід зазначити, що саме держава Україна та територіальні громади сіл, селищ та міст є основними суб'єктами цивільно-правової відповідальності за шкоду, що завдана їхніми органами. При цьому чинний ЦК України містить кілька самостійних норм, які

вказують на окремі делікти, наслідком яких є завдання шкоди, а тому при застосуванні цих норм слід чітко та безпомилково здійснювати правову кваліфікацію фактичних обставин справи.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Рішення Конституційного Суду України «У справі за конституційним зверненням відкритого акціонерного товариства «Всеукраїнський Акціонерний Банк» щодо офіційного тлумачення положень п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України, ч. 1, 3 ст. 2, ч. 1 ст. 38 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про відповідальність юридичних осіб) від 30 травня 2001 року // Офіційний сайт Конституційного Суду України. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9395>. – Заголовок з екрану.
2. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 01.11.1996 р. № 9 // Офіційний сайт Верховного Суду України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96>. – Заголовок з екрану.
3. Отрадна О.О. Проблеми вдосконалення механізму цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань: монографія [Текст] / О. О. Отрадна. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – 328 с.
4. Косак В. М. Проблеми цивільно-правової відповідальності держави // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвєєвські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Київ, 16 вересня 2010 року. – К.: КНТ, 2011. – С. 38–43.
5. Первомайський О.О. Засади цивільно-правової відповідальності суб'єктів публічного права [Текст] / О. О. Первомайський // Відповідальність у приватному праві: монографія / [І. Безклубий, Н. Кузнєцова, Р. Майданик та ін.]; за заг. ред. І. Безклубого. – К.: Грамота, 2014. – С. 275–283.
6. Ткач І. В. Держава Україна як суб'єкт недоговірних зобов'язань: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / І. В. Ткач; НДІ приватного права і підприємництва імені акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України. – К., 2014. – 20 с.
7. Жила О. В. Відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю службових осіб органів державної податкової служби України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 [Текст] / О. В. Жила; Одес. нац. юрид. акад. – О., 2009. – 20 с.
8. Поляков С. Б. Частноправовая ответственность органов и должностных лиц государства // Ленинградский юридический журнал, 2008. – № 3. – С. 94–97.
9. Хоменко М. М. Відшкодування шкоди, завданої органами державної влади, їх посадовими та (або) службовими особами: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / М. М. Хоменко; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2013. – 20 с.
10. Білоусов Ю. В., Іванов С. О. Участь органів державної влади у цивільних відносинах: монографія. – Харків: Харків юридичний, 2012. – 484 с.

*The article explores the relationship concerning indemnification caused by a governmental authorities or local government. Analyzes the problems of application of the provision of article 1173 of the Civil Code of Ukraine in the implementation of legal qualifications. Argued the need for distinguishing between different special delicts.*

*Статья посвящена исследованию отношений по возмещению вреда, причиненного органом государственной власти или органом местного самоуправления. Анализируются проблемы применения нормы статьи 1173 Гражданского кодекса Украины при осуществлении правовой квалификации. Аргументировано потребность в разграничении различных специальных деликтов.*

### ВІДНОВЛЕННЯ ВТРАЧЕНОГО СУДОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ У ЦИВІЛЬНИХ, ГОСПОДАРСЬКИХ ТА АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВАХ

**Резнік Г. О.,**

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

*У статті розглядається порядок і особливості відновлення втраченого судового провадження у цивільних, господарських та адміністративних справах.*

**Ключові слова:** втрачене провадження, відновлення втраченого провадження.

Під втратою судового провадження слід розуміти втрату заведеної судом цивільної справи, якій присвоєно певний порядковий номер та заведено статистичну картку та в якій має місце відображення

всього ходу цивільного процесу, всі процесуальні акти, які супроводжували такий процес, включаючи ухвалені рішення чи ухвалу суду, тобто коли відсутні відомості про відкриття провадження та подальший рух справи на всіх стадіях цивільного процесу [6]. Відтак процедура відновлення втраченого судового провадження полягає у встановленні юридичних фактів – винесення судом рішення або ухвали про припинення провадження у справі. І рішення, і визначення судів про припинення провадження у справі є юридичними фактами, які, як правило, в сукупності з іншими юридичними фактами мають як матеріально, так і процесуально-правові наслідки [1, с. 394].

Втрата судового провадження може статися внаслідок об'єктивних причин (пожежа, стихійне лихо тощо), а також суб'єктивних причин – недбалості або навмисних дій працівників суду чи інших осіб (наприклад, крадіжки, підпалу, пошкодження). Хоча причиною втрати провадження можуть бути і правомірні дії працівників суду, зокрема утилізація (знищення) цивільної справи у зв'язку з закінченням строку її зберігання [4, с. 845]. Відновити втрачене судово провадження можна лише в судовому порядку.

Разом із тим справи щодо відновлення втраченого судового провадження, спрямовані на судовий захист процесуальних прав осіб, які (права) пов'язані з втратою судового провадження, становлять окрему самостійну категорію справ, що розглядаються судами загальної юрисдикції. Цей різновид цивільного судочинства має низку особливостей, що відрізняють його від розгляду справ позовного, наказного й окремого провадження. Разом із тим деякі ознаки окремого провадження – безспірність вимоги, наявність у справі заявника – притаманні і справам з відновлення втраченого судового провадження [7].

У літературі справедливо зазначається, що, перш за все, цей вид провадження має властивий лише йому предмет судового захисту, а саме – охоронювані законом процесуальні інтереси осіб, які беруть участь у справі, щодо поновлення втраченого судового провадження. Тобто в цій категорії справ захищаються в суді не порушені матеріальні суб'єктивні права, свободи чи інтереси, а захищаються процесуальні права, пов'язані з втратою судового провадження. Порядок відновлення втраченого судового провадження не має характерних ознак позовного провадження. Відновлення втраченого судового провадження в цивільній справі можливе в разі закінчення цивільної справи ухваленням рішення або в якій провадження закрито, тобто метою цього провадження є відтворення в документах судового провадження [9, с. 90].

Останнім часом дослідженню проблем, пов'язаних з особливостями відновлення втраченого судового провадження у цивільних, господарських та адміністративних справах, приділяється значна увага. Серед авторів, які вивчають вказану проблематику, слід відмітити В. Б. Авер'янова, С. С. Бичкову, В. І. Бобрика, Я. П. Зейкана, О. Н. Панченко, О. М. Пасенюка, О. М. Шиманович, О. О. Штефан, С. Я. Фурсу та ін. Більшість із зазначених наукових досліджень стосувалось особливостей відновлення втраченого провадження окремо у цивільних, господарських та адміністративних справах, а порівняльна характеристика особливостей порядку відновлення втраченого провадження в зазначених процесах, їх спільні та відмінні риси не стали самостійним комплексним науковим дослідженням, саме тому окреслена проблематика потребує додаткового вивчення.

Розглядаючи порядок відновлення втраченого судового провадження в контексті даної статті, необхідно зазначити, що така процедура передбачена лише в цивільному та адміністративному судочинстві. Порівняльний аналіз положень ЦПК України та КАС України щодо порядку відновлення втраченого судового провадження дає підстави стверджувати, що ця процедура в цих видах провадження ідентична.

У ГПК України немає норм, які б регулювали порядок відновлення судового провадження. Тому господарські суди, у разі виникнення необхідності відновлення втраченого провадження, здійснюють таке провадження за аналогією закону, керуючись відповідними статтями ЦПК України.

Так, після надходження до Господарського суду Автономної Республіки Крим заяви державного реєстратора виконавчого комітету Сімферопольської міської ради про зазначення у рішенні Господарського суду Автономної Республіки Крим від 18.11.2004 р. у справі № 2-10/15471-2004 щодо припинення АТВТ «Кримтракторосервіс» належного коду ЄДРПОУ зазначений господарський суд, встановивши, що справа № 2-10/15471-2004, в якій було винесене відповідне рішення, була знищена за закінченням терміну зберігання і заяву державного реєстратора неможливо розглянути без відновлення судового провадження, посилаючись на відсутність у ГПК України норми, яка регулює порядок відновлення судового провадження, за принципом аналогії закону, за власною ініціативою, з урахуванням норм ст. 408 ЦПК України, на підставі зібраних і перевічених матеріалів, ухвалив рішення про відновлення втраченого провадження в частині, яка необхідна була для розгляду питання щодо виправлення помилки (описки) в тексті судового рішення.

Заповнення зазначеної прогалини господарського процесуального законодавства застосуванням за аналогією норм цивільного процесуального права не означає відсутності потреби запровадження відповідного процесуального інституту в господарському процесуальному праві. Тому ГПК України має бути доповнений нормами про процедуру відновлення втраченого провадження, які стануть не лише гарантією повноцінного й ефективного судового захисту прав учасників господарського процесу, а й черговим кроком його уніфікації з іншими видами цивілістичного судочинства.

Порядок відновлення втраченого судового провадження в цивільній і адміністративній справі, закінченій ухваленням рішення або в якій провадження закрито, детально врегульований нормами розділу IX ЦПК України та розділу VII КАС України.

Повна втрата судового провадження має місце в тих випадках, коли зникли або були знищені всі матеріали справи, часткова – коли втрачені лише певні процесуальні документи [3, с. 733].

У літературі звертається увага на те, що назва статті «Відновлення втраченого судового провадження» не узгоджена з її текстом, оскільки в ній визначено не порядок, а передумови відновлення, якими є: 1) закінчення справи ухваленням рішення; 2) закриття справи. Крім того, наголошується на тому, що втратити (викрасти, знищити, загубити) можна один документ чи всю справу [5, с. 588].

Слід зазначити, що окрема увага, в контексті функціонування механізму порядку відновлення втраченого судового провадження, в літературі приділяється основним ознакам інституту втраченого судового провадження, якими є: 1) диспозитивність, оскільки відкриття провадження у справі залежить від волевиявлення заявника; 2) цільове призначення, тому що мета звернення до суду є обов'язковою складовою заяви про відновлення судового провадження і має бути пов'язана із захистом прав та інтересів заявника; 3) безстроковість, оскільки строк зберігання судового провадження не має значення для вирішення заяви про його відновлення, за винятком випадків, коли закінчився строк на пред'явлення виконавчого листа до виконання; 4) завершений характер провадження, тому що відновлюватися може тільки закінчене провадження; 5) повнота та всебічність дослідження, оскільки за недостатності зібраних матеріалів для точного відновлення втраченого судового провадження суд ухвалою закриває розгляд заяви про відновлення провадження і роз'яснює особам, які беруть участь у справі, право на повторне звернення з такою самою заявою, за наявності необхідних документів; 6) відповідність, оскільки поновлена справа має відповідати за змістом матеріалам втраченого судового провадження [9].

Отже, порушення провадження по відновленню втраченого судового провадження посадові особи суду, а також особи, які брали участь у справі, мають вчинити всі від них залежні дії, спрямовані на розшук повністю загубленої цивільної справи або окремих її документів. У разі, якщо після ретельної перевірки по розшуку загубленої справи або її частини справу не буде знайдено ані серед поточних справ, ані серед справ, що знаходяться в архіві тощо, судове провадження буде вважатися втраченим, і в цьому випадку виникає потреба звернутися до його відновлення. Отже, можна зробити висновок, що поновлення втраченого судового провадження замінює загублені оригінали документів у справі або саму справу назавжди, або до того часу, поки вони не будуть знайдені [9].

Щодо кола осіб, яким законом надано право звертатися до суду із заявою про відновлення провадження, то відповідно до ст. 403 ЦКУ та ст. 274 КАС України втрачене судове провадження в цивільних та адміністративних справах може бути відновлене за заявою осіб, які брали участь у справі, або за ініціативою суду. Якщо судове провадження відновлюється за ініціативою суду, то важливе значення для його відновлення можуть мати статистична картка у справі, наряди щодо вчинення окремих процесуальних дій, зокрема, реєстрація ухвал про накладення арешту, розшуку відповідача, реєстри відправлення кореспонденції, можливо, копії документів, які збереглися, тощо [8].

Заява про відновлення втраченого судового провадження подається до суду, який ухвалив рішення по суті справи або постановив ухвалу про закриття провадження у справі. Очевидно, що законодавець для даного провадження встановив виключну територіальну підсудність. У заяві про відновлення втраченого провадження обов'язково має зазначатися: про відновлення якого саме провадження просить заявник, чи було у справі ухвалено рішення по суті справи або постановлена ухвала про закриття провадження, якою саме особою з числа осіб, які брали участь у справі, був заявник, хто конкретно і в якості кого брав участь у справі, місце проживання чи місцезнаходження цих осіб, що відомо заявнику про обставини втрати провадження, про місцезнаходження копій документів провадження або відомостей щодо них, поновлення яких саме документів заявник вважає необхідним, з якою метою необхідно їх поновити.

До заяви про відновлення втраченого провадження необхідно додати документи або їх копії, навіть тоді, коли вони не посвідчені в установленому порядку, що збереглися у заявника або у справі.

Наслідком недодержання вимог до змісту заяви є відмова у відкритті провадження у справі або залишення заяви без розгляду. Отже, по-перше, якщо у заяві не зазначено мету відновлення провадження або відомості, необхідні для його відновлення, суд постановляє ухвалу про залишення заяви без руху, якою встановлює заявникові строк, необхідний для усунення цих недоліків. По-друге, якщо мета звернення до суду, зазначена заявником, непов'язана із захистом його прав та інтересів, суд своєю ухвалою відмовляє у відкритті провадження у справі про відновлення провадження або залишає заяву без розгляду, якщо провадження було відкрито. По-третє, судове провадження, втрачене до закінчення судового розгляду, не підлягає відновленню. Заявник у цьому разі може пред'явити новий позов. В ухвалі суду про відкриття провадження у зв'язку з втратою незакінченого провадження про цю обставину повинно бути обов'язково зазначено.

Відновлення втраченого судового провадження можливе тільки тоді, коли зібрано достатньо матеріалів. Як докази суд може використовувати збережені частини судового провадження, документи

та їх копії із справи, інші документи, що відносяться до справи, показання свідків, осіб, присутніх при завершенні процесуальних дій, суддів.

Розглядаючи справу про відновлення втраченого провадження, суд використовує ту частину провадження, що збереглася, документи, видані із справи фізичним чи юридичним особам до втрати провадження, копії цих документів, інші довідки, папери, відомості, що стосуються справи, виконавчого провадження. Суд може допитати як свідків осіб, які були присутніми під час вчинення процесуальних дій, осіб (їх представників), які брали участь у справі, а в необхідних випадках – осіб, які входили до складу суду, що розглядав справу, з якої втрачено провадження, а також осіб, які виконували судові рішення.

Отже, предметом доказування по даних категоріях справ є: 1) відновлення якого саме судового провадження є потрібним. При цьому необхідно встановити, чи було прийнято судом рішення по суті, чи провадження у справі припинилося. Рішення або ухвала суду про припинення судового провадження, якщо воно приймалося у справі, підлягає відновленню, за винятком випадків, передбачених відповідними процесуальними кодексами; 2) процесуальне становище у справі заявника осіб, які брали участь у справі, їх місце проживання або місцезнаходження; 3) обставини втрати провадження, місцезнаходження копій документів провадження або відомостей про них, відновлення яких саме документів заявник вважає необхідним, для якої мети необхідне відновлення зазначених документів; 4) мета відновлення втраченого судового провадження [2]. За відсутності вказівки на мету звернення суд залишає заяву без руху і надає строк, необхідний для викладу мети заявником. Якщо зазначена заявником мета звернення не пов'язана із захистом його прав і законних інтересів, суд відмовляє в порушенні справи про відновлення втраченого судового провадження або ухвалою залишає заяву без розгляду, якщо справа була порушена [2].

На підставі зібраних і перевічених матеріалів суд ухвалює рішення про відновлення втраченого провадження повністю або в частині, яку, на його думку, необхідно відновити. У рішенні суду про відновлення втраченого судового провадження зазначається, на підставі яких конкретно даних, поданих до суду і досліджених у судовому засіданні за участю всіх учасників процесу з утраченого провадження, суд вважає установленим зміст відновленого судового рішення, наводяться висновки суду про доведеність того, які докази досліджувалися судом і які процесуальні дії вчинялися з утраченого провадження. За недостатності зібраних матеріалів для точного відновлення втраченого судового провадження суд ухвалою закриває розгляд заяви про відновлення провадження і роз'яснює особам, які беруть участь у справі, право на повторне звернення з такою самою заявою за наявності необхідних документів. Строк зберігання судового провадження не має значення для вирішення заяви про його відновлення, крім випадку звернення з такою заявою для виконання рішення, якщо строк на пред'явлення виконавчого листа для виконання закінчився і судом не поновлено.

У справі про відновлення втраченого провадження заявник звільняється від оплати судових витрат. У разі подання завідомо неправдивої заяви судові витрати відшкодовуються заявником. Отже, якщо в процесі розгляду заяви суд виявить, що заявник умисно неправдиво виклав у заяві обставини втраченого провадження або завідомо не зазначив важливі для вирішення справи обставини, на нього покладаються всі судові витрати. Про це зазначається в ухвалі суду про відмову у відновленні втраченого судового провадження [4, с. 855].

Деякі науковці вважають, що предметом відновлення має бути не якесь «віртуальне провадження», а: 1) вся втрачена справа; 2) документ, який мав важливе значення для справи; 3) рішення (ухвала) суду [5, с. 593].

Заслуговує на увагу те, що в процесі відновлення втраченого провадження першочергово розглядається можливість відтворення матеріалів справи в тому повноцінному вигляді, в якому вони існували до моменту їх втрати і, якщо це неможливо, розглядається необхідність збирати нові фактичні дані про обставини, які підлягають встановленню по конкретній справі.

Загалом, діяльність із відновлення втрачених цивільних, адміністративних і господарських справ не може здійснюватися судами в односторонньому порядку без залучення інших учасників процесу. У випадках повної втрати відповідних справ, очевидно, що неодмінною умовою відкриття провадження з відновлення втраченого провадження мало б бути винесення відповідної ухвали та повідомлення про це всіх зацікавлених осіб.

Слід також зазначити, що ані ЦПК, ані КАС України не містять норм, які б надали можливість попереджати умисне знищення зацікавленими особами документів у конкретних судових справах. Однак процедура ознайомлення осіб, які беруть участь у справі з матеріалами справи, несе в собі потенційну небезпеку їх втрати.

Узагальнюючи результати дослідження, стверджуємо, що чинне господарське процесуальне законодавство не закріплює порядку відновлення втрачених справ, а значить, не передбачає можливості їх втрати, що, на нашу думку, є прогалиною у господарському законодавстві. Очевидно, що відновлення справ в господарському процесі відбувається на основі процесуальної аналогії, що є не зовсім правильним, оскільки відносини у сфері господарювання, поряд з відносинами, що регулюються

цивільним та адміністративним законодавством, не можуть і не повинні розглядатись як схожі. А тому внесення необхідних змін до господарського процесуального кодексу і втілення вказаного інституту в господарський процес є не лише гарантією повноцінного і ефективного судового захисту прав учасників судового процесу, а й черговим кроком на шляху до уніфікації з цивільним та адміністративним процесом.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Комментарий к гражданскому процессуальному кодексу РФ* (научно-практическое издание). – М.: ООО «Юрайт – Издат», 2003.
2. *Справочник по доказыванию в гражданском судопроизводстве* / Под ред. И. В. Решетниковой. – 4-е изд., перераб. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2010. – 480 с.
3. *Цивільне процесуальне право України: підручник* / С. С. Бичкова, І. А. Бірюков, В. І. Бобрик та ін. За заг. ред. С. С. Бичкової. – К.: Атіка, 2009. – 760 с.
4. *Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар* / С. С. Бичкова, Ю. В. Білоусов, В. І. Бірюков та ін. За заг. ред. С. С. Бичкової. – 2-ге вид., доповн. і переробл. – К.: Атіка, 2010. – 896 с.
5. *Цивільний процесуальний кодекс: науково-практичний аналіз*. – 2-ге вид. – К.: ВД «Дакор», 2014. – 600 с.
6. *Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практ. коментар: У 2-х т.* / За заг. ред. С. Я. Фурса. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ2007. – 848 с.
7. *Цивільний процес України: навч. посіб.* / О. А. Логінов, О. О. Штефан. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – 368 с.
8. *Цивільний процес України: Академічний курс* / За ред. С. Я. Фурси. – К., 2009. – 848 с.
9. *Шиманович О. М.* Відновлення втраченого судового провадження у цивільному процесі / О. М. Шиманович // *Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Сер. «Юридические науки»*. – 2011. – Т. 24 (63). – № 1. – С. 90–97.

*The article deals with the procedure and recovery features of the proceedings in civil, commercial and administrative matters.*

*В статье рассматривается порядок и особенности восстановления утраченного судебного производства по гражданским, хозяйственным и административным делам.*

### ВІДВІД СУДДІ В ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРОЦЕСІ

**Черненко О. А.,**

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

*У статті розглядаються проблеми, пов'язані з відводом судді в господарському процесі.*

**Ключові слова:** суд, суддя, відвід, самовідвід, рішення суду.

Гарантією об'єктивного та неупередженого вирішення правового спору можна вважати інститут відводу судді. Відвід судді виступає ефективним механізмом забезпечення законності та обґрунтованості судового рішення.

Окремі аспекти, пов'язані з питаннями відводу, розглядалися у працях таких вчених як С. Ф. Демченко, Я. П. Зейкан, Ю. Д. Притика, С. Я. Фурса, В. В. Петрик та інших.

Запропоновану публікацію присвячено дослідженню проблемних питань, пов'язаних з відводом судді в господарському процесі, включаючи підстави відводу судді та практику їх застосування.

*Метою* дослідження у межах даної статті є аналіз основних підстав відводу (самовідводу) судді в господарському процесі, що передбачені чинним законодавством України.

Закон України «Про судоустрій і статус суддів» визначає засади організації судової влади, з якими тісно пов'язаний механізм відводу судді: судова влада здійснюється незалежними та безсторонніми судами – ст. 1; суди здійснюють правосуддя самостійно – ст. 6; справи розглядаються згідно із встановленим порядком їх розподілу – ст. 8; рівність перед законом і судом – ст. 9. Крім того, Закон України «Про судоустрій та статус суддів» визначає правовий статус судді, де важливе значення для розуміння підстав відводу судді мають вимоги щодо несумісності (ст. 53); обов'язки судді розглядати справу безсторонньо, дотримуватися присяги судді (ст. 54) [1, с. 60].

Інститут відводу можна віднести до міжгалузевих правових інститутів, оскільки він регламентується нормами господарського процесуального права, цивільного процесуального права, адміністративного процесуального права, кримінального процесуального права.

Переважно правові норми ГПК, ЦПК, КАС, КПК України мають багато спільного в регулюванні питань відводу суддів та учасників процесу: існують майже аналогічні підстави для відводу; визначаються єдині правові наслідки під час задоволення клопотання про відвід; закріплюється обов'язок про самовідвід і т. д. Це не дивно, адже галузі процесуального права незалежно від існуючих у них відмінностей все-таки володіють подібним предметом правового регулювання, де діяльність судів спрямована на здійснення правосуддя в межах господарського, цивільного, адміністративного та кримінального процесу.

Норми всіх процесуальних кодексів в Україні чітко вимагають мотивування відводу чи самовідводу (абз. 4 ст. 20 ГПК України, ч. 3 ст. 23 ЦПК України, ч. 5 ст. 80 КПК України).

Відповідно до норм ГПК України (абз. 4 ст. 20) відвід повинен бути мотивованим, заявлятися у письмовій формі до початку вирішення спору. Заявляти відвід після цього можна лише у разі, якщо про підставу відводу сторона чи прокурор дізналися після початку розгляду справи по суті.

Розглянемо підстави для відводу (самовідводу) судді в господарському процесі, які передбачає ст. 20 ГПК України.

#### 1. *Наявність родинних зв'язків з особами, які беруть участь в судовому процесі.*

Якщо говорити про членів сім'ї, то слід виходити з того, що це поняття має різноманітне змістовне навантаження за чинним законодавством. Так, за нормами СК України сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки, до структури якої входить подружжя та їхні діти, навіть якщо вони спільно не проживають (ч. 2 ст. 3). Водночас як за нормами ЖК України до членів сім'ї наймача належать дружина наймача, їх діти і батьки. Членами сім'ї наймача може бути визнано й інших осіб, якщо вони постійно проживають разом з наймачем і ведуть з ним спільне господарство (ст. 64). Згідно з ПК України членами сім'ї фізичної особи першого ступеня споріднення вважаються її батьки, чоловік або дружина, діти, у тому числі усиновлені. Інші члени сім'ї фізичної особи вважаються такими, що мають другий ступінь споріднення (ст. 14 п. 14.1.263).

Незалежно від того, чи йдеться про сім'ю в розумінні СК України, чи у розуміння ЖК або ПК України, всі вони будуть мати значення для вирішення питання про наявність чи відсутності підстав для відводу [1, с. 151].

Щодо кола родичів, які вказують на існування підстави для відводу, то їхній перелік у п. 3 ч. 1 ст. 20 ЦПК України – чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, брат, сестра, дід, баба, внук, внучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, член сім'ї або близький родич цих осіб. Норми ГПК України такого переліку не містять.

Крім того, між особами можуть виникати певні форми соціальної спорідненості, наприклад кумівство. При встановленні такої форми соціальних зв'язків чинне законодавство не передбачає можливості відводу.

Для мотивування заяви про відвід з вищенаведеної підстави заявник має володіти достовірною інформацією про особисте життя судді. Це практично неможливо, тому й ця підстава застосовується в реальній судовій практиці нечасто [2, с. 81]. Отримати інформацію про особисті відносини судді з учасниками процесу дуже важко. А коли пробуєш звернутися із адвокатським запитом, наприклад до судді щодо того, чи не є він родичем учасника процесу, то це викликає обурення від «нахабної» поведінки [2, с. 81–82]. Існує точка зору, що виходом із такої ситуації було б розміщення на офіційному сайті відповідного судового органу, де зазначений штатний персонал відповідного суду, особистої інформації щодо членів сімей суддів з тими прізвищами, що відображені у них в паспорті. Справа у тому, що траплялися ситуації, коли жінка, будучи одруженою із суддею, залишала своє дошлюбне прізвище та брала участь як адвокат-представник у слуханнях справ під головуванням свого чоловіка [1, с. 152].

#### 2. *Порушення порядку визначення судді для розгляду справи автоматизованою системою документообігу суду.*

Конкретний суддя для розгляду справи наразі визначається автоматизованою системою документообігу в суді, тоді як ще до 2010 р. судові справи розписувалися на конкретних суддів головою суду чи його заступником. Запровадження розподілу судових справ автоматизованою системою документообігу все ж не вирішило повністю проблему неупередженого визначення складу суду для розгляду конкретних справ. З цього приводу можна згадати кримінальну справу, порушену щодо голови одного із міськрайонних судів Сумщини за незаконне втручання в роботу автоматизованої системи документообігу суду [3].

Проте доказати дану обставину буде вкрай важко у зв'язку з відсутністю доступу у сторін справи до документів автоматизованої системи, щоб перевірити дотримання виконання вимог розподілу справ автоматизованою системою. Ось чому клопотання про відвід на цій підставі заявляють без

надання доказів і суд їх не задовольняє [2, с. 82]. До того ж, не те що сторони, а й навіть деякі судді не можуть мати можливості перевірити справедливості розподілу справ між ними. Так, щодо цього варто загадати скандал навколо Калиновського районного суду м. Донецька, де голова суду, заручившись підтримкою керівника апарату суду, забезпечував собі надходження меншої кількості справ, ніж іншим суддям, проставляючи у протоколі розподілу справ відносно голови суду «не слухає категорію», тоді як офіційно здійсненої спеціалізації в суді зроблено не було [4]. Своїм наказом він закрив доступ до повної бази системи автоматизованого документообігу. Тепер кожен із суддів бачив у загальному банку даних тільки свої справи, водночас як голова суду мав повний доступ до усієї бази [5; 1, с. 158].

### *3. Встановлення інших обставин, що викликають сумнів у неупередженості судді.*

Названа підстава відводу чітко визначає, що перелік підстав для відводу не є вичерпний і ними можуть бути визначені будь-які інші обставини справи, що викликають сумнів у неупередженості судді.

Зокрема, вказаними обставинами можуть бути незаконні дії судді під час розгляду справи, ігнорування законних вимог сторони, створення перешкод для реалізації процесуальних прав, нерівне ставлення до сторін, нетактовна поведінка судді тощо [6]. Під упередженістю суду слід розуміти його схильність приймати позицію певних учасників процесу [7, с. 142].

Водночас відповідно до п. 1.2.1 Постанови Пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції» від 26.12.2011 № 18 не є підставами для відводу суддів заяви, які містять лише припущення про існування відповідних обставин, не підтверджених належними і допустимими доказами, а також наявність скарг, поданих на суддю (суддів) у зв'язку з розглядом даної чи іншої справи, обставини, пов'язані з прийняттям суддями рішень з інших справ.

Доволі часто учасники процесу заявляють відвід, наприклад, судді, у зв'язку з різноманітними, на їх думку, процесуальними правопорушеннями. Зокрема, суддя затягує розгляд справи, не задовольняє подані клопотання, залучає нових учасників процесу, які, на думку заявника, там не повинні бути і т. д. Як правило, судді за вказаними обставинами відмовляють задовольняти клопотання, оскільки справа ще не вирішена, а тому посилатися на процесуальне правопорушення, яке зумовило її неправильне вирішення, об'єктивно не можна. Але, з іншого боку, не слід забувати, що неналежне вирішення поточних процесуальних питань загалом може негативно відобразитися на кінцевому вирішенні справи, оскільки виконання окремих завдань виступає процесуальним засобом досягнення завдання та мети судочинства.

Дискусійним у науковій літературі є питання, чи може суддя заявити самовідвід з підстави «інших обставин, що викликають сумнів у неупередженості судді». Так, В. Е. Теліпко вважає, що названа обставина може бути підставою для відводу лише з ініціативи осіб, які беруть участь у справі. Самовідвід з цієї підстави суддя заявити не може, адже у нього не може бути сумнівів у власній об'єктивності чи неупередженості [6].

Ми підтримуємо протилежну точку зору і вважаємо, що краще, ніж сам суддя, про наявність чи відсутність таких обставин ніхто знати не може. Визнавши самостійно їх наявними, суддя таким чином позбавить учасників процесу від необхідності їх доводити за допомогою доказів. Зрозуміло, що на практиці такі випадки бувають дуже рідко, адже судді необхідно публічно визнати себе таким, що не може належним чином розглянути судову справу. Хоча, з іншого боку, самовідвід за таких обставин може свідчити і про порядність, чесність, високоморальність такого судді, який турбується про професійну честь і особистим прикладом прагне виховувати повагу до закону, правосуддя, суду.

### *4. Недопустимість повторної участі у справі.*

Суддя, який брав участь у розгляді справи, не може брати участі в новому розгляді справи у разі скасування рішення, ухвали, постанови, прийнятої за його участю, або у перегляді прийнятих за його участю рішень, ухвал, постанов за нововиявленими обставинами.

Слід звернути увагу на те, що в господарському процесі правило недопустимості повторної участі судді у розгляді справи обмежене лише випадком, коли рішення чи ухвала, постанова, прийняті за участю судді, скасовані [8].

Незважаючи на те, що перелік підстав відводу в господарському процесі є не виключний, відкритий, існує точка зору, що його наразі варто доповнити новою підставою, яка відсутня у поточному законодавстві, якщо суддею публічно була надана оцінка обставин справи, до закінчення її розгляду (виступи в засобах масової інформації тощо). Судді, живучи у суспільстві та контактуючи з ним, неодноразово висловлюються з приводу своєї професії. В умовах розвитку інформаційного суспільства часто створюються різноманітного роду дискусійні інформаційні програми, які можуть мати предметом обговорення окремі правові питання. Суддя, беручи участь у правових дискусіях, відповідаючи на запитання журналістів (часто провокуючі), читаючи лекції, має утриматися щодо висловлювань по суті спору, поки він не буде вирішений судом. Даючи своє бачення розвитку справи та результатів їх вирішення, особа, якій можна заявити відвід, уже, такими чином, стає упередженою

у справі. Звичайно, вказана вище підстава може бути охоплена «якщо буде встановлено інші обставини, що викликають сумнів у його неупередженості» [1, с. 156].

Особа, яка бере участь у розгляді справи, має можливість реалізувати право відводу судді чи певного учасника процесу, виходячи зі змісту принципу диспозитивності, а особа, якій належить обов'язок заявити самовідвід, повинна його здійснити, виходячи зі змісту принципу законності, інакше це може привести до негативних правових наслідків. Негативні наслідки невчинення самовідводу тільки для суддів, зокрема, такий суддя може бути притягнутий до дисциплінарної відповідальності (п. 3 ч. 1 ст. 83 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

Досить часто суддя, який з тих чи інших підстав не бажає розглядати справу (її складність, резонансність, «скандальність»), задовольняє заяву про відвід, посилаючись при цьому найчастіше на обставини, які викликають сумнів в його об'єктивності (наприклад, розгляд справи за участю тих же осіб та прийняття в ній рішення на користь однієї із сторін, якщо предмети спорів в обох справах будь-яким чином пов'язані).

Слід звернути увагу на те, що на практиці існує недобросовісне користування сторонами своїми правами шляхом заявлення учасниками процесу безпідставних та невмотивованих відводів.

Вищий господарський суд України в Інформаційному листі «Про деякі питання запобігання зловживанню процесуальними правами у господарському судочинстві» від 15.03.2010 р. № 01-08/140 роз'яснив, що у випадку якщо учасник судового процесу вдається до відвертого зловживання своїми правами шляхом заявлення чисельних відводів судді (суддям), явно спрямованих на свідоме затягування судового процесу, господарський суд не позбавлений права і можливості продовжити розгляд справи, в якій заявлено відвід, у тому ж засіданні з обов'язковим зазначенням про це в судовому рішенні та з наведенням у ньому відповідних мотивів.

Аналогічну правову позицію було викладено в Інформаційному листі Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування статті 20 Господарського процесуального кодексу України» від 03.08.2007 р. № 01-8/622.

Але ні ГПК України, ні вищезгадані Інформаційні листи Вищого господарського суду України не розкривають поняття «відвертого зловживання своїми правами». Тобто такі критерії будуть суб'єктивними, оскільки їх буде сформовано не на підставі закону, а згідно з правовою позицією окремо взятого суду, а може і судді.

Необхідно зазначити, що можливі зловживанням з боку суддів і самовідводом. Наприклад, *Вища кваліфікаційна комісія суддів України 13 грудня 2012 року прийняла рішення щодо застосування до судді Нововолинського міського суду Волинської області дисциплінарного стягнення у вигляді догани, оскільки з матеріалів справи Вища кваліфікаційна комісія суддів України дійшла висновку, що підстава для самовідводу голови Нововолинського міського суду Волинської області А. В. Свередюка у справі № 0312/291/2012 є невмотивованою.*

*Судді О. Р. Ференс-Піжук, М. М. Ушаков, А. В. Василюк, О. Г. Галушка заявили самовідвід у справі № 0312/291/2012 через судовий прецедент голови суду А. В. Свередюка, який першим заявив самовідвід у справі № 0312/291/2012 з безпідставних причин.*

*Необґрунтованою, надуманою заявою про самовідвід суддя А. В. Свередюк не тільки порушив права сторін на своєчасний розгляд справи, а й переклав всю відповідальність за правильність винесення рішення у справі на інших суддів. Зазначеними діями суддя А. В. Свередюк порушив правила суддівської етики, що підривають авторитет правосуддя [9].*

Ще одним, не менш важливим недоопрацюванням законодавця, є те, що відповідно до ст. 20 ГПК питання про відвід судді вирішується в нарадчій кімнаті судом у тому складі, який розглядає справу, про що виноситься ухвала. Заява про відвід кільком суддям або всьому складу суду вирішується простою більшістю голосів. У разі задоволення відводу (самовідводу) одному з суддів або всьому складу суду справа розглядається в тому самому господарському суді тим самим кількісним складом колегії суддів без участі відведеного судді або іншим складом суддів, який визначається у порядку, встановленому частиною третьою статті 2-1 цього Кодексу. Тобто суддя сам вирішує питання про власний відвід. І як ми після цього можемо говорити про неупередженість та незалежність суду? [8]. Можливо, ситуація змінилася б на краще, якби вирішення питання щодо відводу було віднесене до повноважень іншого судді суду, в якому розглядається справа.

Враховуючи викладене, необхідно здійснити заміну суб'єкта, який повинен вирішувати заяву про відвід та розширити на рівні положень закону перелік підстав для відводу судді, тим самим мінімізуючи підстави, які можна було б віднести до категорії «інших обставин...». При цьому необхідно пам'ятати, що суддя як носій судової влади буде належним чином виконувати покладене на нього важливе і відповідальне завдання – захист порушеного права лише за умови, коли усі учасники судового процесу не будуть зловживати своїми правами, тобто коли відвід судді не буде спробою затягнути справу, а самовідвід – небажанням розглядати «невигідну» справу.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Петрик В. В. Інститут відводу в цивільному процесі: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. – К., 2013. – 230 с.
2. Зейкан Я. П. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України / Я. П. Зейкан, Н. Л. Луців-Шумська, Н. Л. Шумська. – К.: КНТ, 2011. – 672 с.
3. Сумська суддя винайшла, як обходити автоматизовану систему документообігу. Їй та сину світить до 10 років [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://tema.in.ua/article/6488.html>.
4. Шибалов Є. Судові «хакери», або реформа по-Донецьки / Є. Шибалов. Дзеркало тижня. Україна. – 2011. – № 32 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://dt.ua/LAW/sudovi\\_hakeri,abo\\_reforma\\_rodonetski-87593.html](http://dt.ua/LAW/sudovi_hakeri,abo_reforma_rodonetski-87593.html).
5. Шибалов Є. Судові «хакери» – 2. Кінець простий: прийшов тягач / Є. Шибалов. Дзеркало тижня. Україна. – 2012. – №7 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://dt.ua/LAW/sudovi\\_hakeri\\_kinets\\_prostiy\\_priyshov\\_tyagach-97817.html](http://dt.ua/LAW/sudovi_hakeri_kinets_prostiy_priyshov_tyagach-97817.html).
6. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України: станом на 01.11. 2010 р. / В. Е. Теліпко; за ред. Притики Ю. Д. – К.: Центр учбової літератури, 2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://apelyacia.org.ua/content/stattya-27-1-zabezpechennya-zahistu-prav-malolitnih-abo-perovnolitnih-osib-pid-chas>.
7. Колісник О. В. Суд як суб'єкт цивільних процесуальних відносин: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Колісник Олена Вікторівна. – Х., 2008. – 224 с.
8. Заєць В. А. Проблемні питання застосування відводу судді в господарському процесі / В. А. Заєць [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://3222.ua/article/problemn\\_pitannya\\_zastosuvannya\\_vdvodu\\_sudd\\_v\\_gospodarskomu\\_protsest.htm](http://3222.ua/article/problemn_pitannya_zastosuvannya_vdvodu_sudd_v_gospodarskomu_protsest.htm).
9. Рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 13 грудня 2012 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.vksu.gov.ua/userfiles/rishennya/svereduk.doc](http://www.vksu.gov.ua/userfiles/rishennya/svereduk.doc).

*The subject of article is the problem of disqualification of a judge in the economic process.*

*В статье рассматриваются проблемы, связанные с отводом судьи в хозяйственном процессе.*

## ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ПРАВОЧИНІВ, СПРЯМОВАНИХ НА ВИНИКНЕННЯ, ЗМІНУ ТА ПРИПИНЕННЯ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ АВТОРІВ

**Ясечко С. В.,**

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри охорони інтелектуальної власності, цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ*

*У статті розглядаються проблемні питання щодо можливості вчинення правочинів з особистими немайновими правами авторів літературних, художніх та інших творів. Враховуючи наявність протиріч між сферами «належного», «сущого» та «знань про суще та належне», автор методологічно побудував своє дослідження у такій самій послідовності.*

**Ключові слова:** особисті немайнові права, автор, твір, правочин.

Проблемні аспекти особистих немайнових прав автора неодноразово були предметом наукових розвідок учених-цивілістів. Відповідно, проблематику досліджували такі науковці, як: Л. М. Вишневецький, М. В. Гордон, О. С. Іоффе, Ю. М. Капіца, А. В. Кашанін, Ю. Г. Матвеев, О. А. Підпригора, О. О. Підпригора, О. П. Сергеев, В. І. Серебровський, С. О. Сліпченко, Р. О. Стефанчук, Р. Б. Шишка та інші. Водночас названі вчені виявляли здебільшого специфіку інституту особистих немайнових прав автора щодо визначених об'єктів його правової охорони. У межах цієї наукової розвідки ми проведемо дослідження можливості передачі (переходу) особистих немайнових прав автора.

Відомо, що будь-яка проблема в праві характеризується наявністю протиріч між сферою належного, сущого та знань про належне та суще.

Описуючи проблематику, хотілось зазначити, що в теорії цивільного права загальноприйнятою є думка, що в порядку правонаступництва можуть переходити тільки майнові права на твори науки, літератури та мистецтва, особисті немайнові права автора не можуть передаватися іншим особам, а зі смертю автора припиняються. Таке положення кореспондується в ст. 14, 29 і 38 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Разом з тим аналіз чинного законодавства України надає можливість поставити під сумнів категоричність такого твердження. Так, в ч. 2 ст. 419 Цивільного Кодексу України (далі – ЦК

Україні) зазначається, що перехід права на об'єкт права інтелектуальної власності не означає перехід права власності на річ. При цьому законодавець не зазначає, перехід яких саме прав (майнових чи особистих немайнових прав автора) мається на увазі. У свою чергу, в ч. 2 ст. 423 ЦК України зазначено, що у випадках, передбачених законом, особисті немайнові права інтелектуальної власності можуть належати іншим особам, тобто особам, відмінним від автора. Таким чином, законодавець припускає можливість переходу особистих немайнових прав автора до інших осіб. Ще більш визначеною з цього приводу є позиція законодавця у ч. 4 ст. 423 ЦК України, де вказується, що особисті немайнові права інтелектуальної власності не можуть відчужуватися (передаватися), окрім винятків, установлених законом. Аналіз змісту вказаної норми надає змогу зробити висновок, що у разі прямих приписів законодавства особисті немайнові права інтелектуальної власності можуть відчужуватися (передаватися).

Наведені положення є загальними щодо правовідносин інтелектуальної власності, а тому можуть бути поширені щодо такого їх різновиду, як правовідносини інтелектуальної власності на літературний, художній та інші твори.

Зазначене свідчить про існування певної невідповідності між нормами права та теоретичними уявленнями щодо відчуження чи передачі особистих немайнових прав на твори науки, літератури та мистецтва.

Досліджуючи сферу суцього, можна спостерігати таке. Якщо звернутися до судової практики, то, наприклад, питання спадкування немайнових прав автора досліджувалось у Солом'янському районному суді м. Києва (цивільна справа № 2-71/11), позов було подано спадкоємцем автора до ТОВ «Оранта» про відшкодування шкоди, завданої порушенням авторських прав (особистих немайнових та майнових прав на результати творчої і інтелектуальної діяльності) на 286 творів спадкодавця. Позивачі вказували на неправомірне їх використання при виготовленні та розповсюдженні видання, а також просили зобов'язати відповідача відновити порушені особисті немайнові авторські права спадкодавця та майнові авторські права позивачів шляхом опублікування за кошти відповідача в газетах «Урядовий кур'єр» та «Юридична практика» рішення суду по даній справі та інформацію про допущені порушення авторських прав на 286 творів спадкодавця.

Судом було встановлено, що з боку відповідача мало місце використання творів шляхом їх відтворення в художньому альбомі з порушенням майнових авторських прав позивачів, що, у свою чергу, є підставою для поновлення порушеного права обраним позивачами способом – шляхом стягнення компенсації. «Але щодо порушення особистого немайнового авторського права – його може бути завдано лише самому автору, оскільки особисті немайнові права пов'язані з особистістю автора, належать тільки йому і не можуть бути передані. Однак відповідно до ч. 2 ст. 439 ЦК України та ч. 2 ст. 29 Закону України «Про авторське право і суміжні права» спадкоємці мають право захищати авторство на твір і протидіяти перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору, а також будь-якому іншому посяганню на твір, що може завдати шкоди честі та репутації автора (охороняти недоторканність твору). При цьому право на ім'я багато в чому ідентичне праву авторства, оскільки визнання авторства означає, що автору належить право називати себе так, як він того бажає» [1]. Суд врахував, що такий спосіб захисту, як компенсація моральної шкоди, полягає в покладанні на порушника обов'язку щодо виплати суб'єкту авторського права грошової компенсації за фізичні або моральні страждання, яких він зазнав у зв'язку з порушенням його прав. Однак особливістю застосування цього способу захисту є те, що вимога щодо компенсації моральної шкоди може бути заявлена тільки фізичними особами та лише у зв'язку з порушенням їх особистих немайнових прав, які у спадок не переходять. Таким чином, позов спадкоємця до ТОВ «Оранта» про відшкодування шкоди, завданої порушенням авторських прав, було задоволено частково. Стягнуто компенсацію, а вимоги щодо особистих прав залишено без задоволення. На нашу думку, суд незаконно відмовив у задоволенні позовних вимог спадкоємців щодо відновлення особистих немайнових прав авторів, адже відповідно до ч. 2 ст. 439 ЦК у разі смерті автора недоторканність твору охороняється спадкоємцями автора.

Ще одна справа, яка розглядалася в 2002 р. Замоскворецьким судом м. Москви. Суперечка виникла на підставі позову автора низки детективних романів Вікторії Соломатіної, що пише під псевдонімом Вікторія Платова, яка подала позов на видавництво «Ексмо». Платова за кілька років співпраці з «Ексмо» написала 11 романів, в числі яких «Смерть на кончику хвоста», «Куколка для монстра», «Хрустальная ловушка». Після зміни нею видавництва в жовтні поточного року «Ексмо» випустило у світ незавершений роман Платової «Победный ветер, ясный день». Ще через деякий час на прилавках з'явився детектив «Смерть в осколках вазы Мэбен», підписаний псевдонімом «Платова», автором якої була інша людина. У видавництві «Ексмо» не заперечували, що останній твір писала не Платова. Використання її псевдоніма мотивували договором і додатковою угодою, які були укладені з Платовою в 1998–1999 роках відповідно. Згідно з цими документами всі права на авторський псевдонім письменниці належать «Ексмо». Більше того, Платова не має права його використовувати при публікації своїх творів в інших видавництвах. В іншому випадку вона повинна буде виплатити великий штраф.

Крім того, додаткова угода свідчить, що в разі припинення договірних відносин Платової з «Ексмо» видавництво вправі друкувати під її псевдонімом й інших авторів [2]. Рішення суду було прийнято на задоволені позовних вимог Платової, «Ексмо» заборонили видавати книги під псевдонімом Платової, але книжки, які були розповсюджені, не були вилучені з продажу. На нашу думку, псевдонім як особисте немайнове право авторів наділене не лише немайновим, а й майновим змістом [3, с. 164], тому правочини з таким благом мають право на існування.

Наведене з очевидністю свідчить, що у сфері суцього укладаються правочини щодо розпорядження деякими особистими немайновими правами автора, а суди приймають з цієї категорії різні (й навіть протилежні) рішення.

Таким чином, окреслюється ще одна невідповідність, а саме, між сферою суцього та належного, де відчуження (передачу) передбачено законом лише у виняткових випадках.

У вітчизняній судовій практиці питання захисту особистих немайнових прав авторів, які передаються за договором, не отримали належного розвитку, в той час як російська судова практика, спираючись на принцип свободи договору, вже формує свою позицію. Вона допускає можливість позитивного вирішення таких судових справ.

Подвійність природи авторського права (наявність особистих немайнових та майнових прав) призвела до того, що розподіл авторських прав на дві групи став традиційним і в Україні, і в більшості країн континентальної системи права. Поділ прав на майнові і особисті немайнові залежить від того, які інтереси покладені в основу правомочностей: майнові чи особисті немайнові. Оскільки практично будь-яке авторське право приховує в собі як особисті немайнові, так і матеріальні інтереси, то такий поділ дуже умовний.

Особисті немайнові права творців вважаються невідчужуваними. Наразі існує тенденція до відмови від безумовного застосування принципу невідчужуваності особистих немайнових прав, яка є реакцією на зростання майнового значення нематеріальних благ, які традиційно вважаються особистими немайновими, і, відповідно, їх залучення до майнового обороту [4, с. 43]. Й. О. Покровський на початку ХХ ст. писав: «Если всякое субъективное право обеспечивает личность от произвола властей, то идея «неотъемлемых прав» направляется против государства как такового. Самоутверждение личности достигает здесь в юридическом отношении своего кульминационного пункта» [5, с. 309]. Він же прогнозував, що новий розвиток правосвідомості рухатиметься в напрямі визнання прав фізичної особи, навіть конкретної людської особистості, а право зобов'язане буде взяти всі порушені нематеріальні інтереси під свій захист [5, с. 138–139]. Питання невідчужуваності особистих немайнових прав інтелектуальної власності все ж таки залишається дискусійним у науці права. Відзначимо деякі відмінні риси невідчужуваності та невід'ємності особистих немайнових прав.

У результаті відчуження право стає чужим для первісного носія й своїм – для набувача. Такий процес може супроводжуватись переходом (виникненням) самого права. Ключовим у даному способі правонаступництва є те, що воно стає чужим для відчужувача і своїм – для похідного набувача [6, с. 7]. Невід'ємність – це такий нерозривний зв'язок блага з його носієм, який створює неможливість фізично відокремити його від конкретної особи [7, с. 231]. Зв'язок є настільки нерозривним, що зникнення суб'єкта тягне за собою припинення чи зникнення права [3, с. 233]. Наприклад, якщо після смерті автора його художній твір продовжує існувати автономно, тобто відокремлюється від нього, автономність цих нематеріальних благ створює можливість доступу до них третіх осіб, а також можливість використовувати їх у відриві від автора [3, с. 234]. Можна зазначити, що особисті немайнові права авторів залишаються невідчужуваними, але від'ємними як за життя, так і після смерті свого володільця.

Так, у юридичній літературі радянського періоду є посилання на те, що особистість автора визначається зазначенням імені на творі, навіть якщо в дійсності він був створений іншою особою. Такий підхід приводить до висновку про те, що представники цієї позиції не вважали аморальним і протиприродним практику використання праць «літературних негрів» і, таким чином, допускали можливість уступки прав авторства. Класична контрверза про те, чи є насправді авторське право правом власності, поділила фахівців на два протилежні табори: прихильників «пропріетарної» теорії, які наполягали на повній асиміляції цих двох прав (І. Г. Табашников, Д. І. Мейер) та її противників, які вважали авторське право особливим (*sui generis*) і головним чином майновим правом (А. Пиленко, Г. Ф. Шершеневич, В. Спасовис, К. Анненков та інші). Д. Рене Саватьє писав, що зовсім неправильно вимагати, щоб особисте немайнове авторське право було невідчужуваним [8, с. 189].

Про можливість відмови автора в договірному порядку від деяких правомочностей у сфері особистого немайнового права на користь контрагента висловився і Ролан Дюма [8, с. 190]. Французьке законодавство містить окремі норми щодо обмеження особистих немайнових прав творців, що також свідчить про відступ від принципу невідчужуваності особистих немайнових прав інтелектуальної власності (наприклад, щодо аудіовізуальних та кінематографічних творів, творів, що передаються в ефір). Зокрема, якщо один з авторів такого твору відмовиться від завершення своєї частини роботи, він не має права перешкоджати використанню вже виконаної роботи для завершення твору. Але

застосування даної норми можливе лише щодо незакінченого твору. Інший виняток французького законодавства пов'язується з певними умовами договорів. Наприклад, якщо за договором надаватиметься право екранізувати літературний твір, то зрозуміло, що він обов'язково підлягатиме зміні, і автор не має права перешкоджати цьому [8, с. 191].

Розглядаючи право на недоторканність твору як особисте немайнове право авторів і право на переробку, виникає запитання: де починається право на недоторканність твору? Так, відповідно до ст. 439 ЦК України автор має право протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню або іншій зміні твору чи будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі та репутації автора, а також супроводженню твору без його згоди ілюстраціями, передмовами, післямовами, коментарями тощо. Тобто майнове право на переробку твору закінчується там, де починається перекручення, спотворення або інша зміна твору, яка порушує честь та репутацію автора. Але якщо автор надає згоду або укладає правочин на таке спотворення та перекручення, то таке спотворення та перекручення може мати місце і розглядатися як дозвіл на вчинення правочинів з таким особистим немайновим правом. Наприклад, нині відомо чимало випадків, коли автори замовляють так званий чорний піар (англ. *dark publick relations*) – створення і поширення інформації, спрямованої на формування в аудиторії, клієнтів, потенційних клієнтів негативного ставлення до подій, явищ, товарів [9]. Так, нерідко оригінальний твір стає відомим широкому колу після його перекручення, спотворення або іншої зміни, які спричиняють «фурор» не лише щодо автора твору, а й щодо самого твору.

Ще в 1878 р. французький дослідник А. Морійо допускав можливість автора «звільнитись» від своїх особистих немайнових прав шляхом «явного волевиявлення», проголошена ним невідчужуваність швидше відносна, ніж абсолютна. І в цьому А. Марійо не був поодиноким, оскільки багато авторів того часу також вільно допускали, що договір може передбачати право цесіонарія видалити ім'я автора з твору або внести у твір будь-які зміни [10].

Так, у ч. 3 ст. 270 ЦК України встановлюється, що перелік особистих немайнових прав, визначених Конституцією України, ЦК України та іншими законами, не є вичерпним. Право на назву твору, як зазначається у літературі, є першочерговим правом творця, оскільки, насамперед, він вирішує, як назвати твір. Також це право може належати, наприклад, роботодавцеві, спадкоємцям (останнє – у разі, коли автор не встиг дати назву літературному твору за життя [11, с. 148]. Причому спадкоємці мають максимально додержуватися позиції самого автора з цього приводу, якщо він її висловлював за життя. Крім того, при підписанні авторського договору на створення об'єкта права інтелектуальної власності (літературного твору) у майбутньому назва твору може бути визначена користувачем об'єкта інтелектуальної власності – видавцем).

Очевидно, окремі немайнові права авторів можуть установлюватися правочином, і якщо вони не суперечать змісту цивільного законодавства та відповідають межах здійснення цивільних прав, то відповідно мають право на існування.

Таким чином, окреслюється ще одна невідповідність, а саме, між сферою суцього та належного, де передача (від'ємність) передбачена лише у виняткових випадках, передбачених законом, та між сферою суцього та сферою знань про суще, де взагалі заперечується можливість передачі (від'ємності) особистих немайнових прав.

Таким чином, наведені протиріччя вказують на існування наукової проблеми. Підбиваючи підсумки, зазначаємо, що правочини з особистими немайновими благами можуть вчинятися, і такі правочини можуть спрямовуватися на виникнення не лише майнових, а й немайнових наслідків. І те, що в літературі зазначається неможливість укладання таких правочинів, вказує не на відсутність у них юридичної сили, а лише на відсутність правового механізму. Наведене вказує на актуальність подальших досліджень, пов'язаних із правочинами у механізмі правового регулювання набуття та зміни особистих немайнових авторських прав.

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. *Рішення* Солом'янського районного суду м. Києва. Справа № 2-71/11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15587276>.
2. *Рішення* Замоскворецького суду м. Москви [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://grani.ru/Culture/Literature/m.17081.html>.
3. *Сліпченко С. О.* Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів: монографія / С. О. Сліпченко. – Х.: Діса плюс, 2013. – 552 с.
4. *Кашанин А. В.* О проблеме распоряжения личными неимущественными правами автора / А. В. Кашанин // Вестник гражданского права. – М.: Издат. дом В. Ема, 2009. – Т. 9. – № 4. – С. 43–98.
5. *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – М.: Статут, 1998. – 353 с.

6. Суханов Е. А. Лекции о праве собственности / Е. А. Суханов. – М.: Юридическая литература, 1991. – 240 с.
7. Цивільне право України: підруч.: у 2-х кн. – Кн. 1 / О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 736 с.
8. Дюма Р. Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции: моногр. – Изд. 2-е. / Ролан Дюма. – М.: Международные отношения, 1993. – С. 189.
9. Розуміння «чорний піар» [Електронний ресурс] // Вікіпедія. – Режим доступу: [http://uk.wikipedia.org/wiki/Чорний\\_піар](http://uk.wikipedia.org/wiki/Чорний_піар).
10. Morillot A. De la nature du droit d'auteur, considere a un point de vue general // R.C.L.J. – 1878. – Т. VII.
11. Особисті немайнові права інтелектуальної власності творців: монографія / За заг. ред. В. В. Луця. – Тернопіль: Підручники і посібники, 2007. – 256 с.

*The article deals with the problems concerning acceptability of the contracts on moral rights of authors of literary, artistic and other works. In legal literature, the existence of a scientific problem indicates the presence of contradictions between the spheres «good», «being» and «knowledge of things and good». In general, perceiving this approach, the author methodically built his studies in the same sequence.*

*В статті розглядаються проблемні питання, пов'язані з можливістю здійснення угод з особистими немайновими правами авторів літературних, художественних і інших творів. Ураховуючи наявність суперечностей між сферами «должного», «сущего» і «знаний о сущем и должном», автор методологічно побудував своє дослідження в такій же послідовності.*

## ЗВИЧАЙ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН

**Гриняк А. Б.,**

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

**Проценко В. В.,**

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

*Статтю присвячено визначенню місця звичаю в системі джерел правового регулювання договірних відносин, акцентується увага на звуженні сфери дії звичаєвого права на користь закону та договору, що надає можливість стверджувати про його трансформацію у додаткове (в порівнянні з іншими) джерело права, оскільки можливість його застосування напряду залежить від наявності законодавчих норм або ж умов договору.*

**Ключові слова:** правове регулювання, звичай, правовий звичай, джерела права, цивільно-правовий договір, норми права.

Аналізуючи питання, пов'язані із визначення місця звичаю в системі джерел права, насамперед зазначимо, що розуміння джерел права залишається предметом дискусії в теорії права та галузевих юридичних науках. В теоретичній науці під формою (джерелом) права розуміють спосіб внутрішньої організації, а також зовнішнього прояву правових норм, який засвідчує їх державну загальнообов'язковість; способи вираження і доведення рішень правотворчих органів про прийняття відповідних норм права до зацікавлених осіб. Тобто наразі спори щодо правильності застосування термінів «форма права» та «джерело права» можна вважати вирішеними, оскільки ці терміни застосовуються в одному і тому самому значенні [1, с. 264]. До джерел права в юридичній літературі пропонують відносити самі обставини, явища, які породжують норми права (соціальні умови, наукові джерела, економічні інтереси). Під формою права розуміють об'єктивовані (виражені назовні) способи фіксації правових норм [2, с. 21].

Категорія «звичай» (англ. «custom») в правових дослідженнях частіше за все розглядається як правило поведінки людей, що склалося в процесі їхнього співжиття, ввійшло в звичку, побут і свідомість певної групи чи всього суспільства. Тобто звичай – це усталені правила поведінки, природна життєва потреба людей. Як слушно з цього приводу зазначається в юридичній літературі, звичаї були і залишаються однією з форм регулювання суспільних відносин у суспільстві. Дотримання звичаю в основному забезпечується засобами суспільного впливу [3, с. 40–41].

З аналізу юридичної літератури вбачається, що категорії «звичай» та «правовий звичай» не мають досить чіткої визначеності і часто підмінюються один одним. Правовий звичай в науковій літературі тлумачать як:

- 1) санкціоновані державою правила поведінки, які раніше склалися в результаті довготривалого повторення людьми певних дій, завдяки чому закріпилися як стійка норма [4, с. 184];
- 2) історично складене шляхом багаторазового повторення правило поведінки, котре взяте під охорону держави, одне з її джерел права [5, с. 238];
- 3) санкціоновані державою правила поведінки, затверджені суспільством як простий звичай в результаті довготривалої в часі повторюваності, що стали традицією [6, с. 148];
- 4) санкціоноване і забезпечуване державою звичаєве правило поведінки [7, с. 121].

Із наведеного вбачається, що не кожний звичай стає правовим, а тільки той, що відповідає інтересам держави, спільноти або суспільства в цілому. Тобто основна відмінність при визначенні поняття «звичай» та «правовий звичай» вбачається у визнанні і санкціонуванні звичаю державою.

Римські юристи розрізняли кілька видів правових звичаїв. По-перше, звичаї *secundum legem* (на додаток закону), які відіграють найважливішу роль, сприяють розумінню змісту тих термінів та висловів закону чи судового рішення, які вжито в особливому, відмінному від загальноприйнятого значенні (зловживання правом, розумна ціна тощо). По-друге, звичаї *praeter legem* (крім закону) застосовуються у випадку прогалин у праві/законодавстві. По-третє, *contra legem* та *adversus legem* (проти закону), наявні при колізії закону та звичаю, відіграють незначну роль у правовій системі.

Специфічною ознакою чинності звичаєвого права є те, що воно у своєму здійсненні, на відміну від закону і прецеденту, не залежить від приписів законодавчої та судової влади і переважно не користується державним захистом, за винятком, коли звичаєва норма визнається державою як норма позитивного права.

Багато сучасних положень договірного права було розроблено ще договірною доктриною XVIII та XIX століть. Теорія «природного права», яка панувала в XVIII ст., передбачала, що особа мала невід'ємне право на приватну власність, вона також вільно могла набувати чи відчужувати цю власність, завдяки чому укладала договори. Водночас договірне право знаходилося під впливом патерналізму, який був ідеологією XVIII ст. та передбачав судовий захист для тих, хто не міг власними силами захистити

свої інтереси на вільному ринку [8, с. 8]. Загалом же у західному правознавстві того часу відношення до правового звичаю формувалось від повного заперечення звичаєвого права в XIX ст. до визнання звичаю як субсидіарного, а в теперішній час – джерела права нарівні із законом. Зважаючи на наведене, можна зробити висновок, що звичай не втрачають свого значення, вони продовжують діяти як на побутовому рівні, так і на теоретичному, маючи значний вплив на формування нової правової системи.

Визначаючи місце звичаю в системі джерел права, доцільно наголосити, що правовий звичай як один з перших та найдавніших джерел правового регулювання на сучасному етапі розвитку правової думки привертає до себе значну увагу дослідників. Не є винятком із правила і інтерес до звичаю як до джерела правового регулювання договірних відносин. Так, договірні відносини можуть регулюватися звичаєм, наприклад, звичаєм ділового обороту, під яким розуміється правило поведінки, яке не передбачене актами законодавства, але є усталеним, тобто таким, що широко застосовується у певній сфері відносин (ст. 7 ЦК). Використовуючи класифікацію Р. Давида [9, с. 94–95], ЦК України визнає звичай на доповнення закону (*secundum legem*), звичай окрім закону (*praeter legem*) та заперечує існування звичаїв проти закону (*contra legem*). Стаття 7 ЦК України передбачає також можливість фіксації звичаю у відповідному документі. При цьому умовою застосування звичаю є його несуперечливість договору та актам цивільного законодавства.

Законодавець у ЦК України визначає такі види звичаїв: 1) звичай національної меншини (ч. 1 ст. 28); 2) звичай ділового обороту (ст. 213, 526, 529, 531, 532, 538, 539, 613 тощо); 3) місцевий звичай (ст. 333); 4) звичай як такий (ч. 1 ст. 444).

Г. Ф. Шершеневич звичаєве право визначав як юридичні норми, які склалися силою побутових відносин, незалежно від верховної влади і набули в свідомості суспільства обов'язкового значення. Для того, щоб звичаєве право було визнано джерелом права, дослідник визначає такі умови: а) звичай має бути заснованим на усвідомленні його необхідності, як правила поведінки, на переконанні, що слід чинити саме так, а не інакше, в інтересах співжиття; б) неодноразовість його застосування [10, с. 46–50].

За ЦК РФ (ст. 5) значення джерела права надається виключно звичаєм ділового обороту. У цій самій статті звичаєм ділового обороту визнається правило поведінки, що склалося і широко застосовується в будь-якій сфері підприємницької діяльності, не передбачене законодавством, незалежно від того чи зафіксоване воно в будь-якому документі. Такий законодавчий підхід надав змогу російським цивілістам стверджувати, що звичай – це додаткове джерело права; звичай, за загальним правилом, не вважається джерелом цивільно-правових норм, норми наділені ознаками загальності і обов'язковості, а російські суди при вирішенні спорів застосовувати звичай не зобов'язані, а, отже, такі не можна вважати ні загальними, ні обов'язковими [11, с. 17–19].

Згідно з п. 1-б ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН «правовий звичай» визначається як доказ загальної практики, визнаної правовою нормою. У цьому визначенні підкреслюється вирішальна роль при утворенні «правового звичаю» визнання його певною спільнотою (етнічною або іншою соціальною групою, державою, міжнародним співтовариством) тривало і постійно існуючої, звичаєвої практики регулювання відносин цієї спільноти в якості звичаєво-правової норми [12, с. 152]. Іншими словами, звичаєва практика є усталеним способом вирішення певних правових ситуацій на основі правил поведінки, що склалися внаслідок однакових, стійких, регулярно і довготривало повторюваних дій, яких, звичайно, дотримується спільнота.

У вітчизняній судовій практиці нам не вдалося відшукати рішення з посиланням на звичай, поясненням чого може слугувати те, що законодавець, вносячи зміни до ЦПК України, не врахував нові підходи до правового регулювання цивільних відносин. Так, ст. 8 ЦПК України зобов'язує суд при вирішенні конкретної справи керуватися виключно положеннями матеріального права або ж виходити із загальних засад і змісту законодавства. Наведене правило надає змогу припустити, що законодавець у ЦПК України виключає можливість застосування положень договорів, статутів, звичаїв як регуляторів цивільних відносин. І тут варто погодитись із висловленою в літературі точкою зору, що судам має бути надане право при розгляді конкретного спору між сторонами враховувати не тільки норми права юридичного, а й інші соціальні регулятори. Хоча і без такого зазначення при вирішенні конкретних справ суди враховують положення локальних нормативних актів (статутів, регламентів), зміст договорів, що укладені сторонами спору. Без такого підходу вирішення будь-якого спору в приватноправовій сфері неможливе [13, с. 67].

Відношення правової науки до правового звичаю неоднозначне. Одні відводять провідну роль звичаю серед інших джерел права, вважаючи, що законодавчі і судові органи у своїй правотворчій і правозастосовній діяльності керуються поглядами і звичаями, які склались в суспільстві. Інші ж, навпаки, вважають звичай застарілим джерелом права, що не має суттєвого практичного значення у сучасному житті. Так, в юридичній літературі трапляються висловлювання, що «увага до звичаю в академічних колах є скоріше виявом «наукової інерції», даниною давній традиції, відповідно до якої звичай виступав як найважливіше та основоположне джерело романо-германської правової системи, аніж відображенням сучасного становища звичаю в ієрархії джерел права» [14, с. 483–485]. Однак таке

твердження більше нагадує висловлювання радянського періоду, ніж спробу переосмислити значення та роль звичаю в сучасних умовах розвитку договірних відносин, за допомогою яких опосередковується майновий оборот<sup>1</sup>. Звичай, на думку Д. І. Мейєра, настільки могутній в юридичному повсякденні, що, напевне, виведе із застосування закон, спрямований проти його застосування [15, с. 55–56].

Разом з тим в сучасних умовах розвитку ринкової економіки не слід применшувати роль звичаїв як позаюридичних джерел правового регулювання договірних відносин, однак і не слід перебільшувати їх роль у правовому регулюванні [16, с. 19], оскільки, зважаючи на законодавчий дозвіл щодо можливості застосування звичаю у договірних відносинах, не слід забувати, що правовий звичай як позаюридичне джерело правового регулювання поступається умовам цивільно-правових договорів та актам цивільного законодавства. Загалом вищезазначене не суперечить давній сентенції римського права: «Авторитет звичаю є значним, однак він не переважає приписи закону», які в умовах сьогодення можна було б доповнити ще й «приписами договору». Так, у зв'язку з цим доречно зазначити, що в Принципах міжнародних комерційних договорів (далі – принципи УНІДРУА) співвідношення звичаю та договору визначається на користь останнього.

З цього приводу доцільно зазначити, що у французькій цивільно-правовій доктрині взагалі спостерігається в окремих випадках прирівняння звичаю до закону. Наприклад, відповідно до ст. 1135 ФЦК угоди зобов'язують не лише до того, що в них виражено, а й до всіх наслідків, виконання яких відповідно до характеру цього зобов'язання вимагають справедливості, звичай або закон [17]. Натомість за загальним правилом, встановленим у праві Швейцарії, застосування звичаїв можливе за наявності прогалин у законодавчому регулюванні [18].

Водночас таке різне ставлення до звичаю як регулятора цивільних правовідносин знайшло своє відображення і в ст. 7 ЦК України та інших положеннях цивільного законодавства. Так, законодавець в ст. 7 ЦК України не спробував визначити хоча б загальні правила застосування правових звичаїв. Більше того, недарма в юридичній літературі відзначається неоднаковість підходів до застосування звичаїв у ЦК України. Наприклад, І. А. Діковська, аналізуючи ст. 526 ЦК України, доходить висновку, що умовою застосування звичаїв ділового обороту до питань виконання зобов'язання є відсутність відповідного регулювання у договорі, ЦК, інших актах цивільного законодавства. Водночас із інших статей ЦК (наприклад, ст. 527, 529, 531, 532, 538, 539, 613, 652, 687, 846) впливає пріоритетність застосування звичаїв порівняно із нормами ЦК. Натомість із ст. 627 ЦК України випливає, що звичай ділового обороту є обмежувачем свободи договору, а із ст. 630 ЦК України – що за певних умов звичаєм ділового обороту вважаються типові умови договору [19, с. 114].

З розширенням сфери правового регулювання (в розумінні юридичного права) норми права витісняють звичай. Але це, як зазначається в юридичній літературі, не означає, що люди перестають дотримуватися усталених звичаїв і керуються виключно нормами писаного права [13, с. 61]. В договірних відносинах, особливо враховуючи національну практику укладення договорів, звичай ділового обороту повинні застосовуватися на практиці.

Звичай може бути зафіксований у відповідному документі. У регулюванні міжнародної торгівлі, міжнародних перевезень, міжнародних розрахунків значну роль відігравали торгові звичаї. Під торговими звичаями О. О. Мережка пропонує розуміти єдині (одноманітні), такі, що постійно дотримуються і широко відомі, правила поведінки у міжнародній торгівлі, за якими учасниками торгівлі визнається юридичний характер обов'язків [20, с. 32].

При укладанні суб'єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності договорів можуть застосовуватися Міжнародні правила інтерпретації комерційних термінів (далі – ІНКОТЕРМС), підготовлені Міжнародною торговельною палатою у редакції 2000 р. Слід підкреслити, що сфера дії ІНКОТЕРМС обмежується питаннями, пов'язаними з правами та обов'язками сторін договору купівлі-продажу відносно поставки товарів. Тому помилковим буде сприйняття ІНКОТЕРМС як правил, що охоплюють усі договірні зобов'язання, які сторони можуть включати до контракту. Тобто ІНКОТЕРМС поширюються виключно на відносини між продавцями та покупцями в рамках договору купівлі-продажу і тільки в чітко визначених аспектах.

В 1994 р. було опубліковано і введено в дію два зведення норм уніфікованого контрактного права – Принципи УНІДРУА і Принципи європейського контрактного права (далі – ПЄКП). Зазначені документи розроблені не як міжнародні конвенції чи модельні закони, а як правила, які застосовуються сторонами міжнародних контрактних відносин за їх волевиявленням. Ідея їх розробників, як стверджує В. В. Луць, полягала в тому, щоб із сфери їх застосування виключити так звані споживчі договори, які у різних правових системах стають дедалі більше предметом спеціального правового регулювання, що

<sup>1</sup> Слід зазначити, що в тогочасних умовах командно-адміністративного методу управління економічними процесами питання про значення звичаєвого права не отримали достатньо яскравого вирішення. В тогочасній науковій літературі траплялися висловлювання, що звичаєве право в СРСР великої ролі не відіграє та займає скромне місце, а в більш пізніх виданнях звичаєве право не розглядалося взагалі.

має переважно імперативний характер і спрямоване на захист споживача, тобто сторони, яка вступає в договір не у процесі здійснення підприємницької чи професійної діяльності [21, с. 22–23]. Як зазначав М. І. Брагінський, такі документи можуть відігравати роль звичаїв ділового обороту [22, с. 48]. В. А. Кабатов розцінює їх як звичаї ділового обороту та як узагальнення міжнародної практики [23, с. 109].

Відповідно до ст. 1.8 Принципів міжнародних комерційних договорів «Звичай та практика» сторони пов'язані будь-яким звичаєм, стосовно якого вони домовились, та практикою, яку вони встановили у своїх відносинах. Пунктом 2 цієї статті передбачено критерії для встановлення звичаю, який застосовується за відсутності спеціальної домовленості сторін. У цій ситуації необхідною умовою застосування звичаю є те, що звичай повинен бути широко відомим та постійно дотримуваним у відповідній сфері [24, с. 22 – 23]. Усталена практика відносин між сторонами насамперед стосується лише конкретних суб'єктів договірних відносин, що склалися між ними у попередніх договірних відносинах. Безпосередньо в договорі така практика не фіксується, але припускається як така через відсутність заперечень з цього приводу [25, с. 130].

Отже, якщо змоделювати логічний ланцюг рівнів правового регулювання договірних відносин, то отримаємо таку послідовність: на першому місці – імперативні норми, що визначають взаємовідносини між учасниками; на другому – умови договору, визначені за домовленістю між сторонами; на третьому місці – диспозитивні норми, що діють у тому випадку, коли сторони своєю домовленістю не встановлюють інший порядок або взагалі не виключають дію норми. І тільки за відсутності названих трьох рівнів правового регулювання до відносин сторін можуть застосовуватися звичаї ділового обороту.

Зважаючи на вищевикладене, слід констатувати, що на сучасному етапі розвитку правової думки та підходів до правового регулювання цивільних відносин відбувається звуження сфери дії звичаєвого права на користь закону та договору, що надає можливість стверджувати про його трансформацію у додаткове (порівняно з іншими) джерело права, оскільки можливість його застосування напряму залежить від наявності законодавчих норм або ж умов договору.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Общая теория государства и права: академ. курс в 2-х т.* / Под. ред. М. Н. Марченко. – Т. 2. – М.: Юридическая литература, 1998. – С. 264.
2. *Яворська О. С.* Договірні зобов'язання про передання майна у власність: цивільно-правові аспекти: монографія / О. С. Яворська. – Підручники і посібники, 2009. – С. 21.
3. *Жовтобрюх М. М.* Звичаєве прав: сутність, генеза, чинність: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12 / М. М. Жовтобрюх. – К., 2002. – С. 40–41.
4. *Хропанюк В. Н.* Теория государства и права: Учебное пособие для высших учебных заведений / В. Н. Хропанюк // Под ред. В. Г. Стрекозова. – М.: Изд-во «Дабахов, Ткачев, Димов», 1995. – С. 184.
5. *Румянцев О. Г., Додонов В. Н.* Юридический энциклопедический словарь / О. Г. Румянцев, В. Н. Додонов. – М.: ИНФРА-М, 1997. – С. 238.
6. *Комаров С. А.* Общая теория государства и права: курс лекций. Изд. 2-е / С. А. Комаров. – М.: Манускрипт, 1996. – С. 148.
7. *Головченко В. В., Ковальський В. С.* Юридична термінологія. Довідник / В. В. Головченко, В. С. Ковальський. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – С. 121.
8. *Athiya P. S.* An introduction to the law of contract. – Fifth edition / P. S. Athiya. – Oxford, 1995. – P. 8.
9. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози; пер. с фр. В. А. Туманов. – М.: *Международ. отношения*, 2003. – С. 94–95.
10. *Шершеневич Г. Ф.* Курс гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. – Тула: Автограф, 2001. – С. 46–50.
11. *Комментарий к ГК РФ, части первой (постатейный)* / Под. ред. О. Н. Садикова. – М.: КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 1999. – С. 17–19.
12. *Дмитрієв А. І., Муравйов В. І.* Міжнародне публічне право: навчальний посібник / А. І. Дмитрієв, В. І. Муравйов. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – С. 152.
13. *Яворська О. С.* Договірні зобов'язання про передання майна у власність: цивільно-правові аспекти: монографія / О. С. Яворська. – Підручники і посібники, 2009. – С. 67, 61.
14. *Марченко М. Н.* Источники права: учеб. пособие / М. Н. Марченко. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – С. 483–485.
15. *Мейер Д. И.* Русское гражданское право (в 2-х ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 2-е, испр. / Д. И. Мейер. – М.: «Статут», 2000. – С. 55 – 56.
16. *Цивільний кодекс України: постатейний коментар у двох частинах: Ч. 1* / Кер. авт. кол. та відповід. ред. проф. А. С. Довгерт, проф. Н. С. Кузнецова. – К.: Юстиніан, 2005. – С. 19.
17. *Code civil.* Version consoledee au 1 septembre 2013 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>.

18. *Swiss Civil Code* of 10 December 1907 (Status as of 1 July 2013) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.admin.ch/e/rs/2/210\\_en.pdf](http://www.admin.ch/e/rs/2/210_en.pdf).
19. Діковська І. А. Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань: монографія / І. А. Діковська. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – С. 114.
20. Мережко А. А. Транснаціональне торговельне право (*lex mercatoria*) / А. А. Мережко. – К.: Таксон, 2002. – С. 32.
21. Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності: навчальний посібник / В. В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – С. 22–23.
22. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая. Общие положения: Изд. 3-е, стереотипное / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: «Статут», 2001. – С. 48.
23. Кабатов В. А. Применимое право при разрешении споров в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате РФ / В. А. Кабатов // Хозяйство и право. – 1998. – № 6. – С. 109.
24. Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А. С. Комарова. – М.: Междунар. отношения, 2003. – С. 22–23.
25. Зумбулидзе Р. М. Обычное право как источник гражданского права / Р. М. Зумбулидзе // Обычай в праве: Сборник. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 130.

*This article is devoted to the place of custom in the sources of legal regulation of contractual relations, focuses on narrowing the scope of the common law in favor of the law and the agreement that suggests its transformation into additional (compared to others) a source of law, since the possibility of its application depends the availability of legislation or the contract.*

*Статья посвящена определению места обычая в системе источников правового регулирования договорных отношений, акцентируется внимание на сужении сферы действия обычая в пользу закона и договора, позволяет утверждать о его трансформации в дополнительный (по сравнению с другими) источник права, поскольку возможность его применения напрямую зависит от наличия законодательных норм или условий договора.*

## СУТНІСТЬ ПРИМІРНОГО ДОГОВОРУ У ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

**Кицик Я. Р.,**

*аспірант, молодший науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*Статтю присвячено питанням використання примірних договорів у господарському праві України. Проаналізовано основні функції примірних договорів. Запропоновано зміни до чинного законодавства, що регулює застосування примірних договорів.*

**Ключові слова:** договір, договірне право, господарський договір, примірний договір.

Питання договірної права є вкрай важливими для розвитку економіки нашої країни. Також не буде перебільшенням зазначити, що якісно високий рівень законодавства в сфері договірних відносин є запорукою стабільності національної економіки. Визначальна роль в удосконаленні правового регулювання даних відносин належить державі, яка різним чином впливає на регулювання господарсько-договірних відносин, в тому числі шляхом рекомендування примірних договорів.

Тією чи іншою мірою проблеми використання примірних договорів досліджували О. А. Беляневич, В. В. Луць, В. С. Мілаш, В. С. Щербина, М. І. Брагинський, В. В. Вітрянський. Проте комплексні дослідження щодо місця та значення примірних договорів в господарському праві України сьогодні відсутні. З огляду на це певний науковий інтерес викликає сам термін «примірний» договір.

Стосовно терміна «примірний» в правовому понятті «примірний договір» варто відмітити його коректність, відповідність назви призначенню та змісту. Слід зазначити, що воно підібрано доволі вдало, оскільки має корінь «примір» та має те саме значення, що і приклад [1, с. 1122]. Значною мірою примірному договору в сфері господарювання відведено саме місце *прикладу*, який пропонується для застосування суб'єктами господарювання, уповноваженими на те державними органами. Тобто приклад, який користується довірою в осіб, котрі укладають на його основі власні договори, в силу авторитету органів, які його рекомендують.

Слід звернути увагу, що в сьогоденні доволі легко відшукати чи то в глобальній мережі, чи то в друкованих виданнях приклади тих чи інших господарських договорів, що укладались між суб'єктами

господарювання. Проте, на відміну від останніх, примірний договір є тим прикладом, якому, в ідеалі, відведено місце еталону, чи то правового взірця в конкретній сфері договірних відносин в господарському праві України.

Щодо походження примірних договорів, то в науці існує твердження, що подібні конструкції являються суто атавізмом планових договорів, що застосовувалися в минулому столітті [2, с. 4]. Однак подібна думка є доволі спірною.

Вважаємо, що примірні договори мають схожі функції з типовими законами, які використовуються в міжнародному праві, наприклад, Типовий закон про електронну торгівлю Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі. Як вказано в вищезазначеному законі, що всім державам при прийнятті або перегляді своїх законів належним чином слід враховувати положення Типового закону про електронну торгівлю Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі зважаючи на необхідність уніфікації законодавства, що застосовуються до альтернативних паперовим формам методів передачі та зберігання інформації [3].

Так само і суб'єктам господарювання при розробці власних конкретних договорів Кабінет Міністрів України та інші уповноважені державні органи рекомендують орієнтовні умови господарських договорів (примірні договори), а у визначених законом випадках – затверджують типові договори, які також покликані уніфікувати та впорядковувати договірні відносини в сфері господарювання.

Судячи з вищевикладеного, ідеться про схоже регулювання відносин на різних рівнях: стосовно типових законів – на міжнародному, а стосовно примірних та типових договорів – на національному рівні.

Правовою основою використання примірних договорів у господарському праві України є Господарський кодекс України (далі – ГК України). Частина 2 ст. 179 ГК України визначає *примірний договір* як орієнтовні умови господарських договорів, що рекомендуються суб'єктам господарювання Кабінетом Міністрів України, уповноваженими Президентом України міністерствами, іншими центральними органами виконавчої влади.

Дещо некоректною є норма ч. 4 ст. 179 ГК, де вказано, що сторони можуть визначати зміст договору на основі примірного договору, рекомендованого органом управління суб'єктам господарювання для використання при укладенні ними договорів, коли сторони мають право за взаємною згодою змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст. Тобто з даної норми слідує, що примірні договори приймаються *органами управління* без вказівки на співвідношення цього поняття і поняття *органу державної влади*. З цього приводу О. А. Беляневич слушно зауважує щодо необхідності внесення змін до абз. 3 ч. 4 ст. 179 ГК України, в якому правильно було б зазначити, що право рекомендації примірного договору належить не *органу управління*, а уповноваженому *органу державної влади* [4, с. 188–189].

Також вищезазначена стаття ГК України визначає коло суб'єктів, яким рекомендуються примірні договори в господарському праві, а також те, що при укладенні господарських договорів сторони (при цьому поняття «сторони» більш ширше ніж поняття «суб'єкти господарювання») можуть визначити зміст договору на основі вільного волевиявлення, примірного договору, типового договору, договору приєднання.

Далі у цій самій статті уточнюється зміст поняття «сторони», що стосується виключно примірних договорів (у всіх інших випадках – на основі вільного волевиявлення, типового договору, договору приєднання, поняття «сторони» не має уточнень і вживається як «сторони господарського договору»). А стосовно примірних договорів поняття «сторони» можна розцінювати лише як «суб'єкти господарювання», оскільки примірні договори їм рекомендуються.

Вважаємо, що це деякою мірою може викликати проблеми при використанні примірних договорів. Так, зважаючи на те, що сторонами господарських договорів можуть бути не тільки суб'єкти господарювання, слушно було б вживати ширше поняття, яке вказане в ст. 2 ГК України, – учасники відносин у сфері господарювання, що включає в себе суб'єктів господарювання, споживачів, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, а також громадян, громадські та інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності.

Вищезазначені пропозиції змін до ГК України ставлять перед собою ціль покращити ефективність застосування примірних договорів у сфері господарювання.

Важливим є питання щодо мети примірних договорів у господарському праві України. В. С. Щербина відносить примірні договори до засобів державного регулювання господарської діяльності [5, с. 19]. Підтримуємо дану думку з огляду на те, що примірні договори в господарському праві приймаються державними органами та, по суті, є специфічними різновидами нормативно-правових актів, які впливають на укладання конкретних господарських договорів шляхом їх рекомендації. Водночас так звана рекомендаційність примірних договорів, на наше переконання, визначена не достатньо чітко. Це може впливати з такого:

– згідно з ч. 4 ст. 179 ГК України сторони мають право за взаємною згодою змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст, однак ні в кодексі, ні в інших

нормативно-правових актах не визначено, скільки умов та які саме умови можна за взаємною згодою змінювати;

– текстуальний виклад ч. 4 ст. 179 ГК України надає змогу зробити припущення, що сторони можуть за взаємною згодою або змінювати, або доповнювати його зміст, однак якщо все ж передбачається, що вони можуть робити перше та друге одночасно, то вбачається використання структури «та/або», а не «або», як це зазначено тепер («...сторони мають право за взаємною згодою змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст»);

– в національному законодавстві не визначено правові наслідки не використання чи не належного використання примірних договорів.

Ці та інші проблеми породжують неоднозначну судову практику. Так, у постанові Вищого господарського суду України від 17.03.2014 р. у справі № 919/926/13 суд в якості обставини, яка сприяла задоволенню вимог позивача щодо визнання договору укладеним, вказав, що суди попередніх інстанцій під час розгляду даної справи належним чином не з'ясували, чи відповідає запропонований позивачем проект договору купівлі-продажу нежитлових приміщень змісту Примірного договору купівлі-продажу об'єкта державної власності (груп А, Д, Ж), що підлягає продажу шляхом викупу, затвердженого наказом Фонду державного майна України від 27.06.2012 р. № 3046 [6]. Тож, аналізуючи зміст даної постанови суду, можемо припустити, що зазначений в ГК України «рекомендаційний характер» примірного договору був поставлений ВГС України під сумнів.

Більше того, судова практика іноді прямо визначає умови примірних договорів як обов'язкові. Наприклад, в постанові Одеського апеляційного господарського суду від 04.02.2013 р. у справі № 5017/1686/2012 суд вказує, що умови, встановлені примірним договором, що затверджений наказом Міністерства транспорту та зв'язку України від 30.11.2010 р. № 860, є обов'язковими для застосування під час укладання договорів між господарюючими суб'єктами про надання автостанційних послуг [7].

На нашу думку, дане судове рішення наочно демонструє випадки неоднозначного судового тлумачення норм ГК України, що регулюють використання примірних договорів. Внаслідок цього в судовій практиці, фактично, ставиться знак рівності між типовими та примірними договорами та ігнорується їх різне правове призначення.

У зв'язку з цим перед правовою наукою постає завдання вдосконалення норм, що регулюють використання примірного договору, для більш чіткого його розмежування з типовим договором, що надасть можливість зберегти рекомендаційний характер примірного договору, як це зазначено в ГК України.

Виходячи з вищенаведеного, пропонуємо внести доповнення до ч. 3 ст. 181 ГК України щодо того, що норми примірних договорів носять винятково рекомендаційний характер, оскільки для більш «жорсткого» регулювання господарських договірних відносин існують типові договори.

Основне призначення та вплив примірних договорів на суспільні відносини виражається в його функціях. Однією з ключових функцій примірних договорів є *регулятивна*. Примірні договори впливають на формування змісту конкретних договорів у сфері господарювання, при цьому даний вплив характеризується певною диспозитивністю.

Примірним договорам в господарському праві України притаманна також і *превентивна* функція. Наявність примірних договорів є одним із правових засобів попередження: а) господарсько-правових порушень; б) конфлікту інтересів (в тому числі публічних і приватних) у сфері господарювання та дотримання їх балансу.

Система джерел господарського права характеризується значною складністю, з огляду на це функція примірних договорів у попередженні господарсько-правових порушень характеризується тим, що примірні договори надають змогу ознайомити в доступній та зручній формі (у вигляді одного нормативно-правового акта) осіб, які планують укласти той чи інший договір, з нормативно-правовими вимогами до цього виду договорів.

Роль примірного договору в попередженні та розв'язанні конфлікту інтересів (в тому числі публічних і приватних) у сфері господарювання зводиться до того, що дані договори не переслідують нав'язування завідомо не вигідних умов одній зі сторін, їх коректність підтримується авторитетом держави та органу, який прийняв даний примірний договір, вони загалом побудовані на принципі взаємовигоди. У ч. 4 ст. 179 ГК України зазначено, що сторони можуть за взаємною згодою змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст. Тож є підстави припускати, що сторони мають право змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст лише за взаємною згодою. Зокрема, господарські суди тлумачать дану норму так: якщо у випадку коли сторони не можуть прийти до взаємної згоди, то договірні правовідносини сторін мають будуватись на умовах відповідного примірного договору [8].

Дане судове рішення також наводить конкретний випадок, вираження *охоронної* функції примірних договорів. Якоюсь мірою примірні договори забезпечують існування юридичної основи для можливості захисту порушених прав як сторін договору, так і інших осіб.

Поряд з вищевказаними функціями примірних договорів можна виділити *оціночну* функцію, яка полягає в тому, що примірні договори є своєрідними критеріями правомірності чи неправомірності конкретного господарського договору, а також є їх мірилом справедливості.

Важливою також є функція *формування правової культури та підвищення рівня правосвідомості* в сфері господарювання. Адже примірні договори, певною мірою, сприяють закріпленню та засвоєнню основних цінностей права. Цьому сприяє той факт, що норми (умови) в примірних договорах впорядковано викладені у формі проекту договору.

Той факт, що примірні договори рекомендуються державними органами, говорить про бажання цих органів впливати на укладання конкретних договорів. Зокрема, даний вплив виражається в певному прагненні *уніфікувати та впорядковувати договірні відносини* в сфері господарювання, що і є однією із функцій примірних договорів в господарському праві України.

Таким чином, розглянувши примірний договір в господарському праві України, визначаємо його як вид нормативно-правового акта, що прийнятий спеціально уповноваженими органами державної влади, має форму проекту договору та містить рекомендації щодо змісту відповідних господарських договорів.

Визначаючи важливе значення примірного договору у господарському праві України, водночас вбачаємо істотні правові прогалини стосовно визначення його місця в господарському праві України та порядку його застосування. При цьому одним з головних є питання щодо обов'язковості використання суб'єктами господарювання примірного договору, а також правових наслідків щодо не використання або ж неналежного використання, які на даний час недостатньо визначені в законодавстві України.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Великий тлумачний словник сучасної української мови* (з дод. і допов.) / Уклад. голов. ред. В. Т. Бусел. – К. Ірпін': ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.
2. *Мустафин Р. Ф.* Правовое регулирование типовых договоров российским гражданским правом в контексте реформы частного права // автореф. дис канд. юрид. наук. Специальность 12.00.03 / Р. Ф. Мустафин; Федер. бюдж. образов. учреж. высшего проф. образов. «Российский университет дружбы народов». – М., 2014. – 26 с.
3. *Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и Руководство по принятию 1996 год* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/05-89452\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/05-89452_Ebook.pdf).
4. *Беляневич О. А.* Господарське договірне право України (Теоретичні аспекти). Монографія. – Юрінком Інтер, 2006. – 592 с.
5. *Засоби державного регулювання господарської діяльності: зб. наук. пр. / НАПрН України, НДІ приват. права і підприємництва; редкол.: В. С. Щербина (голова) [та ін.].* – К.: Ред. журн. «Право України», 2013 – 184 с.
6. *Постанова Вищого господарського суду України від 17.03.2014 р. справа № 919/926/13* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37763504>.
7. *Постанова Одеського апеляційного господарського суду від 04.02.2013 р. справа № 5017/1686/2012* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29253459>.
8. *Рішення господарського суду Харківської області від 22 травня 2012 р. по справі № 5023/1551/12* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24376423>.

*The article deals with the use of sample agreements in commercial law of Ukraine. Analyzed the basic functions of sample agreements. The proposed changes to the current legislation governing the use of sample agreements.*

*Стаття посвячена вопросам использования примерных договоров в хозяйственном праве Украины. Проанализированы основные функции примерных договоров. Предложены изменения в действующее законодательство, регулирующие применение примерных договоров.*

### ДОГОВІРНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ФОРМУВАННЯ ЗОНИ ВІЛЬНОЇ ТОРГІВЛІ МІЖ УКРАЇНОЮ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИМ СОЮЗОМ

**Король А. О.,**

*головний спеціаліст відділу зв'язків з державними органами і міжнародними організаціями НАПрН України, здобувач НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*У статті розглянуто ключові аспекти формування зони вільної торгівлі між Україною та Європейським Союзом. Проаналізовано наслідки відтермінування тимчасового застосування розділу про торгівлю Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом і його державами-членами.*

**Ключові слова:** зона вільної торгівлі, Угода про асоціацію, тарифні та нетарифні обмеження, відтермінування застосування, експортери.

Інтеграція України до світового економічного простору відіграє важливу роль у розвитку держави, саме тому Україна зацікавлена у сприятливому середовищі, яке спрощувало б доступ вітчизняних товарів до зовнішніх ринків та забезпечувало підвищення конкурентоспроможності виробництва. Членство у СОТ зробило певний внесок у досягненні цієї мети, забезпечивши вищий рівень стабільності та прозорості торговельної політики в Україні та країнах-партнерах. Поглиблення регіональної інтеграції в різних напрямках може створювати додаткові можливості для лібералізації торгівлі, а отже, економічного розвитку.

У такому контексті для України найбільш актуальною проблемою є формування договірно-правових основ для збалансованого забезпечення інтересів суб'єктів господарювання, насамперед експортерів, на європейському ринку.

Виходячи із зазначеного, метою даної статті є дослідження проблем формування зони вільної торгівлі з ЄС внаслідок відтермінування тимчасового застосування системи норм, закріплених у розділі IV «Торгівля та питання, пов'язані з нею» Угоди про асоціацію між Україною та ЄС і його державами-членами.

Окремі аспекти Угоди про асоціацію аналізувалися як у колективних, так й індивідуальних дослідженнях українських вчених, зокрема, В. Короля, О. Сушко, О. Зелінської, Р. Хорольського, В. Мовчана, І. Солоненко, В. Гуменюка, В. Трюхана. Водночас раніше об'єктивно малодослідженою, але важливою частиною загальної проблеми, яка має безпосередній зв'язок з реалізацією євроінтеграційних стратегій України та вперше розглядається у господарсько-правовій площині, є питання правового режиму імпорту українських товарів на спільний ринок ЄС у контексті відтермінування тимчасового застосування системи норм спеціального розділу Угоди про асоціацію про ПВЗВТ, чому буде приділено увагу в даній статті.

Із ратифікацією Угоди про асоціацію між Україною та ЄС і його державами-членами [1] (далі – Угода) настав новий етап розвитку для нашої держави, що дасть змогу перейти від партнерства і співробітництва до політичної асоціації та економічної інтеграції. Як зазначають українські фахівці, в цілому Угоду про асоціацію охоплює п'ять аспектів співпраці, якими є посилення у сфері економіки, налагодження секторального співробітництва в понад тридцяти сферах, зокрема, в сільському господарстві, промисловості, енергозабезпеченні, захисті прав споживачів [2].

До пріоритетних цілей асоціації відповідно до ст. 1 Угоди віднесено, по-перше, створення умов для розширення економічних та торговельних відносин, спрямованих на поступову інтеграцію України до внутрішнього ринку ЄС, чому має сприяти створення двосторонньої поглибленої й всеохоплюючої зони вільної торгівлі, по-друге, підтримка дій України на шляху завершення перетворення її економіки у стабільно функціонуючу збалансовану ринкову економіку через, у тому числі, здійснення масштабних процесів адаптації законодавства України до *acquis* ЄС.

Питанням торгівлі в Угоді присвячено розд. 4, де у ст. 25 визначено такі загальні засади щодо створення та функціонування зони вільної торгівлі:

– протягом перехідного періоду, що не перевищує 10 років, сторони створюють зону вільної торгівлі для товарів, що походять з територій сторін. Згідно зі ст. 2 та ст. 3 Протоколу I «Щодо визначення концепції «походження товарів» і методів адміністративного співробітництва» перелічені товари мають вважатися як такі, що походять з ЄС: товари, цілком вироблені в ЄС, товари, отримані в ЄС з матеріалів, які не були вироблені цілком у ЄС, за умови, що такі матеріали пройшли достатню обробку в ЄС, а також товари, отримані (вироблені) на даній території з використанням матеріалів, які походять із України, за умови, що обробка, виконана в ЄС. Аналогічне правило застосовується для визначення походження товарів з України;

– питання створення та функціонування ПВЗВТ підлягають регулюванню, відповідно до Генеральної угоди з тарифів і торгівлі 1994 р. (ГАТТ) Світової організації торгівлі, зокрема статті XXIV.

З метою усунення торговельних бар'єрів для товарів, які походять з території ЄС та України, запроваджується преференційний режим, що передбачає зменшення або скасування мита на імпорт та експорт. Загалом, Україна та ЄС скасують імпорتنі мита на близько 97 % та 96,3 % тарифних позицій відповідно. Стосовно експортних мит сторони домовилися, що від набуття Угодою чинності не запроваджуватимуть у двосторонній торгівлі нових, а діючі на сьогодні в Україні експортні мита буде поступово скасовано впродовж 10 років.

Водночас по окремих товарах – зокрема, насінні соняшнику, шкірсировині, окремих видах брухту кольорових та чорних металів – запроваджується спеціальний захисний механізм, який передбачає стягнення додаткового збору. Загальний термін дії захисного механізму становить 15 років [3, 4].

Українські експортери матимуть додаткову перевагу по товарах, по яких ЄС запропонував встановлення тарифних квот. Зокрема, йдеться про м'ясо свинини, курятини, цукор тощо. Зазначені товари є чутливими для ЄС та, зазвичай, вилучаються з режиму лібералізації при укладенні Угод про вільну торгівлю. Водночас у результаті переговорів Україна отримала можливість завозити певні обсяги даних товарів без справляння ввізних мит. При цьому не йдеться про обмеження обсягів

імпорту, а лише про те, що імпорт зазначених товарів понад визначений обсяг підпадатиме під загальний режим імпорту, тобто оподатковуватиметься за тими ж умовами, які діють для України сьогодні [4].

Угодою у ст. 29 також визначено, що через 5 років після набрання нею чинності сторони можуть на запит будь-якої сторони провести консультації між собою з метою розгляду прискорення та розширення сфери скасування ввізного мита у торгівлі між ними. Отже, суб'єктам підприємництва України надано можливість, за умов незмінюваного мита, коли жодна сторона не може збільшити існуюче мито або схвалити справляння будь-якого нового мита на товар, що походить із іншої сторони, як це вказано у ст. 30 Угоди, адаптуватися та, у разі необхідності, прискорити свій вихід на спільний ринок.

Поряд зі скасуванням тарифних обмежень для торгівлі України з державами-членами ЄС також відбуватиметься зменшення нетарифних обмежень. Так, у ст. 34 Угоди задекларовано, що кожна сторона надає національний режим товарам іншої сторони відповідно до статті III ГАТТ 1994. Статтю III ГАТТ 1994 та її примітки щодо тлумачення включено до цієї Угоди, і вони є її невід'ємною частиною. Згідно зі ст. III ГАТТ 1994 національний режим запроваджується щодо внутрішнього оподаткування та регулювання. У ч. 4 ст. III ГАТТ 1994 визначено, що товарам, які походять з території будь-якої сторони, імпортованим на територію будь-якої іншої сторони, повинен надаватися режим не менш сприятливий, ніж режим, який надається подібним товарам національного походження, щодо всіх законів, правил та вимог, які стосуються внутрішнього продажу, пропозиції до продажу, купівлі, транспортування, розподілу чи використання товарів [5].

До нетарифних заходів згідно зі ст. 35 Угоди належить також недопущення запровадження або збереження в силі будь-яких заборон чи обмежень або заходів еквівалентної дії щодо імпорту будь-якого товару іншої сторони, або експорту чи продажу для експорту будь-якого товару, призначеного для території іншої сторони, за винятком випадків, передбачених Угодою або відповідно до статті XI ГАТТ 1994.

У рамках ПВЗВТ згідно зі ст. 56 Угоди Україна вживатиме необхідних заходів з метою поступового досягнення відповідності з технічними регламентами ЄС та системами стандартизації, метрології, акредитації, робіт з оцінки відповідності і ринкового нагляду ЄС та зобов'язується дотримуватися принципів і практик, викладених в чинних рішеннях та регламентах ЄС. Гармонізація технічних стандартів сторін має скоротити наявні нетарифні бар'єри у торгівлі між сторонами, підвищить якість і відповідно конкурентоспроможність продукції на ринку, а також сприяти формуванню позитивного іміджу України на регіональному ринку щодо якості українських товарів.

З цією метою Україна повинна, як зазначено у ст. 57 Угоди, імплементувати відповідні положення *acquis* ЄС до свого законодавства, здійснити адміністративні та інституційні реформи, необхідні для виконання цієї Угоди відповідно до Угоди про оцінку відповідності та прийнятність промислових товарів, а також запровадити ефективну і прозору адміністративну систему, яка необхідна для імплементції глави 3 «Технічні бар'єри у торгівлі» Угоди.

Очікується, що зменшення втрат від антидемпінгових розслідувань і послаблення тарифних бар'єрів для експорту вітчизняної продукції на європейських ринках сприятиме збільшенню обсягів експорту на тлі розширення ринків збуту. Найбільші переваги отримуватиме агропромисловий комплекс і текстильне виробництво. Менші – машинобудування та металургія, виробничу діяльність та активне нарощування обсягів зовнішньої торгівлі яких стримуватиме рівень конкурентоспроможності вітчизняної продукції. У середньостроковій перспективі відбуватиметься посилення позитивних процесів в економіці на користь активнішого нарощування обсягів експорту вітчизняної продукції до держав-членів ЄС. Це відбуватиметься, передусім, за рахунок адаптації законодавства України до європейського законодавства у сфері технічного регулювання [6, с. 38–39].

Наразі фахівцями визначено, що Україна має суттєві порівняльні переваги за сировинними товарами, які характеризуються низьким ступенем обробки та низькою доданою вартістю (товари рослинного і тваринного походження, вироби з металів і хімічної галузі). Натомість держави ЄС мають переваги у високотехнологічних товарах. Отже, можна очікувати великі потенційні вигоди від міжгалузевої торгівлі в разі вільної торгівлі, оскільки структура експорту між партнерами різна.

Проте товари, які пропонують українські виробники, не користуються таким попитом на європейському ринку, як товари, що походять з ЄС, на українському. Таким чином, додаткові чималі переваги для українських виробників можуть появитися за умови зміни структури експорту [6, с. 153].

Угода про асоціацію набуде чинності через 3 місяці з дня останньої ратифікації усіма країнами-членами ЄС. До того часу з 1 листопада 2014 року розпочалося тимчасове застосування окремих положень Угоди. Планувалося, що зона вільної торгівлі з ЄС запрацює через 2 місяці після ратифікації вже підписаної угоди у Верховній Раді України. Внаслідок тристоронніх переговорів між Україною, ЄС та Росією 12 вересня 2014 року було досягнуто домовленості щодо відтермінування тимчасового застосування розд. IV Угоди «Торгівля та пов'язані з нею питання» до 1 січня 2016 року,

що було здійснено за ініціативою РФ. На думку Президента РФ, якщо Україна «підє на істотну лібералізацію митного режиму з Євросоюзом, то на ринок України неминує хлинуть товари досить непогані за якістю і за ціною, але це призведе до того, що вони будуть витискати з власне українського ринку товари саме українського виробництва. Тоді країнам Митного союзу доведеться подумати про захисні заходи». За його словами, проблема полягає ще й у тому, що важко буде зрозуміти маркування, країну походження товару. «І це може поставити наших виробників у досить складне становище» [7].

Незважаючи на відсунення дати тимчасового застосування Угоди, вона була синхронно ратифікована Україною та ЄС 16 вересня 2014 року. Як зазначив міністр юстиції України П. Петренко, «з наступного дня після ратифікації уряд країни стверджує національний план набуття чинності Угоди. Щодня чітко розписується, який з органів повинен прийняти ті чи інші зміни, реформувати той чи інший сектор. Угода про асоціацію – це не що інше, як стратегічний план реформ» [8].

Серед позитивних наслідків відтермінування Угоди можна назвати введення односторонніх преференцій з боку ЄС для українських суб'єктів господарювання. Це означає, що українські товари надходитимуть на ринок ЄС без мита, у той час як європейські експортери мають сплачувати мито.

Здійснено розрахунок, що реальне річне збереження митних платежів не перевищить 3 млрд. грн., тобто менше ніж 200 млн. євро. В масштабах ЄС ця сума – копійчана. Для українського бюджету вона стане додатковим і важливим надходженням (враховуючи кризу), але не критично великим, адже йдеться менше ніж про 1 % дохідної частини бюджету [9].

Наступним позитивним наслідком тристоронньої домовленості є те, що Росія взяла на себе зобов'язання не ініціювати виключення України із режиму вільної торгівлі з країнами СНД. Цей крок є досить важливим для України, оскільки дасть змогу українським експортерам зберегти свої позиції на російському ринку.

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити висновок, що Україна наразі перебуває у досить складній ситуації. З одного боку, наша держава має перспективи покращення вітчизняної економіки через реформи та можливі зміни структури експорту з метою виходу на європейський ринок повноцінним та незалежним учасником ринкових відносин, а з іншого – існують ризики втрати російського ринку вітчизняними суб'єктами господарювання. Але за умов ретельного дослідження впливу ПВЗВТ на кожну окрему галузь економіки України та підтримки на державному рівні тих галузей, що мають важливе значення для економіки, українські підприємці матимуть можливість модернізації та переорієнтації власного виробництва на європейський ринок, незважаючи на певні ускладнення, що їх чекають на початку шляху. Тому відтермінування Угоди про асоціацію, хоч і призупинить процеси економічних реформ в Україні, але загалом дасть можливість для підготовки до можливого зменшення експорту на російський ринок та імплементації Угоди на національному рівні у процесі масштабної адаптації законодавства України. Застосування преференційного режиму імпорту товарів у межах ПВЗВТ Україна – ЄС не позбавляє сторони Угоди про асоціацію права на застосування антидемпінгових, компенсаційних та спеціальних захисних заходів для захисту внутрішнього ринку та інтересів національних товаровиробників, що обумовлює доцільність подальшого дослідження правових засад їх застосування відповідно до норм Угоди про асоціацію та багатосторонніх угод Світової організації торгівлі.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом і його державами-членами.* [Електронний ресурс]. – [http://www.kmu.gov.ua/kmu/docs/EA/00\\_Ukraine-EU\\_Association\\_Agreement\\_%28body%29.pdf](http://www.kmu.gov.ua/kmu/docs/EA/00_Ukraine-EU_Association_Agreement_%28body%29.pdf).
2. *Сушко О., Зелінська О., Хорольський Р., Мовчан В., Солоненко І., Гуменюк В., Трюхан В.* Угода про асоціацію Україна – ЄС: дороговказ реформ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://euinfocentre.rada.gov.ua/euinfocentre/doccatalog/document?id=47489>.
3. *ЄС – Україна: поглиблена та всеохоплююча зона вільної торгівлі.* – С. 4. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://eeas.europa.eu/delegations/ukraine/documents/virtual\\_library/dcfta\\_guide\\_book\\_web.pdf](http://eeas.europa.eu/delegations/ukraine/documents/virtual_library/dcfta_guide_book_web.pdf).
4. *Зона вільної торгівлі Україна та ЄС.* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.if.gov.ua/?q=page&id=19368>.
5. *Генеральна угода з тарифів і торгівлі 1994 року* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/981\\_003](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/981_003); *Генеральна угода з тарифів і торгівлі 1947 року* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995\\_264](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_264).
6. *Вплив створення зони вільної торгівлі з ЄС на економіку України. Аналітичне дослідження.* – К.: Міжнародний центр перспективних досліджень, 2013. – С. 38–39, 153.
7. *Незалежне бюро новин* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://nbnews.com.ua/ua/news/97502/>.

8. Яценюк: Уряд має намір виконувати Угоду про асоціацію з ЄС // Сьогодні.ua. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ukr.segodnya.ua/politics/pnews/yacenyuk-pravitelstvo-namereno-vypolnyat-soglashenie-ob-associacii-s-es--552457.html>.

9. Сидоренко С. «Відкладена» асоціація. Приховані деталі // Європейська правда. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.eurointegration.com.ua/articles/2014/09/15/7026002/>.

*The article is devoted to the main aspects of establishing a free trade area between Ukraine and the European Union. The consequences of postponing the provisional application of the trade chapter of the Association Agreement between Ukraine and the European Union and its Member States were analyzed.*

*В статье рассмотрены ключевые аспекты формирования зоны свободной торговли между Украиной и Европейским Союзом. Проанализированы последствия отсрочки временного применения раздела о торговле Соглашения об ассоциации между Украиной и Европейским Союзом и его государствами-членами.*

## ПОНЯТТЯ ДОГОВОРУ МІЖНАРОДНОГО МОРСЬКОГО ПЕРЕВЕЗЕННЯ

**Микита І. Р.,**

*молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*У статті розглядається договір міжнародного морського перевезення у міжнародному приватному праві.*

**Ключові слова:** іноземний елемент, договір міжнародного морського перевезення, колізійна норма, зовнішньоекономічний договір (контракт).

Договірне забезпечення міжнародних морських перевезень наразі не відповідає сучасним умовам розвитку інтеграційних процесів та міжнародної торгівлі. Тому виникає необхідність здійснення комплексного дослідження договору міжнародного морського перевезення у національному та міжнародному законодавстві.

Договір міжнародного морського перевезення та певні питання, пов'язані з його поняттям та юридичною природою, розглядалися такими вченими як: І. А. Діковська, А. С. Довгерт, Г. Б. Іспаєва, В. О. Канашевський, О. С. Касаткіна, О. В. Клепікова, Є. Д. Стрельцова, Є. М. Суханов.

О. О. Красавчиков вважав, що конструкція договору як засобу саморегуляції різноманітних суспільних відносин використовується різними галузями права (міжнародним, конституційним, адміністративним, цивільним, господарським, трудовим, земельним, екологічним тощо) незалежно від ступеня імперативності правового регулювання відповідного виду суспільних відносин та взаємного правового становища суб'єктів цих відносин (субординації чи автономії). Адекватно сферам застосування та змісту цих відносин договір набуває специфічних рис, які мають юридично закріплюватись в різногалузевих правових нормах, що відображають відповідні компоненти договору, моделі, зміст, форму, порядок укладення, правові наслідки тощо. З огляду на це О. А. Беляневич дійшла висновку, що сам термін «договір» виступає науковою абстракцією, узагальненням вищого рівня, яке конкретизується в кожній галузі на рівні окремих інститутів (субінститутів). Як відомо, міжнародні морські перевезення регулюються нормами міжнародного приватного права, при цьому є підстава міркувати, що договір морського перевезення поєднує в собі різногалузеві правові норми, які підпадають під різне правове регулювання [8, с. 12].

Для договірних відносин у міжнародному приватному праві характерна наявність іноземного елемента. Згідно з ч. 2 ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. іноземним елементом є ознака, яка характеризує приватноправові відносини, що виявляється в одній або кількох формах: 1) хоча б один учасник правовідносин є громадянином України, який проживає за межами України, іноземцем, особою без громадянства або іноземною юридичною особою; 2) об'єкт правовідносин перебуває на території іноземної держави; 3) юридичний факт, який створює, змінює або припиняє правовідносини, мав чи має місце на території іноземної держави [7].

Г. Б. Іспаєва вважає, що всі договори у міжнародному приватному праві є приватноправовими. Приватноправовий договір і цивільно-правовий договір співвідносяться як вид і рід. Цивільно-правовий договір є різновидом приватноправового договору, сфера дії якого охоплює більш широке коло майнових відносин. Договори у міжнародному приватному праві вчена поділяє на: 1) зовнішньоекономічний договір (цивільно-правовий договір з іноземним елементом); 2) транснаціональний договір (приватноправовий договір з іноземним елементом). Від звичайних приватноправових договорів

їх відрізняє особливий характер відносин, що ускладнені іноземним елементом, і сфера дії даних договорів. У зв'язку з цим вони утворюють самостійну групу договорів. Співвідношення зовнішньоекономічного договору та цивільно-правового договору має важливе значення, оскільки багато в чому визначає режим правового регулювання першого. З точки зору юридичної природи зовнішньоекономічний договір – це цивільно-правовий договір, який відрізняється своєрідним міжнародним фактичним складом. Наявність у даному правовідношенні іноземної складової відрізняє режим правового регулювання зовнішньоекономічного договору від договору у цивільному праві. Договірні правовідносини з міжнародною ознакою можуть підпадати під регулювання національним правопорядком якоїсь країни, визначеним на підставі колізійного права, або міжнародно-уніфікованим (або уніфікованим, тобто єдиним для внутрішніх та міжнародних приватноправових відносин) матеріальним правом. З іншого боку, предметна сфера дії цих двох договорів також слугує основою їхнього розмежування. Зовнішньоекономічний договір опосередковує відносини у сфері міжнародного торгового обороту, має більш вузьку сферу дій. Об'єктом регулювання зовнішньоекономічного договору є сфера міжнародних комерційних відносин, що припускає його підприємницьке спрямування [11 с. 10–11].

Так звану еволюцію поняття договору морського перевезення можна простежити завдяки конвенціям, які були прийняті для врегулювання відносин, що виникають при здійсненні міжнародних морських перевезень. Конвенція про уніфікацію деяких правил про коносамент 1924 р. (Гаазькі правила) визначає договір морського перевезення як договір, що засвідчується коносаментом чи будь-яким іншим подібним документом і є підставою для здійснення морського перевезення вантажу [1]. Конвенція ООН про морські перевезення вантажів (Гамбурзькі правила 1978 р.) містить вже інше визначення договору морського перевезення, за яким договір морського перевезення є будь-яким договором, відповідно до якого перевізник за оплату фрахту зобов'язується перевезти вантаж морем з одного порту в інший, однак договір, що охоплює перевезення морем, а також перевезення будь-яким іншим способом, розглядається як договір морського перевезення для цілей даної Конвенції лише в тій мірі, в якій він відноситься до перевезення морем [2]. Конвенція ООН про договори повного або часткового міжнародного морського перевезення вантажів 2008 р. (Роттердамські правила) надає визначення, що договором морського перевезення є договір, за яким перевізник за сплату фрахту зобов'язується перевезти вантаж з одного місця в інше. Такий договір, за даним міжнародним документом, передбачає морське перевезення і може передбачати перевезення іншими видами транспорту у доповненні до морського перевезення [3]. О. М. Пташенчук вважає, що визначення, які містилися у Гаазьких-Вісбійських правилах, мали обмежувальний характер і концентрувались лише на договорах, які засвідчувались коносаментом чи будь-яким подібним документом, а Роттердамські правила надають можливість застосовувати до договорів різні документи незалежно від їхнього типу, у тому числі необоротні документи, але при цьому виключаючи чартер. Дана Конвенція також вводить використання електронних документів при здійсненні міжнародної морської торгівлі. Але при цьому не виключено проблему в багатьох юрисдикціях держав щодо альтернативних застосувань або електронних коносаментів, або паперових [16, с. 167–168].

Також даний документ містить визначення договору про організацію морського перевезення, що являє собою договір, за яким передбачається перевезення вказаної кількості вантажу серією партій протягом узгодженого строку. Таке визначення вантажу може включати мінімальну кількість, максимальну кількість або його певний діапазон. Стаття 148 Кодексу торговельного мореплавства України містить посилання на те, що умови перевезення вантажів морського перевезення визначаються договором. Морські перевезення для державних потреб здійснюються у порядку, встановленому чинним законодавством України. Перевізник і вантажовласник у разі необхідності здійснення систематичних перевезень вантажів можуть укладати довготермінові договори про організацію морських перевезень [5].

З цього приводу є цікавою думка Є. О. Суханова, який вважає, що зобов'язальні відносини між вантажовласником і перевізником не зводяться до договору перевезення конкретного вантажу. Вони виникають вже на стадії подачі транспортних засобів під завантаження і пред'явлення вантажу до перевезення. Основою таких зобов'язань, за умови їхньої систематичності та довготривалості відносин, є договори про організацію перевезень, в інших випадках – договори перевезення (договір фрахтування (чартер) на морському та повітряному транспорті) або договори, які укладаються шляхом прийняття заявки вантажовласника перевізником. На думку вченого, наразі неможна розглядати договір перевезення як центральний договір, тому що відносини перевезення регулює система договорів, мається на увазі, що разом з даним договором широко застосовуються договори про організацію перевезень і договори між транспортними організаціями про організацію роботи по забезпеченню перевезень вантажів. Стаття 798 Цивільного кодексу Російської Федерації містить закріплену норму щодо договору про організацію перевезення вантажів, за яким перевізник зобов'язується прийняти вантаж у встановлені строки, а вантажовласник пред'явити вантаж до перевезення в зумовленому обсязі. Також закріплено норму і про договір про організацію роботи по

забезпеченню перевезення вантажів ст. 799 Цивільного кодексу Російської Федерації, в якому визначається порядок передачі і прийому вантажів з одного виду транспорту на інший, а також умови здійснення таких перевезень: вузлові угоди, договори на централізоване завезення (вивезення) вантажу між транспортними організаціями [18, с. 121].

Повернемось до визначення договору морського перевезення у вітчизняній науці. Є. Д. Стрельцова вважає, що як таких спорів з приводу поняття договору морського перевезення не ведеться через те, що те визначення, яке містилось у Кодексі торговельного мореплавства СРСР просто перейшло у Кодекс торговельного мореплавства України. Вчена надає таке визначення: «договір морського перевезення вантажу, що може бути визначений як угода, відповідно до якої перевізник зобов'язується перевезти вантаж, що переданий чи підлягає переданню йому відправником, у порт призначення і видати його уповноваженій на отримання вантажу особі (одержувачу), а відправник зобов'язується сплатити встановлену суму» [17]. О. В. Клепікова надає таке визначення: «договір морського перевезення вантажів є основною формою опосередкування відносин з морських перевезень вантажів та визначається як угода, за якою перевізник зобов'язується доставити ввірений йому відправником вантаж з порту відправлення у порт призначення у встановлений законодавством чи договором строк та видати його уповноваженій на одержання вантажу особі (одержувачу), а відправник зобов'язується сплатити за перевезення вантажу провізну плату» [14]. Як бачимо, визначення майже ідентичне, але цікавим є той факт, що Є. Д. Стрельцова розглядає договір морського перевезення як цивільно-правову угоду і вважає, що у нього є риси підрядноподібних договорів, а також, що він є різновидом договорів на користь третьої особи та договорів про приєднання, а при лінійному судноплаванні – публічним [17]. На нашу думку, така характеристика є досить нечіткою для групи таких договірних відносин, що складаються при міжнародних морських перевезеннях. О. В. Клепікова вважає, що договір морського перевезення вантажу є господарським договором, самостійним видом договору, що застосовується у сфері торговельного мореплавства, тому що, на її думку, сукупність правових норм, які регулюють суспільні відносини у сфері організації і здійснення морських вантажних перевезень, становить законодавство про морські вантажні перевезення, яке за предметом правового регулювання належить до такого інституту господарського законодавства, як транспортне законодавство [14]. Але морські перевезення є одним із інститутів міжнародного приватного права, а це свідчить про те, що як у науці, так і національному законодавстві немає єдності щодо правового регулювання відносин, які складаються у сфері міжнародного торговельного мореплавства.

Цивільний кодекс України, а саме ч. 1 ст. 908, вказує на те, що перевезення вантажу, пасажирів, багажу, пошти здійснюється за договором перевезення, але загального поняття, що розуміється під договором морського перевезення, тут не надається [5]. Стаття 133 Кодексу торговельного мореплавства України встановлює, що за договором морського перевезення вантажу перевізник або фрахтівник зобов'язується перевезти доручений йому відправником вантаж з порту відправлення і видати його уповноваженій на одержання вантажу особі (одержувачу), а відправник або фрахтувальник зобов'язується сплатити за перевезення встановлену плату (фрахт) [6]. Як бачимо, визначення не збігаються, відомо, що законодавство про торговельне мореплавство є спеціальним законодавством. І. М. Сенякін вважає, що спеціальною нормою є загальнообов'язковий державний припис, що є результатом правової спеціалізації, який встановлюється з метою конкретизації і деталізації, врахування своєрідності та особливостей будь-якого виду (підвиду) суспільних відносин, рід яких регулюється загальною правовою нормою [15, с. 171]. Дуже важливо, щоб загальне та спеціальне законодавство у даній сфері розумно співвідносилось, оскільки, як вважає О. С. Касаткіна, лише частина питань підпала під уніфікацію матеріально-правових норм, пов'язаних з міжнародними перевезеннями, але укладання і виконання договорів наразі все ще регулюються колізійними нормами міжнародного приватного права і визначеним у відповідності з ними національним законодавством. О. В. Канашевський зазначає, що національне право підлягає застосуванню у тому випадку, коли будь-яке питання не врегульоване транспортною конвенцією [12].

О. С. Касаткіна погоджується з вищесказаним і подає приклад, який може характеризувати ситуацію, яка склалась із визначенням договору морського перевезення вантажу і в Україні, а саме, відсутність єдиного підходу до даного поняття. Дійсно, якщо певні відносини не врегульовано міжнародними договорами, то застосування внутрішнього права носить субсидіарний (допоміжний) характер. Але якщо взяти іншу ситуацію, коли має місце відсилання до національного законодавства за допомогою конвенційної колізійної норми, то це навряд чи можна кваліфікувати як субсидіарність застосування закону. У сфері міжнародних перевезень, не лише у морських, колізійна норма діє у сукупності з матеріально-правовою нормою тієї чи іншої держави [13, с. 20–21].

Розглянемо договір міжнародного морського перевезення як зовнішньоекономічний договір (контракт). Для договору морського перевезення, як зовнішньоекономічного договору (контракту), коли один з учасників не є резидентом країни-експортера, можливе застосування норм міжнародного приватного права при укладанні та виконанні договору, а також норм іноземного права при укладенні

договору. В. О. Канашевський вважає, що для того, щоб охарактеризувати зовнішньоекономічний договір (контракт), слід виділити його специфічні ознаки. Ознаки зовнішньоекономічного договору (контракту) можна розподілити на дві групи: *обов'язкові*, які кваліфікують, зазвичай, його як зовнішньоекономічний договір, та *факультативні*, які невластиві або не завжди застосовуються до даного договору. Коли йдеться про зовнішньоекономічний договір, часто помилково мають на увазі лише договір купівлі-продажу, не враховуючи, що договір морського перевезення є певним різновидом зовнішньоекономічних угод і поняття зовнішньоекономічної угоди є все ж збірним поняттям.

До обов'язкових ознак належать такі ознаки, за якими:

- 1) місцезнаходження комерційних підприємств має бути у різних державах;
- 2) зв'язок суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності з підприємницькою діяльністю, яка здійснюється не для забезпечення особистих, побутових потреб, не пов'язана з благодійною діяльністю.

До факультативних ознак належать:

1. Переміщення товарів через державний кордон (на митну територію іншої держави).
2. Іншу національну (державну) приналежність одного із контрагентів, яка, як правило, збігається з місцем перебування їх комерційних підприємств.
3. Використання при здійсненні розрахунку з контрагентом іноземної валюти. Розрахунок за договорами морського перевезення має здійснюватись в іноземній валюті для тієї сторони, яка відправляє вантаж.
4. Специфіка розгляду спорів, що впливають із зовнішньоекономічних договорів (контрактів). Спори можуть бути як приватноправові (які виникають з контрагентом за договором), так і публічно-правові (в яких задіяні контролюючі органи, якщо було здійснено порушення митного, валютного, податкового законодавства).

5. Особливе коло джерел, що регулює зовнішньоекономічний договір (контракт). Існує думка, що дана угода підпадає під особливий режим правового регулювання, оскільки перебуває під впливом дії цивільного та торгового права різних держав, при цьому виникає проблема вибору застосованого права для такої угоди. Сторони можуть обрати як національне право певної, так і так зване конвенційне право – норми міжнародних угод, але можливе втручання публічного права у приватноправові відносини, тому що, наприклад, використання іноземної валюти тягне за собою застосування валютного законодавства, абсолютній більшості норм якого властива імперативність.

6. Критерій міжнародності зовнішньоекономічного договору (контракту) полягає у факті місцезнаходження у різних державах комерційних підприємств сторін, а також місць виконання контракту, що є дуже важливим фактором для обрання застосованого права. В зарубіжній науці вважається, що договір купівлі-продажу та договір морського перевезення, що пов'язані з внутрішньою купівлею-продажем та морським перевезенням імпортованих товарів, мають також розглядатися як міжнародні контракти. Цей критерій знайшов своє нормативне закріплення в Указі Уряду Угорської Республіки «Про міжнародне приватне право» 1979 року. У Франції цей критерій полягає у тому, що сторони мають здійснити обмін економічними цінностями, тобто здійснити передачу товарів та послуг і платежів через державний кордон. Верховний суд США у низці рішень виділяє два підкритерії цього критерію: 1) юридичний, який стосується того, що міжнародний контракт має мати зв'язки з різними країнами, викликаючи у сторін необхідність вирішити різні колізійно-правові питання, а також питання вибору права країни, яка буде вирішувати майбутній спір та 2) економічний, пов'язаний з транскордонною природою деяких операцій. Також цей критерій стосується міжнародних морських перевезень і відображається у Гаазьких правилах 1924 року, за якими: «Положення даної Конвенції застосовуються до будь-якого коносаменту, що належить до перевезення вантажів між портами різних країн, якщо: коносамент було видано у Договірній Державі або ж перевезення здійснюється з порту, що знаходиться в Договірній Державі, або договір, що міститься в коносаменті або посвідчений ним, передбачає, що правила цієї Конвенції або законодавство тієї держави, що вводить їх дію, застосовується до цього договору, яка б не була національністю судна, перевізника, відправника, одержувача чи іншої заінтересованої особи.

7. Надання послуг на основі зовнішньоекономічного договору (контракту). Даний критерій має певні особливості, що стосуються договору морського перевезення. Даний вид послуги підходить для договорів страхування, комісії або ж відплатного надання послуг, але не для договорів морського перевезення, які укладаються між відправником та перевізником і можуть належати одній державі і не мати комерційних підприємств за кордоном. Як уже зазначалось, перевезення буде вважатись міжнародним, якщо воно перетинає державний кордон. Отже, визначальним для кваліфікації договору морського перевезення не є знаходження комерційних підприємств на території різних держав, а знаходження місць відправлення та призначення вантажу в різних країнах. Даний договір буде послугою, якщо будуть здійснюватись внутрішні морські перевезення, а в практиці міжнародного торговельного мореплавства це буде зовнішньоекономічний договір (контракт) [12, с. 15].

І. А. Діковська, досліджуючи договір повітряного чартеру в міжнародному приватному праві, зазначала що даний вид договору формувався під впливом аналогічного інституту морського права

[9, с. 14]. Вчена у своєму дисертаційному дослідженні зазначала необхідність визначення поняття договору перевезення певного виду транспорту у міжнародному приватному праві через визначення договору в міжнародно-правових актах. На її думку, договір можна віднести до категорії зовнішньоекономічних і тоді, коли комерційні підприємства будуть розташовані в одній державі, а місце укладення та виконання договору – у різних [9, с. 26].

О. С. Касаткіна, наприклад, вбачає можливість кваліфікувати договір перевезення пасажирів і багажу як зовнішньоекономічний договір (контракт), але лише з позиції перевізника, оскільки він здійснює підприємницькі дії, надаючи послуги пасажирів, який, у свою чергу, виступає як споживач послуг і не проводить комерційної діяльності. Реалізація комерційної діяльності лежить на перевізникові. У даних договірних відносинах лише одне комерційне підприємство, яке не завжди знаходиться в іншій державі, у більшості випадків пасажир заключає договір у тій державі, де він має постійне місце проживання. Але таке формулювання зовнішньоекономічного договору не підходить для договору міжнародного морського перевезення [13].

Також існує позиція, яка кваліфікує даний договір як договір міжнародної купівлі-продажу. Договір морського перевезення укладається, як правило, після укладення міжнародного договору купівлі-продажу. Це підтверджує п. 2 ст. 32 Віденської конвенції про міжнародну купівлю-продаж товарів: «Якщо продавець зобов'язаний забезпечити перевезення товару, він повинен укласти такі договори, які необхідні для перевезення товарів в те місце призначення належними способами за даних обставин транспортування і на умовах, які є звичайними для такого транспортування». Передача вантажу (товару) у договорі морського перевезення суттєво відрізняється від тієї, що здійснюється у договорі міжнародної купівлі-продажу, оскільки передача не є односторонньою дією, вона потребує взаємообумовленого виконання і виконання норм як цивільного, морського та міжнародного приватного права [4].

Отже, можна зробити висновок, що договір морського перевезення є самостійним договором і одним із видів зовнішньоекономічних договорів. Слід зазначити, що проблемою визначення договору морського перевезення є те, що у національному праві та міжнародному приватному праві не встановлено правової природи такого договору, що може викликати негативні наслідки для формування договірних відносин у торговельному мореплаванні та створити певні перешкоди для здійснення міжнародних морських перевезень та міжнародних торгових операцій.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил про коносамент від 25 серпня 1924 року* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: URL: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_221](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_221).
2. *Конвенція Організації Об'єднаних Націй про морське перевезення вантажів від 31 березня 1978 року* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: URL: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_391/card6#Public](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_391/card6#Public).
3. *Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори повного або часткового морського міжнародного перевезення вантажів від 11 грудня 2008 року* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: URL: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/carriage\\_of\\_goods.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/carriage_of_goods.shtml).
4. *Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу від 11 квітня 1980 року* // Офіційний вісник України. – 2006. – № 15. – Ст. 1171.
5. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р.* // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 908.
6. *Кодекс торговельного мореплавання України від 12 липня 1995 р.* // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 47. – Ст. 349.
7. *Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р.* // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.
8. *Беляневич О. А.* Господарське договірне право України (теоретичні аспекти). Монографія. – Юрінком Інтер, 2006. – 592 с.
9. *Діковська І. А.* Договір повітряного чартеру у міжнародному приватному праві: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03: 2002. – 189 с.
10. *Довгерт А. С.* Договір у міжнародному приватному праві / А. С. Довгерт // Право України. – 2012. – № 9. – С. 226–235.
11. *Испаева Г. Б.* Договор в международном частном праве. Автореферат дис. ...док. юрид. наук: 12.00.03 / Гульнар Бахитовна Испаева. – Астана, 2010. – 51 с.
12. *Канашевский В. А.* Внешнеэкономические сделки. Материально-правовое и коллизионное регулирование. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 226 с.
13. *Касаткина А. С.* Договор перевозки пассажира и багажа в международном частном праве: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Александра Сергеевна Касаткина. – Москва, 2013. – 197 с.

14. Клепікова О. В. Правове регулювання вантажів морським транспортом: дис. ...канд. юрид. наук.: 12.00.04 / Ольга Вікторівна Клепікова. – Київ, 2003. – 211 с.

15. Погрібний С. О. Загальні та спеціальні норми в цивільному (приватному) праві України / С. О. Погрібний // Вісник Академії правових наук України, 2010. – № 3. – С. 166–177.

16. Пташенчук О. М. Гаагсько-Вісбійські правила і Роттердамські правила у світлі сучасного морського промислового розвитку / О. М. Пташенчук // Міжнародно-правові проблеми сучасного торговельного мореплавства. Збірник матеріалів I Міжнародної науково-практичної конференції (11 грудня, 2012 року, м. Київ) / Київський університет права НАН України. – Вип. 1. – К.: Видавництво Ліра. – 2013. – С. 165–171.

17. Стрельцова Є. Д. Договір морського перевезення вантажу (порівняльний аспект): дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.03 / Євдокія Джонівна Стрельцова. – Одеса, 2002. – С. 185.

18. Гражданское право в 4-х томах. Том 4. Обязательное право: учеб. для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 02.11.00 «Юриспруденция» / [Витрянский В. В. и др.]; отв. ред. Е. А. Суханов – 3-изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 816 с. (Серия «Классический университетский учебник») / Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова).

*The article examines the contract of carriage of goods by sea in the international private law.*

*В статье рассматривается договор международной морской перевозки в международном частном праве.*

## ПРАВА ТА ОBOB'ЯЗКИ СТРАХУВАЛЬНИКА В ДОГОВІРНИХ ЗOBOB'ЯЗАННЯХ ЗІ СТРАХУВАННЯ

**Міловська Н. В.,**

кандидат юридичних наук, доцент,

науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва

імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

*У статті визначено особливості правового статусу страхувальника як однієї зі сторін договору страхування, здійснено характеристику його прав і обов'язків.*

**Ключові слова:** договір страхування, сторони договору, страхувальник, страховик, права та обов'язки.

Правовідносини страхування, як і будь-які інші цивільні правовідносини, розкриваються через сукупність їх елементів – суб'єкти, об'єкти, зміст. Визначення особливостей суб'єктного складу зазначених правовідносин є одним із найважливіших питань. У цивілістичній літературі, зокрема, у працях Н. В. Безсмертної, М. І. Брагінського, С. М. Братуся, Ю. О. Заїки, Л. Л. Кінашук, О. С. Красільникової, В. В. Луця, В. М. Никифорака, Я. О. Чапічадзе та інших, досліджено лише деякі проблеми суб'єктного складу відносин страхування. Однак цілісного дослідження питання щодо прав та обов'язків сторін у договірних зобов'язаннях зі страхування проведено не було.

У ст. 979 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [1] під договором страхування розуміється такий договір, за яким одна сторона (страховик) зобов'язується у разі настання певної події (страхового випадку) виплатити іншій стороні (страхувальникові) або іншій особі, визначеній у договорі, грошову суму (страхову виплату), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі та виконувати інші умови договору. Аналогічне визначення договору страхування міститься і в ч. 1 ст. 354 Господарського кодексу України (далі – ГК України) [2].

Відповідно до ст. 16 Закону України «Про страхування» [3] договір страхування – це письмова угода між страхувальником і страховиком, згідно з якою страховик бере на себе зобов'язання у разі настання страхового випадку здійснити страхову виплату страхувальнику або іншій особі, визначеній у договорі страхування страхувальником, на користь якої укладено договір страхування (подати допомогу, виконати послугу тощо), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі у визначені строки та виконувати інші умови договору.

Як випливає із відповідних положень ЦК України, ГК України та ст. 16 Закону України «Про страхування», сторонами договору страхування є страховик та страхувальник.

Взаємовідносини між страховиком та страхувальником мають дворівневу структуру. По-перше, загальні умови страхування містяться в правилах страхування. По-друге, конкретні (безпосередні) його умови визначаються при укладенні договору страхування відповідно до законодавства. При

укладенні договору страхування сторони вправі самостійно визначати його умови (зміст), але не допускаючи істотної зміни положень, що містяться в правилах страхування.

Страховальниками визнаються юридичні та дієздатні фізичні особи, які уклали із страховиками договори страхування або є страховальниками відповідно до чинного законодавства (ч. 2 ст. 984 ЦК України; ст. 3 Закону України «Про страхування»). Л. Л. Кінашук вважає таке визначення надто вузьким і пропонує визнавати страховальниками юридичних і фізичних осіб, які мають страховий інтерес і вступають у відносини зі страховиками за приписом закону, беруть участь у створенні страхового фонду шляхом сплати внесків і мають право на компенсацію у разі настання страхового випадку [4, с. 72]. Схожий погляд висловлює Т. С. Мартянова, яка виділяє дві основні ознаки, що характеризують страховальника: перша полягає у правосуб'єктності страховальника, а друга – в обов'язковій наявності у страховальника страхового інтересу [5, с. 160].

Обґрунтованою видається позиція А. І. Худякова, який розглядає страховальника як суб'єкта страхового правовідношення, який має визначений страховий інтерес і право вимагати від страховика страхового захисту цього інтересу [6, с. 251].

Узагальнений аналіз викладених позицій та положень чинного законодавства дає можливість виділити такі ознаки страховальника за договором страхування: наявність статусу юридичної особи або дієздатної фізичної особи; безпосередня участь у договорі страхування; зацікавленість в укладенні договору страхування на свою користь або на користь іншої особи, яка має страховий інтерес; володіння всіма правами і обов'язками за договором страхування (в договорах страхування відповідальності, окрім права на отримання страхового відшкодування).

Таким чином, *страховальник за договором страхування – це юридична чи дієздатна фізична особа, яка добровільно або через вимоги закону укладає зі страховиком договір страхування життя, здоров'я, майна на свою користь або договір страхування своєї відповідальності або відповідальності іншої особи на користь третіх осіб, життю, здоров'ю або майну яких може бути заподіяна шкода.*

Наявність страхового інтересу є необхідною умовою для формування страхового зобов'язання, оскільки визначає всі найважливіші його елементи: суб'єктивний склад, об'єкт, права й обов'язки суб'єктів, його виконання, відповідальність за невиконання або неналежне виконання [7, с. 136].

При розгляді страхового інтересу виділяють економічний та правовий аспекти. Страховий інтерес як економічна категорія проявляється в речі, іншому майні або доході. В правовому відношенні страховий інтерес – це не матеріальна цінність, а відношення до неї особи. Страховий інтерес – це суб'єктивний інтерес, тобто інтерес конкретної особи (фізичної чи юридичної), що пов'язаний із правом власності, іншими речовими правами, особистими немайновими правами і зобов'язальними правами.

У процесі історичного розвитку страхування спостерігалось різне тлумачення сутності страхового інтересу. Найбільш консервативним було трактування, згідно з яким страховий інтерес є притаманним винятково майновому страхуванню [8, с. 35]. Проте можливість визнання страхового інтересу в сфері особистого страхування абсолютно законна й обумовлена тим, що як майнове, так і особисте страхування об'єднує захисне (забезпечувальне) призначення страхування, що проявляється в задоволенні майнових потреб, які виникають у результаті обставин, що мають ознаки страхового випадку. Таким чином, страховий інтерес включає в себе майнове, особисте страхування та страхування відповідальності.

Страховий інтерес має майновий характер, що надає можливість об'єктивно і достатньо точно піддати його грошовій оцінці, тобто визначити вартість страхового інтересу. Страховий інтерес повинен мати й ознаки ризикованості. Ця вимога впливає із необхідності наявності ризику у страхових правовідносинах і визначена у ст. 8 Закону України «Про страхування». Крім того, страховий інтерес має бути юридичним інтересом, що формується на підставі реально існуючих правовідносин. Відсутність законного страхового інтересу у страховальника є підставою для визнання страхового зобов'язання (договору страхування) таким, що не відповідає вимогам закону (ст. 4 і 29 Закону України «Про страхування»), зокрема, є підставою для визнання договору страхування недійсним.

Зміст страхового інтересу в договорах майнового та особистого страхування є досить різним, адже якщо в майновому страхуванні він спрямований на збереження матеріального становища страховальника при виникненні майнових втрат, то в особистому страхуванні він пов'язаний відповідно із майновим забезпеченням життя, здоров'я, досягненням особою певного віку. В особистому майновому страхуванні страховий інтерес має безпосередній характер і ним має право безпосередньо скористатися тільки застрахована особа.

При страхуванні відповідальності формою прояву страхового інтересу страховальника, що здійснює певний вид діяльності, є можливість його звільнення від матеріальної відповідальності перед третіми особами за наслідки заподіяння шкоди, що завдана його діями або бездіяльністю, шляхом здійснення страховиком визначених страхових виплат.

Таким чином, страховий інтерес страховальника можна охарактеризувати такими ознаками: наявність об'єкта страхування; зацікавленість в ненастанні страхового випадку; здійснення активних

дій, спрямованих на отримання в майбутньому грошової компенсації для покриття випадкових витрат, шляхом укладення договору страхування.

Заміна страхувальника здійснюється відповідно до положень Закону України «Про страхування». Так, відповідно до ст. 22 Закону України «Про страхування» у разі смерті страхувальника-фізичної особи, який уклав договір майнового страхування, права і обов'язки страхувальника переходять до осіб, які одержали це майно у спадщину. В інших випадках права і обов'язки страхувальника можуть перейти до іншої фізичної чи юридичної особи лише за згодою страховика, якщо інше не передбачено договором страхування (ч. 1 ст. 994 ЦК України).

Відповідно до ч. 1 ст. 995 ЦК України і ст. 23 Закону України «Про страхування» у разі, якщо юридична особа-страхувальник припиняється і встановлюються її правонаступники, права та обов'язки страхувальника переходять до правонаступників. Зазначена норма ЦК України поширюється на випадки, коли має місце припинення юридичної особи у формі реорганізації (ст. 106–109 ЦК України). Ліквідація страхувальника – юридичної особи (ст. 110 ЦК України) тягне за собою припинення договору страхування.

Страхування цивільно-правової відповідальності фізичної особи, яка визнана судом недієздатною, не може продовжуватися, оскільки вона не може нести цивільно-правової відповідальності за заподіяну нею шкоду (ст. 41, 1184 ЦК України). Договір страхування відповідальності фізичної особи, яка визнана недієздатною, припиняється з моменту визнання особи недієздатною (ч. 1 ст. 996 ЦК України).

Страхувальник-фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена судом, здійснює свої права та обов'язки лише за згодою піклувальника (ч. 2 ст. 996 ЦК України). До цих правовідносин страхування застосовуються загальні правила про наслідки порушення норм ЦК України щодо отримання згоди піклувальника (ст. 37, 223 ЦК України тощо) [9, с. 567].

Оскільки договір страхування є двостороннім, у кожної із його сторін виникають права та обов'язки. Важливо, що права однієї сторони співвідносяться з обов'язками іншої сторони таким чином, що відповідному обов'язку страховика кореспондує відповідне право страхувальника і навпаки.

Загальні права та обов'язки сторін договору страхування передбачені ЦК України (ст. 988, 989) та Законом України «Про страхування» (ст. 20, 21). Так, страхувальникові надається право:

- вибрати страховика для укладання договору страхування;
- замінити вигодонабувача, призначеного за договором страхування, крім договору страхування відповідальності, іншою особою, повідомивши про це страховика в письмовій формі. Слід враховувати, що вигодонабувач не може бути замінений іншою особою після того, як він виконав будь-яке із зобов'язань за договором страхування або пред'явив страховику вимогу про здійснення страхової виплати;
- збільшити розмір страхової суми з наступним перерахунком розміру страхового платежу в період дії договору страхування;
- при настанні страхового випадку отримати страхову виплату в порядку і строки, встановлені правилами та договором страхування;
- достроково припинити дію договору страхування на умовах, передбачених правилами страхування.

Залежно від етапу розвитку страхових правовідносин, моменту виникнення та тривалості існування обов'язки сторін за договором страхування умовно поділяють на три групи: 1) обов'язки, які сторони мають виконати в процесі укладення договору; 2) обов'язки, які сторони виконують протягом дії договору; 3) обов'язки, які виникають після настання страхового випадку [9, с. 324].

Відповідно до цього критерію на відповідну сторону договору страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, покладаються певні обов'язки при укладенні, виконанні договору та настанні страхового випадку.

*Обов'язками страхувальника за договором страхування є:* своєчасне внесення страхових платежів; при укладанні договору страхування надання інформації страховику про всі відомі йому обставини, що мають істотне значення для оцінки страхового ризику, і подальше інформування його про будь-яку зміну страхового ризику; повідомлення страховика про інші чинні договори страхування щодо цього об'єкта страхування. Згідно зі ст. 989 ЦК України, якщо страхувальник не повідомив страховика про те, що об'єкт уже застрахований, новий договір є недійсним; вживаються заходи щодо запобігання та зменшення збитків, завданих унаслідок настання страхового випадку; повідомляється страховик про настання страхового випадку в строк, передбачений умовами страхування. Умовами договору страхування можуть бути передбачені також й інші обов'язки страхувальника.

*Основним обов'язком страхувальника є внесення плати за послугу із страхування* (страхового платежу, премії) у розмірі, встановленому договором (ч. 1 ст. 989 ЦК України). У свою чергу, страховик має право зменшувати розмір страхових платежів, заохочуючи страхувальників до вжиття заходів, спрямованих на недопущення настання страхових випадків, а також підвищувати розміри страхових платежів страхувальникам, з вини яких сталися страхові випадки.

Доречно було б на законодавчому рівні закріпити положення щодо можливості сплати страхувальником страхового платежу в розстрочку із визначенням наслідків несплати у встановлені строки чергових страхових внесків, наприклад, встановлення в інтересах страховика неустойки у розмірі, наближеному до розміру страхової суми, яку він зобов'язаний буде виплачувати страхувальникові, або обов'язку сплатити відсотки за користування чужими грошовими коштами.

Страхові відносини будуються за загально визнаним принципом найвищої довіри сторін, який передбачає надання сторонами (здебільшого страхувальником) повної інформації про об'єкт страхування, включаючи конфіденційну. Таким чином, *страхувальник зобов'язаний при укладенні договору страхування надати страховикові інформацію про всі відомі йому обставини, що мають істотне значення для оцінки страхового ризику, і надалі інформувати його про будь-які зміни страхового ризику.*

Істотними необхідно визнати такі обставини, знання яких призвело б до відмови в укладенні договору або суттєво внесло зміни в умови оплати за страхові послуги за відповідним договором. У кожному конкретному випадку залежно від особливостей об'єкта страхування і характеру події, на випадок настання якої здійснюється страхування, склад істотних обставин може відрізнятися.

Про зміну страхового ризику може свідчити будь-яка зміна обставин, які впливають на імовірність настання страхового випадку. Однак однієї значущості зміни обставин недостатньо, щоб страхувальник був зобов'язаний повідомляти про таку зміну страховику і для того, щоб настали передбачені законом наслідки порушення цього обов'язку. Необхідно, щоб значна зміна могла суттєво вплинути на збільшення страхового ризику.

Загалом, до обставин, які мають істотне значення, можуть бути віднесені, наприклад, у договорі страхування майна, наявність охорони та сигналізації в приміщенні, де знаходиться майно, або на автомобілі, інші умови зберігання майна. До значних змін може належати зміна власника (володільця) майна, характеру використання майна, зняття або поломка сигналізації, припинення охорони застрахованого об'єкта.

Покладення такого обов'язку на страхувальника дало підставу окремим авторам розглядати договір страхування як різновид фидуціарного договору, тобто договору, укладеного на особливій довірі (фидуціарній) [10, с. 301]. Однак пояснення сутності фидуціарних договорів посиланням на те, що в класичних фидуціарних договорах саме укладення договору базується на особливій довірі до особи контрагента, не є достатньо переконливим. У класичному варіанті договору страхування відсутня ознака фидуціарності, яку не слід змішувати з алеаторністю договору страхування. Алеаторність полягає в тому, що здійснення страхової виплати поставлено в залежність від настання випадкової обставини (страхового випадку). Класичний договір страхування не є фидуціарним правочином, оскільки страховик не є володільцем чи власником майна страхувальника.

Неналежне виконання цього обов'язку може стати підставою для відмови у здійсненні страховиком страхової виплати при настанні страхового випадку.

*Страхувальник зобов'язаний при укладенні договору страхування повідомити страховика про інші договори страхування, укладені щодо об'єкта, який страхується (ч. 3 ст. 989 Закону «Про страхування»).* Страхування не може мати за мету збагачення страхувальника. Тому якщо об'єкт застрахований у кількох страховиків, то страхове відшкодування, що виплачується усіма страховиками, не може перевищувати розміру заподіяної шкоди.

Якщо страхувальник не повідомив страховика про те, що об'єкт страхування уже застрахований, новий договір страхування є нікчемним (ч. 3 ст. 989 ЦК України). У свою чергу, для укладення договору перестрахування страховик не зобов'язаний повідомляти про це страхувальника.

*Страхувальник зобов'язаний вживати заходів щодо запобігання збиткам, завданям настанням страхового випадку, та їх зменшенню (ч. 4 ст. 989 ЦК України).* Такими заходами можуть бути як дії, так і бездіяльність (зокрема, припинення експлуатації транспортного засобу, пошкодженого внаслідок ДТП тощо).

Зазначені заходи страхувальника мають відповідати вимогам розумності (ст. 3 ЦК України). Розумністю у даному випадку слід вважати дії з урахуванням тих витрат, які необхідні для їх проведення, порівняно із розміром зменшених збитків. Тому нерозумними вважатимуться дії страхувальника щодо недопущення настання збитків, вартість яких істотно перевищує економію, досягнуту такими діями.

Водночас законом передбачений обов'язок страховика відшкодувати витрати, понесені страхувальником у разі настання страхового випадку з метою запобігання або зменшення збитків, якщо це встановлено договором (ч. 4 ст. 988 ЦК України), а також за заявою страхувальника, у разі здійснення страховиком заходів, що зменшують страховий ризик, переукласти з ним договір страхування (ч. 5 ст. 988 ЦК України, ст. 20 Закону України «Про страхування»).

Страхувальник зобов'язаний повідомити страховика про настання страхового випадку у строк, встановлений договором (ч. 5 ст. 989 ЦК України). Вимога страхувальника про виплату страхового відшкодування має бути заявлена своєчасно. Зазвичай за договором добровільного страхування страхувальник протягом визначеного договором строку зобов'язаний письмово повідомити страховика про настання страхового випадку. Так, у разі настання страхового випадку страхувальник (водій транспортного засобу, який спричинив дорожньо-транспортну пригоду) зобов'язаний повідомити протягом трьох робочих днів страховикові про настання страхового випадку, надати йому письмове пояснення про обставини дорожньо-транспортної пригоди та, у разі потреби, надати транспортний засіб для огляду й експертизи. За відсутності страхувальника з такою заявою має звернутися будь-який повнолітній член його сім'ї. Обов'язок повідомити про настання страхового випадку може лежати і на вигодонабувачеві. Він повинен повідомити про це, якщо має намір скористатися своїм правом на отримання страхової виплати.

Якщо страхувальник не повідомив про настання страхового випадку, то страховик має право відмовити у здійсненні страхової виплати [11, с. 296].

Чинне законодавство не встановлює вичерпного переліку обов'язків страхувальника. Він може бути розширений іншими актами цивільного законодавства, а також укладеним договором страхування, якщо це необхідно для належного здійснення страхових правовідносин [9, с. 564].

Отже, підставою для виникнення страхових правовідносин є договір як юридичний факт, який породжує виникнення цивільних прав та обов'язків, тому договір страхування виступає формою існування страхових правовідносин.

У межах договору страхування інтерес кожної сторони може бути задоволений лише шляхом задоволення інтересу іншої сторони, а це, в свою чергу, породжує загальний інтерес сторін до укладення договору і його належного виконання. Відповідному обов'язку страховика кореспондує відповідне право страхувальника і навпаки.

Залежно від моменту виникнення та тривалості існування обов'язки страхувальника за договором страхування можна поділити на: обов'язки, які повинні бути виконані в процесі укладення договору; обов'язки, які виконуються страхувальником протягом дії договору; обов'язки, які виникають у страхувальника після настання страхового випадку.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Цивільний кодекс України: прийнятий 16 січня 2003 року. – К.: Істина, 2003. – 368 с.
2. Господарський кодекс України: офіційний текст. – К.: Кондор, 2004. – 208 с.
3. Закон України «Про страхування» від 7 березня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 18. – Ст. 78.
4. Кінашук Л. Л. Страхове право: [підруч.] / Кінашук Л. Л. – К.: Атіка, 2007. – 256 с.
5. Мартянова Т. С. Возмещение вреда, причиненного здоровью граждан, заключивших и не заключивших договоры страхования / Т. С. Мартянова // Законность, правопорядок и правовая культура. Материалы 3-ей межвузовской научно-теоретической конференции адъюнктов и аспирантов. – М., 1974. – С. 93–95.
6. Худяков А. И. Страхование право / А. И. Худяков. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – 691 с.
7. Горіславська І. Специфіка договору страхування у сільському господарстві / І. Горіславська // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 10. – С. 136–137.
8. Безсмертна Н. Договір страхування в системі цивільно-правових договорів / Н. Безсмертна // Право України. – 2004. – № 3. – С. 35–37.
9. Цивільне право України. Особлива частина / За ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 1076 с.
10. Гражданское право. В 2-х томах. Том 1. [учеб.]; под ред. Е. А. Суханова. – М.: Издательство БЕК, 1994. – 384 с.
11. Цивільне право України. Підручник у 2-х т. Том 2 / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К., 2007. – 480 с.

*The scientific article describes the features of the legal status of the insured as one of the parties of insurance contracts, carried of characteristic of his rights and duties.*

*В статье определены особенности правового статуса страхователя как одной из сторон договора страхования, осуществлено характеристику его прав и обязанностей.*

## ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ ПОСТАЧАННЯ ЕЛЕКТРИЧНОЇ ЕНЕРГІЇ ЧЕРЕЗ ПРИЄДНАНУ МЕРЕЖУ ЯК СПОЖИВЧОГО ДОГОВОРУ

**Походжук Р. В.,**

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

*У статті проаналізовано поняття та правову природу договору постачання електричної енергії через приєднану мережу фізичній особі–споживачу крізь призму законодавства про захист прав споживачів.*

**Ключові слова:** договір постачання електричної енергії через приєднану мережу, фізична особа–споживач, споживчий договір, захист прав споживачів, публічний договір, договір приєднання.

Стаття 3 Конституції України передбачає, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. З вищенаведеної тези випливає, що задоволення особистих потреб людини на сьогодні висувається на перше місце у цивілізованому суспільстві. Однією з таких потреб є забезпечення енергетичними ресурсами як реалізація права на енергію.

Правовою формою опосередкування відносин, пов'язаних з забезпеченням людини електричною енергією, є договір постачання електричної енергії через приєднану мережу фізичній особі–споживачу (далі–договір постачання електричної енергії споживачу) як різновид договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, передбаченого ст. 714 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України). У свою чергу, до вищевказаного договору застосовуються загальні положення про купівлю-продаж та положення про договір поставки. Окремо ж ЦК України договір постачання електричної енергії споживачу не виділяє та, як наслідок, не передбачає особливостей його укладення, виконання та захисту прав споживачів за цим договором. Конкретизація останнього відображена в підзаконних нормативно-правових актах, що не відповідає сучасному нормотворчому процесу, а також ускладнює правозастосовну та судову практику.

Користування електричною енергією можливе виключно на підставі договору між фізичною особою–споживачем та постачальником електричної енергії через приєднану мережу, що відображає врегульований нормами цивільного законодавства зобов'язальний характер таких правовідносин. Так, на сучасному етапі розвитку цивільних правовідносин нагальним постає вирішення питання щодо розуміння поняття та правової природи договору постачання електричної енергії споживачу як виду споживчого договору, а також подальшого його відображення в цивільному законодавстві України.

Законодавець у ЦК України розуміє під договором постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу договір, за яким одна сторона (постачальник) зобов'язується надавати іншій стороні (споживачеві, абонентові) енергетичні та інші ресурси, передбачені договором, а споживач (абонент) зобов'язується оплачувати вартість прийнятих ресурсів та дотримуватись передбаченого договором режиму її використання, а також забезпечити безпечну експлуатацію енергетичного та іншого обладнання.

Договір постачання електричної енергії споживачу є різновидом самостійного виду договору – договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, що належить до договірної типу купівлі-продажу. Враховуючи, що наше дослідження охоплює виключно такого суб'єкта як споживач, який використовує електричну енергію для особистих потреб, не пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності, до такого договору можна застосовувати виключно положення про роздрібну купівлю-продаж.

Звертаючись до правової природи договору постачання електричної енергії споживачу, важливо зазначити, що такий договір має специфічний предмет, який не можна в жодному разі ототожнювати з предметом договору на постачання газу, нафти, нафтопродуктів чи води. Так, під енергією слід розуміти річ, яка має свою специфіку, об'єктивно існує, є об'єктом цивільного права та певним майном. У цьому контексті слід відмітити думку В. В. Луця, який під предметом договору постачання енергетичних та інших ресурсів через приєднану мережу розуміє електричну енергію у вигляді електричного струму та теплову енергію у вигляді пари або гарячої (перегрітої) води, які є товарною продукцією, призначеною для купівлі-продажу [2, с. 287]. Підтримуючи таку позицію, варто зазначити, що енергія є річчю, що має свою специфіку, тобто нематеріальним об'єктом, що має матеріальну природу та є товарною продукцією.

Наше сприйняття енергії та її знаходження у зовнішньому світі призводить до того, що остання має ознаки самостійності, оборотоздатності та є певною цінністю, на яку поширюються цивільно-правові норми. У цьому контексті специфічна властивість такого об'єкта як енергія дає нам можливість

розглядати останню як особливий різновид товару, до якого, як до об'єкта права власності, встановлюються певні обмеження щодо правомочностей володіння та розпорядження.

Розглядаючи договір постачання електричної енергії споживачу як різновид договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, варто зауважити, що перший є споживчим договором, враховуючи суб'єктний склад та характер правовідносин сторін, а також те, що захист прав споживачів здійснюється згідно з цивільним законодавством України.

Закон України «Про захист прав споживачів» регулює відносини між споживачами товарів, робіт і послуг та виробниками і продавцями товарів, виконавцями робіт і надавачами послуг різних форм власності, встановлює права споживачів, а також визначає механізм їх захисту та основи реалізації державної політики у сфері захисту прав споживачів. У цьому контексті слід зазначити, що договірні конструкції, у яких однією зі сторін виступає фізична особа–споживач, посідають особливе місце в одному з найважливіших інститутів цивільного права – зобов'язальному праві. Особлива значимість суспільних відносин, що виникають між суб'єктами споживчого договору, проявляється в характері таких правовідносин, а саме, у спрямованості договору на задоволення особистих потреб фізичної особи-споживача та її захисту, як слабшої сторони. Отже, договори за участю фізичних осіб–споживачів займають особливе місце в системі цивільно-правових норм зобов'язального права. Як наслідок, кожен споживач має право на захист майнових та особистих немайнових прав, яке забезпечує держава у формі особливої юридичної системи цивільно-правових гарантій.

Захист прав споживачів можливий тільки на основі договору, незалежно в якій формі укладений останній. У Законі України «Про захист прав споживачів» поняття договору розуміється як усний чи письмовий правочин між споживачем і продавцем (виконавцем) про якість, терміни, ціну та інші умови, за яких реалізується продукція. Таким чином, акцентуючи увагу на вищевказаному законі, можна виокремити таку категорію як «споживчий договір».

Звертаючись до розуміння поняття «споживчого договору», варто відмітити ознаки споживчого договору, запропоновані М. М. Гудимою: 1) специфічний суб'єктний склад; 2) особливість предмета споживчого договору в частині призначення для особистих, сімейних, домашніх та інших потреб, не пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності; 3) публічно-правовий характер договору; 4) оплатний характер споживчого договору; 5) особливий порядок укладення, спрямованість на регулювання так званих переддоговірних відносин [4, с. 69]. Як бачимо, характеризуючи споживчий договір та відокремлюючи його від інших видів договорів, автор досить чітко виділив його особливість та окреслив коло тільки йому притаманних ознак.

А. М. Аврах пропонує загальне визначення цивільно-правового договору за участю споживача – це система здійснюваних конкретними сторонами (споживачами, виконавцями тощо) у відповідній формі і за допомогою спеціальних юридичних процедур волевиявлень, що в сукупності представляють собою угоду, на підставі якої з метою досягнення в рамках певної процедури (процедура виконання договору) необхідного договірної ефекту (майнового і (або) немайнового – задоволення споживчих потреб, отримання прибутку) виникають, змінюються і припиняються зобов'язальні правовідносини [5]. Ми не можемо назвати дане визначення оптимальним та звертаємо увагу на визначення, запропоноване Г. А. Осетинською – споживчим договором, на який поширюється законодавство про захист прав споживачів, має вважатися правочин, за яким продавець, виготівник, виконавець, що є підприємцем, реалізує товар, роботи, послуги споживачеві – фізичній особі, яка придбаває, набуває, замовляє, використовує (має намір це зробити) товар, роботи, послуги для особистих культурно-побутових, сімейних, домашніх та інших особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням професійних обов'язків найманого працівника [6]. Таке визначення, на нашу думку, є лаконічним та відображає всеохоплюючий характер споживчих відносин, а також вказує на специфіку таких відносин. Водночас зазначимо, що воно може знайти своє відображення виключно у Законі України «Про захист прав споживачів», а не в ЦК України, адже поняття «споживчий договір» є досить неоднозначним як в доктрині, так і в практичній діяльності.

На основі вищевказаного видається доцільним авторське визначення «споживчого договору» як домовленість, сторонами якої виступають суб'єкт підприємництва, з одного боку, та фізична особа–споживач – з іншого, на купівлю-продаж товарів, виконання робіт чи надання послуг, винятково для особистого використання або споживання фізичною особою та задоволення її власних потреб.

Договори, у яких однією зі сторін виступає фізична особа–споживач, є різновидом цивільно-правових договорів, що побудовані на засадах рівності сторін, автономії волі та майновій самостійності. Споживчий договір можна віднести до публічних договорів та частково до договорів приєднання. Так, С. М. Бервено залежно від підстав укладення поділяє договори на вільні та обов'язкові. До обов'язкових автор відносить публічний договір та договір приєднання [7, с. 230]. У цьому контексті варто відмітити думку Р. Б. Шишки [3], який поділяє всі договори на дві класифікаційні групи та виділяє однією з них – характеристичні договори. В групі характеристичних договорів автор виділяє за двома різними критеріями окремо публічні договори та окремо договори приєднання та відносить

споживчий договір до особливого різновиду договору приєднання. Ми схилиємося до твердження, що категорія «споживчий договір» є характеристичною, а також, що публічні договори та договори приєднання мають виділятися за різними критеріями, проте ми виділяємо споживчий договір як особливий різновид і публічного договору, і договору приєднання, що буде вважатися більш правильним, враховуючи специфіку споживчих відносин.

Розглядаючи договір постачання електричної енергії через приєднану мережу, варто зазначити, що Постановою КМ України «Про затвердження Правил користування електричною енергією для населення» передбачено, що споживання електричної енергії здійснюється на підставі договору про користування електричною енергією між споживачем і енергопостачальником, який розробляється енергопостачальником згідно з Типовим договором про користування електричною енергією та укладається на три роки. Таким чином, споживач не може запропонувати свої умови договору, а повинен прийняти умови, розроблені енергопостачальником. Тобто слід зазначити, що з формулювання «розробляється енергопостачальником згідно з Типовим договором» випливає, що останній може у договорі постачання електричної енергії встановлювати додаткові умови, що можуть ставити споживача у невідгдане становище. Однак ч. 2 ст. 634 ЦК України передбачає, що договір приєднання може бути змінений або розірваний на вимогу сторони, яка приєдналася, якщо вона позбавляється прав, які, зазвичай, мала, а також якщо договір виключає чи обмежує відповідальність іншої сторони за порушення зобов'язання або містить інші умови, явно обтяжливі для сторони, яка приєдналася. Іншими словами, сторона, яка приєдналася, має довести, що вона, виходячи зі своїх інтересів, не прийняла б цих умов за наявності у неї можливості брати участь у визначенні умов договору. Таке формулювання та захист прав споживачів видається правильним, адже споживач за договором постачання електричної енергії через приєднану мережу, за можливості, може обрати енергопостачальника та захистити свої права в частині зміни умов договору, якщо постачальник порушить права споживача. Отже, як бачимо, захист прав споживачів відбувається виключно цивільно-правовими нормами.

Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, затверджує типовий договір про постачання електричної енергії гарантованим електропостачальником, на основі якого відповідні електропостачальники укладають договори про постачання електричної енергії на роздрібному ринку [1]. У цьому контексті варто відмітити вкрай нечітку позицію законодавця, що користування електроенергією споживачем здійснюється на основі типового договору. Поняття «типовий договір» застосовують у господарському законодавстві, а враховуючи те, що регулювання захисту прав споживачів за цим договором здійснюється виключно цивільним законодавством, то варто використовувати таку категорію як «типові умови договору».

Законодавець у ст. 630 ЦК України розуміє під «типовими умовами договору» таке: договором може бути встановлено, що його окремі умови визначаються відповідно до типових умов договорів певного виду, оприлюднених у встановленому порядку. На основі вищенаведеного доходимо висновку, що формулювання «типові умови договору», а не «типовий договір» має гармонійно поєднуватися з характером договору приєднання, захистом права за ним, виключити застосування положень господарського законодавства та регулюватися виключно нормами цивільного законодавства. У такому випадку більш чітко виражений характер договору постачання електричної енергії через приєднану мережу, однією зі сторін якого є фізична особа-споживач, як виду споживчого договору.

Загальновизнано, що договори приєднання можуть одночасно бути публічними договорами. Г. А. Осетинська вказує, що всі споживчі договори є публічними договорами, на які мають поширюватися, зокрема, положення ст. 633 ЦК України [6]. Так, Постановою КМ України «Про затвердження Правил користування електричною енергією для населення» передбачено, що енергопостачальники, що здійснюють постачання електричної енергії на закріпленій території, не мають права відмовити споживачу, об'єкти якого розташовані на цій території, в укладенні договору про користування електричною енергією. Також варто зазначити положення законодавства, яке передбачає, що договір про постачання електричної енергії, що укладається гарантованим електропостачальником із споживачами електричної енергії, є публічним [1]. Отже, законодавством прямо передбачено, що договір постачання електричної енергії через приєднану мережу, однією зі сторін якого є фізична особа-споживач, є публічним, а отже, і регулюється нормами ЦК України.

Більше того, на основі аналізу ст. 633, 634 ЦК України можна зробити висновок, що будь-який споживчий договір є завжди публічним договором в силу того, що підприємець не має права відмовитися від укладення публічного договору за наявності у нього можливостей надання споживачеві відповідних товарів. У свою чергу, договір приєднання не завжди є споживчим договором, а виключно у випадку неможливості «споживача» запропонувати свої умови договору.

Таким чином, з вищенаведеного випливає, що договір постачання електричної енергії, у якому однією зі сторін виступає фізична особа-споживач, є видом споживчого договору в силу положень цивільно-правових норм та доктрини приватного права. Враховуючи те, що споживчий договір є особливим різновидом і публічного договору, і договору приєднання, проте не в усіх випадках має

ознаки останнього, то договір постачання електричної енергії як вид споживчого договору та відповідно до положень цивільного законодавства є як публічним договором, так і договором приєднання.

Взявши за основу ознаки споживчого договору, запропоновані в юридичній літературі, а також базуючись на вищевикладеному, можна виділити особливість договору постачання електричної енергії споживачу як виду споживчого договору, яка полягає у наявності лише йому притаманних ознак:

1) сукупність однорідних відносин, що підпадають під сферу дії законодавства про захист прав споживачів – постачання електричної енергії з одночасним її споживанням фізичною особою–споживачем;

2) особливий спосіб передачі електричної енергії за договором – передача та споживання електроенергії здійснюється через приєднану мережу;

3) специфічний предмет договору – електрична енергія як самостійний об'єкт цивільних прав та дії учасників договірних відносин, що забезпечують виробництво, передачу і використання електроенергії, що споживається;

4) особливий суб'єктний склад договору – з одного боку, фізична особа–споживач, з іншого – суб'єкт підприємництва;

5) особливий порядок укладення договору – завжди публічний договір та договір приєднання;

6) взаємність договору – суб'єкт підприємництва зобов'язується надавати фізичній особі–споживачу електричну енергію, а фізична особа–споживач зобов'язується оплачувати вартість прийнятих ресурсів та дотримуватись передбаченого договором режиму її використання, а також забезпечити безпечну експлуатацію енергетичного та іншого обладнання;

7) метою договору виступає – споживання електричної енергії винятково для особистого використання фізичною особою та задоволення власних потреб;

8) свобода договору забезпечена законодавством про захист прав споживачів – свобода суб'єкта підприємництва у формуванні умов договору обмежена типовим договором.

На основі вищевикладеного доцільним видається авторське доктринальне визначення договору постачання електричної енергії фізичній особі–споживачу, як домовленості сторін щодо врегулювання відносин, що забезпечують передачу та використання електричної енергії суб'єктом підприємництва фізичній особі–споживачу винятково для особистого використання або споживання та задоволення власних потреб.

Таким чином, доходимо висновку, що договір постачання електричної енергії фізичній особі–споживачу є видом споживчого договору з притаманними тільки йому особливими ознаками.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Закон України «Про засади функціонування ринку електричної енергії України» від 24.10.2013 № 663-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/663-18>.
2. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2-х т. – 3-є вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – Т. II. – 1088 с.
3. Шишка Р. Б. Характеристика договорів / Р. Б. Шишка // Юридичний вісник. Повітряне і космічне право. – 2013. – № 4. – С. 119–125 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Npnauc\\_2013\\_4\\_25.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Npnauc_2013_4_25.pdf).
4. Гудима М. М. Захист прав споживачів за договором про надання туристичних послуг [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / М. М. Гудима; Нац. акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва. – К.: [б. в.], 2012. – 247 с.
5. Аврах А. М. Договор с участием потребителей в системе гражданско-правовых договоров: автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук: 12.00.03 – Гражданское право. Предпринимательское право. Семейное право. Международное частное право /А. М. Аврах. – Казань, 2007. – 27 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1276739>.
6. Осетинська Г. А. Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ганна Анатоліївна Осетинська. – Київ, 2006. – 20 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.irbis-nbuv.gov.ua>.
7. Цивільне право України: [підручник: у 2-х кн.] / [за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової]. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – Кн. 2. – 640 с.

*The article analyzes the concept and the legal nature of the contract supply of electricity through the attached network individual consumer through the prism of the law on consumer protection.*

*В статті проаналізовано поняття і правова природа договору снабження электрической энергии через присоединенную сеть физическому лицу–потребителю через призму законодательства о защите прав потребителей.*

## РЕЧОВЕ ПРАВО КОРИСТУВАННЯ ЖИТЛОМ ЧЛЕНАМИ СІМ'Ї ВЛАСНИКА

**Балюк Ю. О.,**

*здобувачка НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*У статті досліджуються загальні підстави виникнення речових прав користування житлом членами сім'ї власника та конкретні юридичні факти: договір, судові рішення, в силу заповіту та закону. Окрему увагу приділено визначенню поняття та ознакам речового договору користування житлом.*

**Ключові слова:** житло, речовий договір, право користування, член сім'ї власника.

Право користування, що є одним із правомочностей власника, має низку характерних рис, визначених ст. 401–406 ЦК України, притаманних речовому праву користування чужим житлом. Чинне законодавство встановлює певні права та обов'язки для власника при використанні ним свого житла. Наприклад, ст. 405 ЦК України визначає речове право членів сім'ї власника житла на користування цим житлом.

Виникає потреба у з'ясуванні відповідності норм чинного законодавства сучасним потребам з метою задоволення житлових потреб не власників житла, до яких слід віднести членів сім'ї власника та інших фізичних осіб, наприклад, яких визнано біженцями чи особами, які потребують додаткового захисту, громадян, які вимушені залишити жиле приміщення внаслідок його аварійного стану, стихійного лиха або з інших підстав, які загрожують стану та безпеці відповідного жилого приміщення (ст. 132–1 ЖК України). Зазначене обумовлює необхідність встановлення умов використання не власниками житла з метою проживання.

Теоретичною основою дослідження стали наукові висновки, викладені у працях О. В. Білоцького, М. К. Галянтича, О. В. Дзери, І. В. Жилінкової, Н. С. Кузнецової, І. М. Кучеренко, В. В. Цюри, Л. В. Щеннікова та інших учених.

Вважаємо, що особливу увагу слід приділити правам фізичних осіб на чуже майно, основою яких є житловий сервітут. Обмежене речове право, як зазначає Л. В. Щеннікова, це право користувача за договором, законом чи рішенням суду використовувати частину житлового приміщення, визначеного власником, в якому вбачаються риси, властиві абсолютним правам: безстроковий характер, можливість збереження житлового приміщення за членами його родини, що спільно з ним проживають, абсолютний характер захисту [1, с. 72]. Сервітути можуть виникати з багатьох підстав, в силу ст. 402 ЦК України, у відносинах з використання житлової площі власника право користування може виникати із договорів, із давності користування, судового рішення, заповіту та закону.

Отже, на підставі закону або рішення суду, що ґрунтується на законі, члени сім'ї власника, які проживають разом з ним, набувають право на користування житлом. Проте з урахуванням існування в Україні ЖК України, прийнятого в 1983 р., Закону України «Про житловий фонд соціального призначення» від 12 січня 2006 р., Закону України «Про забезпечення реалізації житлових прав мешканців гуртожитків» від 4 вересня 2008 р. актуальним є встановлення такого права користування в силу різних нормативних актів, які не передбачають речового права користування чужим житлом.

Право користування чужим житлом може виникати на підставі двостороннього договору. Двостороння угода в такій ситуації матиме місце, наприклад, у випадку, коли вселяється інше з подружжя. Сумісне проживання на житловій площі, що належить на праві власності іншому з подружжя, можливе лише за взаємною згодою. Поселення неповнолітніх дітей може здійснюватися як за двосторонньою угодою (коли власник виявив згоду), так і за односторонньою (коли власник проти), тому що в такому випадку на таке вселення має право один із подружжя.

В ЦК України потребує закріплення поняття речовий договір, житлового сервітуту як складової речових прав на чуже житло, що виражається в закріпленні особливого правового становища членів сім'ї власника [2, с. 2].

Враховуючи зазначене, виникає необхідність визнання та закріплення в ЦК України поняття житлових сервітутів як речового права користування чужим житлом.

Аналіз правового становища власників житлової площі свідчить, що власник за речовим правом має значно менший обсяг правомочностей, ніж у договірних відносинах при користуванні житлом на умовах оренди (найму), зокрема, наймач має право вселяти в наймане приміщення інших осіб, окрім неповнолітніх дітей, тільки за згодою власника, у речових відносинах це право виникає в силу ст. 405 ЦК. Форма домовленості між власником і членами сім'ї законодавством не встановлена, тому порядок користування житлом може бути передбачений в речовому договорі користування житлом. В разі виникнення спору з приводу користування житлом порядок користування місцями загального призначення має встановлюватися за рішенням суду.

Право членів сім'ї власника на користування жилою площею є їх правом на цю площу в силу ст. 405 ЦК України, оскільки вони володіють і користуються жилою площею нарівні з її власником і вправі вимагати захисту прав від будь-яких інших осіб.

Згідно зі ст. 61 ЖК України договірні відносини найму житла виникають щодо житлових приміщень, які перебувають у державній або комунальній власності. У зв'язку з цим окремі автори слушно обґрунтовують висновок про те, що не є можливим застосування норм, що регулюють відносини найму житла (наприклад, про права членів родини наймача), до відносин із використання житла, що належить особі на праві власності [3, с. 114].

Отже, з припиненням членства в сім'ї така особа втрачає самостійне право на користування житлом власника. Воно припиняється у разі тимчасової відсутності і невикористання житла шляхом не проживання у цьому помешканні протягом одного року або не використання житлового сервітуту більше трьох років підряд (ст. 405, 406 ЦК України).

Аналіз права користування житлом на речових підставах свідчить про наявність притаманних йому особливостей. Так, О. Демченко обґрунтовує необхідність запровадження державної реєстрації права користування житлом, що має здійснюватись у порядку реєстрації речових прав на нерухоме майно [4, с. 4] відповідно до ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень».

Характерною ознакою речового житлового правовідношення є особливий суб'єктний склад. Існує об'єктивна необхідність регулювання житлових прав як окремих фізичних осіб (не членів сім'ї власника), так і житлових прав сім'ї в цілому [5, с. 5]. Сім'я визнається особливим суб'єктом житлових правовідносин. При цьому мають розрізнятися дії, вчинені в інтересах усієї сім'ї одним з її членів, і самостійні дії членів сім'ї у своїх інтересах [6, с. 129–130]. Щодо поняття член сім'ї, то відповідно до ч. 3 ст. 64 ЖК України до членів сім'ї належить дружина, їх діти, батьки. Але це правило в силу ст. 405 ЦК не може поширюватися на інших осіб, які постійно проживають разом з власником і ведуть з ним спільне господарство, які перестали бути членами сім'ї власника, але продовжують проживати в займаному жиллому приміщенні, вони мають такі самі права, як наймач та члени його сім'ї.

Дружиною наймача є особа, з якою власник перебуває у зареєстрованому шлюбі, права та обов'язки дружини власника виникають водночас із моменту вселення у житлове приміщення. Дружиною наймача є також особа, яка вселилась у житлове приміщення після реєстрації шлюбу з власником для створення сім'ї і постійного проживання у житловому приміщенні. Діти наймача та його дружини належать до членів сім'ї наймача, оскільки за ст. 29 ЦК України місцем проживання малолітніх дітей є місце проживання їх батьків, а повнолітній син (донька) і його дружини є членами сім'ї власника лише в тому разі, якщо вони проживають разом з власником.

Поняття члена сім'ї за сімейним законодавством не можна ототожнювати з поняттям члена сім'ї наймача за житловим законодавством. Так, до членів сім'ї за сімейним законодавством належать особи, пов'язані між собою шлюбом та спорідненістю, а до членів сім'ї власника ці особи належать лише тоді, коли вони проживають разом з власником. У тому разі, коли дружина власника живе окремо і має самостійне право на інше житлове приміщення, то вона хоч і є членом сім'ї власника, проте не є сервітуарієм. Таке саме правило застосовується і до повнолітнього сина (доньки) власника, які живуть окремо від батьків, та до батьків власника і його дружини.

Згідно із ч. 3 ст. 64 ЖК особи, які перестали бути членами сім'ї наймача (наприклад, у зв'язку з розірванням шлюбу між наймачем та його дружиною), але продовжують проживати в одному з ним житловому приміщенні, мають такі самі права та обов'язки, як наймач і члени його сім'ї.

Така правова невизначеність, відповідно, впливає на статус учасників житлових правовідносин. Відповідно до ч. 1 ст. 23 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, ратифікованого Україною 19 жовтня 1973 р. [7], саме сім'я є природним і основним осередком суспільства і має право на захист з боку суспільства та держави. Тому право членів сім'ї власника житла на користування цим житлом має бути конкретизовано в ЦК, а не в ЖК та СК [8, с. 11]. У проекті Житлового кодексу України поняття сім'ї дається в широкому розумінні (ст. 37). Слід зазначити, що у гл. 59 ЦК відсутнє поняття «членів сім'ї», а запроваджене поняття «осіб, які постійно проживають з наймачем» (ст. 816, 817, 824, 825 ЦК). Відповідно, практичне значення має правильне визначення кола членів сім'ї користувача житла, виявлення особливостей набуття права на житло членами сім'ї, а також користування ними жилою площею. Тому розробка конструкції «житлові права члена сім'ї» набуває за сучасних умов важливе значення. Права і обов'язки членів сім'ї і власника багато в чому збігаються. Законодавець в ЦК зберіг право членів сім'ї власника житлового будинку (квартири) на використання помешкання для проживання, зазначивши похідний характер цього права від права власності.

На відміну від ЖК, за ЦК України не вимагається існування сімейного зв'язку між власником та особами, які постійно проживають разом з ним. Це можуть бути як подружжя, діти і батьки, інші родичі, так і сторонні особи з точки зору спорідненості, що визначається виключно власником за

договором. Але такий комплекс прав і обов'язків може виникнути лише за сукупності таких юридичних фактів: особи повинні бути поіменовані; ці особи мають вселитись в надану житлову площу в обумовлений строк; особи вселяються на постійне проживання або встановлений речовим договором строк.

Постійний характер проживання може підтверджуватися державною реєстрацією, яка має здійснюватися в силу ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». Разом з тим реєстрація місця проживання фізичної особи не є підставою для визнання права користування житлом за особою, яка там проживає.

Обсяг прав, якими володіють вказані особи, спеціально не визначені в ЦК. Особливість правового положення осіб, які постійно проживають із власником, полягає і в тому, що законодавець встановлює для них рівні з власником права та обов'язки. Чинне законодавство не передбачає множинність на стороні співвласників житла. В цьому випадку у співвласників виникають не лише рівні права, а і обов'язки.

Право користування членами сім'ї власника жилим приміщенням, якщо воно ґрунтується на речових правах, може здійснюватися згідно з речовим договором користування житловим приміщенням.

Специфіка відносин з договору користування відображена в понятті цього виду речових житлових прав. Речовий договір користування житлом слід визначити як договір, за яким власник надає членам його сім'ї, іншим фізичним особам – не власникам житла у володіння та користування для переважно постійного проживання або обумовлений строк.

Сучасні тенденції правозастосовної практики надають додаткової актуальності питанням правової природи права користування житлом власником (співвласниками) і членами його сім'ї, які в доктрині отримали різну оцінку.

Вчені-юристи обґрунтовують речово-правовий характер житлових прав як незалежну від зобов'язальних прав складову відношення з договорів користування житлом. Зокрема, В. Ф. Маслов слушно відносить право користування жилим приміщенням до числа абсолютних, яке захищається від будь-яких посягань незалежно від підстав його виникнення [9, с. 16–17].

З припиненням відносин члена сім'ї така особа втрачає самостійне право на користування житлом наймача з припиненням проживання у цьому помешканні. У цьому випадку належність спірного житла на праві власності третім особам не звільняє останніх від обов'язку не перешкоджати в здійсненні права користування їх власністю колишнім членам родини, оскільки вони володіють самостійним правом, яке обтяжує право власності і слідує за власністю, а не за особою, що характерне для зобов'язальних прав.

Судова практика свідчить про формування практики, яка передбачає поширення положень ЖК України про право члена родини на користування житлом за договором найму за аналогією закону на відносини із використання житла, яке перейшло у приватну власність колишнього наймача в результаті приватизації житла. При цьому таке застосування аналогії закону неприпустиме.

Тривалий час на практиці та юридичній літературі дискутувалося питання, що слід розуміти під додержанням встановленого порядку вселення. Нині це питання дістало роз'яснення у п. 9 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про деякі питання, що виникають у практиці застосування судами Житлового кодексу України» від 12 квітня 1985 р. № 2 [10], у п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» [11] від 1 листопада 1996 р. № 9 та у Рішенні Конституційного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень підпункту 1 п. 4 Положення про паспортну службу органів внутрішніх справ від 14 листопада 2001 р. [10]. Під вселенням у житлове приміщення в установленому порядку слід розуміти, зокрема, вселення з додержанням правил про реєстрацію проживання, але у тих випадках, коли в такій реєстрації було необґрунтовано відмовлено, суд може визнати право на житло за особою, яка вселилася. Слід зазначити, що реєстрація проживання має, в першу чергу, облікове значення і сама по собі не породжує права на житло.

В ЦК України закріплюються різні правові режими користування приватним житлом – членами сім'ї власника, іншими фізичними особами і членами сім'ї на умовах найму. Члени сім'ї власника житла користуються цим житлом на основі самостійного права безстрокового користування житловою площею, якщо при вселенні між членом сім'ї і власником не було укладено іншої угоди про порядок користування цим приміщенням. В останньому випадку йдеться про можливість встановлення строкового та оплатного порядку користування житловою площею зобов'язально-правового характеру. Однак такий характер відносин можливий, якщо це прямо встановлено угодою про порядок користування житлом.

При цьому слід зазначити, що відносини з користування житлом визначаються із загально-правових позицій, без урахування особливостей та підстав набуття права власності на житлову площу в окремих визначених окремим законом випадках.

Отже, у разі користування житлом членами сім'ї власника такого житла законодавець звів самостійне право безстрокового користування житловою площею до права користування житловою площею членів сім'ї – не власника житлової площі, обсяг повноважень якого значно вужчий і має характер самостійного права на житло.

У ст. 405 ЦК мають бути встановлені обмеження, направлені на випадки, коли припинення сімейних відносин з власником будинку (квартири) не позбавляє колишнього члена його сім'ї права користування займаним приміщенням, якщо у нього відсутнє інше місце проживання. Але у разі відсутності угоди між власником будинку (квартири) і про безоплатне користування жилим приміщенням до цих відносин застосовуються правила, що передбачають оплатний характер користування житлом.

Виходячи із вищепроведеного дослідження, доходимо висновку, що члени сім'ї вправі користуватися житловою площею в квартирі (будинку) як у випадку проживання в ній разом з її власником, так і без нього. Не проживання самого власника із зазначеними членами його сім'ї на житловій площі належної йому квартири жодним чином не може плинати на право користування цією площею.

Право користування житловим приміщенням є речовим правом на чужу житлову площу. Тому удосконалення цивільного законодавства має здійснюватися з урахуванням того, щоб норми права відповідали речово-правовій природі права членів сім'ї власника, а також інших фізичних осіб на житло: родичів, непрацездатних утриманців та інших осіб, які за цією підставою можуть бути визнані членами його сім'ї. Спільне проживання із власником квартири і ведення з ним спільного господарства може поширюватися на осіб, які можуть бути визнані членами сім'ї власника. Зазначені категорії осіб можуть бути встановлені шлюбним договором, що укладається подружжям у порядку врегулювання їх майнових відносин, в тому числі на житлову площу подружжя.

Речові права членів сім'ї на житло власника полягають у такому: 1) носять переважно безстроковий характер. Кожний член сім'ї власника в силу кровної спорідненості вправі користуватися відповідним житлом власника; 2) житлові права членів сім'ї власника є невідчужуваними, оскільки мають особистий характер і тому не можуть передаватися третім особам; 3) член сім'ї власника не має право уповноважити інших осіб на користування визначеними власником жилими приміщеннями; 4) члени сім'ї зобов'язані підтримувати житло в належному стані, нести спільні витрати на утримання житла.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Щенникова Л. В. Вещные права в Гражданском праве России. – М.: БЕК, 1996. – 200 с.
2. Білоцький О. В. Речові права на чуже житло: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. В. Білоцький; НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України. – К., 2011. – 20 с.
3. Євстігнєєв А. Житловий кодекс: чи можливе застосування норм про найм до відносин власності? // Юридичний журнал. – 2005. – № 9 (39). – С. 114.
4. Демченко О. В. Правовий режим майна в багатоквартирному житловому будинку: автореф. дис.... канд. юрид. наук / О. В. Демченко; НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України. – К., 2010. – 20 с.
5. Лічман Л. Г. Судовий захист прав і інтересів членів сім'ї власника жилого приміщення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Л. Г. Лічман / НУВС. – Х., 2005. – 20 с.
6. Седугин П. И. Право на жилище в СССР. – М., 1983. – 223 с.
7. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права // Українське право. – Число 2. Спецвипуск. – 1996.
8. Цюра В. В. Речові права на чуже майно: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. В. Цюра. Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2007. – 21 с.
9. Маслов В. Ф. Право на жилище. – Х.: Вища школа, 1986. – 284 с.
10. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про деякі питання, що виникають у практиці застосування судами Житлового кодексу України» від 12 квітня 1985 р. № 2. [Електронний ресурс] // Інформаційно-пошукова правова система «Нормативні акти України».
11. Рішення Конституційного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень підпункту 1 п. 4 Положення про паспортну службу органів внутрішніх справ від 14 листопада 2001 р. [Електронний ресурс] // Інформаційно-пошукова правова система «Нормативні акти України».

*The article deals with the general grounds for the emergence of tenure rights owne's family members and specific legal facts: treaties, judicial decisions, by virtue of the will and the law. Particular attention is given to the definition and characteristics rem contract tenure.*

*В статье исследуются общие основания возникновения вещных прав пользования жильем членами семьи собственника и конкретные юридические факты: договор, судебное решение, в силу завещания и закона. Особое внимание уделено определению понятия и признакам вещного договора пользования жильем.*

## КОЛІЗІЇ В ЖИТЛОВОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

**Бернацький М. В.,**

*молодший науковий співробітник відділу проблем приватного права*

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

*У статті розглядаються деякі правові колізії, що містяться в законодавстві, яке регулює правовідносини, предметом яких є житло. Досліджуються як колізії норм законодавства, так і колізії прав учасників правовідносин. Пропонуються шляхи подолання цих колізій.*

**Ключові слова:** колізія норм, колізія прав, темпоральна колізія, право на проживання, право власності на житло, житлово-будівельний кооператив, виселення.

Традиційно з часів Радянського Союзу житлові правовідносини регулювались нормами, закріпленими виключно в ЖК УРСР та інших нормативних актах, що були прийняті на підставі зазначеного кодексу. Однак з розвитком приватної власності, приватизації державного житлового фонду та прийняттям спочатку Закону України «Про власність», а потім Цивільного кодексу України норми зазначених актів теж почали регулювати правовідносини, що стосуються житла. Це сталося через зміну способу задоволення житлової потреби фізичних осіб з державного способу на приватний. Держава залишила за собою виключно обов'язок у сприянні приватноправовому способу забезпечення житлом, тоді як право на повне забезпечення житлом державою залишилось виключно в осіб, які потребують соціального захисту. Така зміна концепції забезпечення житлом відбулася з прийняттям в 1996 р. Конституції України, яка в ст. 47 закріпила, що кожен має право на житло. Держава створює умови, за яких кожний громадянин матиме змогу побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду. Громадянам, які потребують соціального захисту, житло надається державою та органами місцевого самоврядування безоплатно або за доступну для них плату відповідно до закону.

Однак, незважаючи на те, що приватноправовий спосіб задоволення житлової потреби, після прийняття Конституції, почав активно розвиватись, приймалися сучасні нормативні акти, відповідних змін до ЖК УРСР не було внесено. В цьому нормативному акті залишився відбиток радянської моделі забезпечення житлом фізичних осіб, що, в свою чергу, породило певну кількість колізій, оскільки як концепція права власності, так і взагалі економічна система Радянського Союзу та сучасної України радикально відрізняються.

Найбільш значущим серед сучасних наукових розробок в досліджуваній сфері є праці: Л. В. Авраменко, М. К. Галянтича, О. В. Дзери, В. В. Луця, О. В. Петришина, М. В. Ус, М. В. Цвіка.

Метою цієї статті є визначення колізій в правових нормах, що регулюють відносини щодо житла, та пошук шляхів їх подолання.

Перш за все, слід надати визначення колізії та окреслити їх різновиди.

Колізії у законодавстві є різновидом юридичних колізій, що виникають за наявності розбіжності (зокрема суперечності) між нормами права, які закріплені в законодавстві та регулюють одні фактичні відносини. Для українського законодавства напоширенішими є темпоральні, ієрархічні та змістовні колізії. Темпоральна (часова) колізія – це колізія, що виникає внаслідок видання в різний час з того самого питання кількох норм права. Загальним правилом, що використовується для подолання таких колізій, є правило, згідно з яким наступний закон з того самого питання скасовує дію попередніх. Ієрархічна (субординаційна) колізія – це колізія, що виникає внаслідок регулювання одних фактичних відносин нормами, що мають різну юридичну силу. Загальне правило, яке використовується для подолання ієрархічних колізій, звучить так: у разі суперечності застосовуються норми, що мають більш високу юридичну силу. Змістова колізія – це колізія, що витікає внаслідок часткового збігу обсягів регулювання кількох норм права. При конкуренції загальних і спеціальних (виняткових) норм слід керуватися правилом: спеціальний закон скасовує дію загального. Існують також поєднання різних видів колізій [ 1, с. 328–331].

Спробуємо проаналізувати найбільш актуальні колізії, що містяться в законодавстві, яке є предметом дослідження даної статті.

О. Куліков вказує на колізію між ст. 9 ЖК УРСР та ст. 47 Конституції України. Він зазначає, що аналіз ст. 9 Житлового кодексу надає можливість зробити висновок, що будь-який громадянин має право на безоплатне отримання житла. Водночас Конституція України наділяє таким правом лише соціально незахищені верстви населення (ст. 47). У висновку автор зазначає, що норма ст. 47 Конституції України розрахована на день сьогоднішній. Статті 1 та 9 Житлового кодексу (як, власне, і сам Житловий кодекс) переважно регулюють відносини, котрі залишились у дні вчорашньому. Їх спільне існування неможливе [2].

В даному випадку автор проілюстрував темпорально-субординаційну колізію. Такий вид колізії долається застосуванням норми вищої юридичної сили, тобто норми Конституції України. Норми ст. 9

ЖК УРСР робить недієвими норма ч. 1 Перехідних положень Конституції України, в якій зазначено, що закони та інші нормативні акти, прийняті до набуття чинності цією Конституцією, є чинними у частині, що не суперечить Конституції України.

Ще одну системну колізію, яку не можна оминати увагою, можна виявити в нормах, що регулюють діяльність житлово-будівельних кооперативів (далі – ЖБК). Вона є системною, оскільки колізія міститься одразу в кількох нормах та навіть кількох чинних нормативних актах.

На сьогодні правове положення ЖБК регулюється такими нормативними актами, як: Житловий кодекс УРСР, Примірний статут житлово-будівельного кооперативу, Правила обліку громадян, які бажають вступити до ЖБК, ЦК України та Закон України «Про кооперацію». На жаль, більшість із зазначених актів була прийнята ще у 80-х рр. XX ст., за часів Радянського Союзу, що й залишило в них відбиток тієї концепції права власності і концепції юридичних осіб, які панували на той час. Як видно, спеціальний закон, що регулює діяльність ЖБК, відсутній. Найбільш детально діяльність цих юридичних осіб врегульована у Примірному статуті ЖБК.

Житлово-будівельний кооператив, як юридична особа – учасник цивільних правовідносин, в деяких випадках не має права на самостійне прийняття рішення, що на сьогодні суперечить концепції юридичної особи приватного права, яка закріплена в ЦК України.

Так, відповідно до п. 4 Примірного статуту ЖБК виконавчий комітет місцевої ради народних депутатів або адміністрація підприємства, установи, організації чи орган кооперативної або іншої громадської організації і профспілковий комітет проводять загальні збори громадян, на яких приймається рішення про організацію кооперативу. Рішення зборів про організацію кооперативу, список громадян, які вступають до кооперативу, і членів їх сімей, що виявили бажання оселитися в будинку кооперативу, затверджуються виконавчим комітетом районної, міської, районної в місті ради народних депутатів.

По-перше, слід зазначити, що волевиявлення майбутніх членів ЖБК залежить від волі органу державної влади або адміністрації підприємства при скликанні загальних зборів громадян, на яких приймається рішення про утворення ЖБК. Відповідно до ст. 87 ЦК України для створення юридичної особи її учасники (засновники) розробляють установчі документи, які викладаються письмово і підписуються всіма учасниками (засновниками), якщо законом не встановлено інший порядок їх затвердження. Оскільки Примірний статут ЖБК не є законом, то такого роду обмеження волі засновників кооперативу є незаконними.

По-друге, всупереч ЦК України та ст. 4, 5 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців» документи по реєстрації юридичної особи мають подаватися виключно до державного реєстратора. Саме після проведення дій цим державним органом юридична особа вважається створеною відповідно до ч. 4 ст. 87 ЦК України. Надання для реєстрації документів до інших державних органів в процесі реєстрації не передбачається.

Існують й інші приклади обов'язкової участі місцевих рад або їх виконавчих органів у діяльності житлово-будівельного кооперативу:

- замовником по проектуванню та будівництву кооперативних жилих будинків є виконавчі комітети місцевих рад народних депутатів, підприємства, установи, організації, при яких організовуються житлово-будівельні кооперативи. Контроль за будівництвом жилого будинку (будинків) житлово-будівельного кооперативу здійснюється виконавчим комітетом місцевої ради народних депутатів, підприємством, установою, організацією, при яких організовано кооператив, і правлінням кооперативу (п. 13 Примірного статуту ЖБК);

- особі, прийнятій до членів житлово-будівельного кооперативу, за рішенням загальних зборів членів кооперативу, затвердженням виконавчим комітетом районної, міської, районної в місті ради народних депутатів, надається в безстрокове користування окрема квартира (п. 27 Примірного статуту ЖБК);

- рішення про припинення діяльності ЖБК має бути затверджене виконавчим комітетом ради народних депутатів (п. 76 Примірного статуту ЖБК).

Проект ЖК України може вирішити зазначену проблему, оскільки він визначає ЖБК як юридичну особу самостійного учасника цивільних правовідносин, однак до набрання законної сили відповідних його положень застосування житлово-будівельного кооперативу як засобу забезпечення житлової потреби громадян є майже неможливим. Однак проект ЖК і на сьогодні залишається проектом.

Зазначена колізія також є темпорально-субординаційною та вирішується застосуванням норми, що була прийнята пізніше, тобто мають застосовуватись норми ЦК України та Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців», однак ці законодавчі акти є актами загальної дії, а регулювання правовідносин в ЖБК потребують спеціального акта, який би системно регулював відповідні правовідносини.

Однією з найбільш поширених колізій є колізії між нормами про права членів сім'ї власника та права власника житла.

Відповідно до ст. 156 ЖК УРСР члени сім'ї власника жилого будинку (квартири), які проживають разом з ним у будинку (квартирі), що йому належить, користуються жилим приміщенням нарівні з

власником будинку (квартири), якщо при їх вселенні не було іншої угоди про порядок користування цим приміщенням. Відповідно до ч. 2 ст. 64 ЖК УРСР до членів сім'ї наймача належать дружина наймача, їх діти і батьки. Членами сім'ї наймача може бути визнано й інших осіб, якщо вони постійно проживають разом з наймачем і ведуть з ним спільне господарство. Слід зазначити, що вказані права членів сім'ї власника є похідними. Підставою для їх виникнення є право власності на житло одного з членів їх сім'ї.

ЦК України підходить до питання похідних прав членів сім'ї власника житла дещо іншим способом. Відповідно до ч. 1 ст. 383 ЦК України власник житлового будинку, квартири має право використовувати помешкання для власного проживання, проживання членів своєї сім'ї, інших осіб і не має права використовувати його для промислового виробництва. ЦК України розглядає як один з видів використання житла власником – проживання членів його сім'ї. Тобто ЦК України не розглядає можливість проживання членів сім'ї в житлі власника як право цих членів сім'ї, а розглядає таке проживання як право власника житла на використання цього житла для проживання інших осіб. Кодекс стоїть на тій позиції, що власник володіє, користується та розпоряджається своїм майном на власний розсуд (ч. 1 ст. 319 ЦК України). Тобто відповідно до положень ЦК України власник на власний розсуд може вселяти та виселяти членів своєї сім'ї в житло, що йому належить.

Виселенням є позбавлення особи права на проживання в конкретному житлі.

Можливі випадки, коли власник більше не хоче щоб у його житлі проживали особи, дозвіл на проживання яких він надав раніше. З точки зору цивільного законодавства, це його право використовувати житло, що йому належить, на власний розсуд. Однак відповідно до ч. 3 ст. 47 Конституції України ніхто не може бути примусово позбавлений житла інакше як на підставі закону за рішенням суду. Зазначена норма може бути також застосована у випадках, коли особа проживає у житлі на підставі похідного права, яке виникає у члена сім'ї власника.

Вище проілюстрована змістовно-темпоральна колізія, тобто колізія, яка виникає внаслідок часткового збігу обсягів регулювання кількох норм права та різного часу прийняття нормативних актів. Специфіка змістовних колізій пов'язана з поділом норм права на загальні і спеціальні. Загальні норми права, як відомо, поширюються на рід відносин у цілому; спеціальні діють тільки в межах певного виду відносин цього роду і встановлюють для нього певні особливості порівняно із загальним правилом. Змістовні колізії випливають з цілей законодавця врахувати особливості специфічних відносин шляхом створення для їх урегулювання спеціальних норм. Іншими словами, причиною цієї колізії є, як правило, специфіка правового регулювання окремих відносин.

Також ст. 9 ЖК УРСР передбачає, що ніхто не може бути виселений із займаного жилого приміщення або обмежений у праві користування жилим приміщенням інакше як з підстав і в порядку, передбачених законом. Зазначена норма передбачає, що припинення права на проживання будь-якої особи, в тому числі і осіб, право на проживання є похідними від права власності іншої особи. Так само як і ч. 3 ст. 47 Конституції України, в якій зазначено, що ніхто не може бути примусово позбавлений житла інакше як на підставі закону за рішенням суду. Однак поряд із зазначеною вище нормою в ст. 41 Конституції України зазначається, що кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Можна говорити, що змістовна колізія, в загальних рисах, начебто подолана, оскільки як право власності, так і право на проживання певною мірою регламентується найвищим юридичним актом – Конституцією України. А темпоральна колізія норм має елементарний спосіб регулювання.

Водночас в науці існує думка про те, що крім колізії норм існує також колізія прав. Так, М. В. Ус [3, с. 36–37] зазначає, що існують випадки, коли неможливість здійснення однією особою належного їй суб'єктивного цивільного права обумовлюється здійсненням свого права іншою особою, тобто *de jure* правомірній поведінці однієї особи перешкоджає *de jure* правомірною поведінкою іншого уповноваженого суб'єкта. Як видно, принцип безперешкодного здійснення суб'єктивних прав в окресленій ситуації не спрацьовує, що призводить до збою в механізмі реалізації суб'єктивних цивільних прав чи одного з них. За наведених умов доводиться констатувати наявність нетипової правової ситуації – колізії відповідних цивільних прав. Як зазначає автор, колізії суб'єктивних прав можуть бути вирішені двома способами: усунення – повне їх зняття в результаті законотворчої діяльності та подолання – вирішення колізії у кожному конкретному випадку під час правозастосування. І якщо зрозуміло, що усунення законотворчим шляхом є найкращим способом, та все ж цей спосіб є і найскладнішим, адже внесення змін до законів є досить складною процедурою, що очевидно.

З іншого боку, серед способів, запропонованих М. В. Ус [3, с. 159–190], щодо подолання колізій прав колізію прав власника житла та особи, що має похідне право на проживання в цьому житлі, може бути вирішено виключно за допомогою відповідного способу захисту права/інтересу. В нашому випадку таким способом буде судовий захист порушеного права. Однак навіть в такий спосіб в суді буде дуже складно довести право власника вимагати припинення права на проживання в його житлі інших осіб, яким належить виключно право на проживання. Особливо така ситуація може бути

ускладнена тими обставинами, що особи, які мають виключно право на проживання, можуть не мати взагалі іншого житла. Це означатиме, що фактично таку особу виселити неможливо.

На нашу думку, в даному випадку пріоритетним має все ж таки бути право приватної власності. На сьогодні держава змінила пріоритети у сфері задоволення житлової потреби, визначивши як основний – приватноправовий. Така зміна пріоритетів послужила підґрунтям для приватизації більшої частини державного житлового фонду, посприявши і фактично створивши ринок приватного житла, на якому можна знайти як нове, так і житло з вторинного ринку, а також житло, яке можна взяти в оренду. Тому, маючи змогу самостійно задовольнити житлову потребу, суди при вирішенні зазначених спорів мають віддавати пріоритет все ж праву власності. Особа, право проживання якої припиняється, отримує все ж широкий спектр можливостей самостійно задовольнити свою житлову потребу на противагу часам, коли більша частина жилого фонду держави належала державі і процес як виселення, так і вселення мав обов'язково адміністративний елемент. Це означало, що якщо особу виселять з одного житла, отримати інше їй вже буде складніше, оскільки рішення приймається за участю одного й того самого органу і приймати спочатку негативне, а потім позитивне рішення щодо однієї і тієї самої особи може бути малоімовірним.

Із зазначеного вище можна зробити такі висновки.

Більша частина колізій в житловому законодавстві носять темпоральний характер, що й не дивно, оскільки основний нормативний акт, що регулює зазначені відносини, – Житловий кодекс УРСР було прийнято ще в 1983 р. і радикальних змін він не зазнав ані після набуття Україною незалежності та перебудови економіки від адміністративно-планової до ринкової, що означало зміни в економічній сфері, ані після прийняття відповідних нормативних актів, таких як закони України «Про власність» (втратив чинність) та «Про приватизацію державного житлового фонду», ЦК України. Такі колізії, за загальним правилом, долаються шляхом застосування норми, що була прийнята пізніше. Однак, по-перше, майже все законодавство, що регулює відповідні правовідносини, було прийнято пізніше за ЖК УРСР, тим самим позбавляючи його хоч якоїсь можливості регулювати відповідні правовідносини, а, по-друге, чисті темпоральні колізії все ж трапляються не завжди, а комплексні колізії мають складніший механізм регулювання.

Крім того, колізії прав, що можуть виникати між правами власника і користувача, на нашу думку, слід вирішувати в судах, віддаючи пріоритет правам власника, а не користувача.

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. *Загальна теорія держави і права. Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів* / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. За ред. док. юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, док. юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. – Харків: Право, 2011. – 584 с.
2. *Куліков О. Правові колізії у житловому законодавстві [Електронний ресурс]* / О. Куліков // *Юридичний журнал*. – 2005. – № 8. – Режим доступу до журн.: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1858>.
3. *Ус М. В. Колізії суб'єктивних цивільних прав : монографія* / М. В. Ус. – Х.: Право, 2014. – 224 с.

*This article discusses some of the law collisions that are present in the relationship, the subject of which is housing. Researched the collision of law and the competing rights of the involved parties. Represented suggestions of the way to overcome these law and right collisions.*

*В статье рассматриваются некоторые правовые коллизии, содержащиеся в законодательстве, регулирующем правоотношения, предметом которых является жилье. Исследуются как коллизии норм законодательства, так и коллизии прав участников правоотношений. Предлагаются пути преодоления этих коллизий.*

### **ПІДСТАВИ НАБУТТЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ОБ'ЄКТ БУДІВНИЦТВА**

**Біленко М. С.,**

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

*В статті розглянуто підстави набуття права власності на об'єкти будівництва та здійснено аналіз їх особливостей.*

**Ключові слова:** право власності, будівництво, незавершене будівництво, нерухомість, переробка, реквізиція, конфіскація.

Право власності – це фундамент, який є базовою правовою системою будь-якої країни. Конституція України встановила основні засади права власності. Кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності (ст. 41). Усі суб'єкти права власності рівні перед законом.

До підстав набуття права власності саме на об'єкти будівництва законодавець відносить: будівництво нових об'єктів (ст. 331 ЦК); викуп об'єкта будівництва (ст. 384 ЦК); реквізиція (ст. 353 ЦК); конфіскація (ст. 354 ЦК); набуття права власності на безхазяйний об'єкт будівництва (ст. 335 ЦК); викуп у власника належного йому об'єкта будівництва у зв'язку з викупом земельної ділянки, на якій він розміщений (ст. 351 ЦК); приватизація (ст. 345 ЦК) та інше.

З боку законодавства України ось уже який рік маємо неоднозначну ситуацію щодо об'єктів незавершеного будівництва. Незавершене будівництво – об'єкти, які розпочаті будівництвом і не прийняті в експлуатацію, включаючи законсервовані об'єкти [1]. Можна говорити, що незавершене будівництво – це специфічна нерухомість, оскільки до завершення будівництва забудовник вважається лише власником матеріалів та обладнання, які використовувалися в процесі будівництва. Нинішнім законодавством не передбачена можливість визнання права власності на незавершене будівництвом нерухоме майно в судовому порядку. Але судова практика свідчить про протилежне.

Чинний ЦК України встановлює можливість набуття права власності на новостворене майно та об'єкти незавершеного будівництва (ст. 331 ЦК України). Частиною 4 ст. 331 ЦК України передбачалось, що за заявою заінтересованої особи суд міг визнати її власником недобудованого нерухомого майна, якщо буде встановлено, що частка робіт, яка не виконана відповідно до проекту, є незначною. Аналіз змісту норм ст. 331 ЦК України давав підстави для висновку, що суд міг визнати право власності на перебудоване нерухоме майно у разі, якщо житловий будинок, будівля, споруда, інше нерухоме майно будуються на земельній ділянці, що була відведена для цієї мети; є належний дозвіл на будівництво та належно затверджений проект; не допущено істотних порушень будівельних норм і правил. Тобто на самочинне будівництво правила ч. 4 ст. 331 ЦК України не поширюються. Проте з 14.01.2006 р. ч. 4 виключена зі ст. 331 ЦК України. Таким чином, з цього часу навіть у разі дотримання відповідних умов, про які зазначено вище, суди не мають права визнавати право власності на об'єкти незавершеного будівництва. Слід зазначити, що необхідними умовами узаконення в судовому порядку самочинно побудованих об'єктів є: відведення для цієї мети в установленому порядку забудовнику земельної ділянки; відсутність заперечень з боку власника земельної ділянки; відсутність порушення в результаті самочинної забудови прав інших осіб. Водночас слід зазначити, що сама сутність об'єкта незавершеного будівництва вказує на те, що цей об'єкт виступає як такий, що незавершений до моменту саме факту завершення будівництва – здачі об'єкта в експлуатацію. Тобто об'єктивно право власності на об'єкт незавершеного будівництва не може виникнути з моменту завершення будівництва. Виникає ситуація, за якої до завершення будівництва – підписання документа про прийняття в експлуатацію та державної реєстрації – не існує такого нерухомого майна, як об'єкт незавершеного будівництва, хоча цей об'єкт відповідає законодавчо встановленим ознакам нерухомого майна.

Об'єкт незавершеного будівництва в цьому випадку перебуває в межах режиму рухомих речей, а саме, матеріалів, які були використані в процесі будівництва. Натомість з моменту підписання документа про прийняття в експлуатацію та державної реєстрації – вже існує нерухоме майно, але воно автоматично перестає бути «незавершеним будівництвом». Таким чином, виникають суперечності чинного правового забезпечення реєстрації права власності на об'єкти незавершеного будівництва. Тобто якщо загальне законодавство допускає реєстрацію права власності на незавершене будівництво, то спеціальне – визначає механізм реєстрації прав на об'єкт будівництва і паралельно не передбачає реєстрацію цих прав на об'єкт незавершеного будівництва, що, власне, і становить правову колізію. Саме тому дані об'єкти, будівництво яких ще не завершено, перебувають в межах режиму рухомого майна і право власності на нього не виникає.

Досить специфічним є питання набуття права власності на переробку. За ЦК України переробкою є використання однієї речі (матеріалу), в результаті чого створюється нова річ (ч. 1 ст. 332 ЦК).

Для з'ясування змісту поняття переробки, яке зазначається у ст. 332 ЦК, потрібно також враховувати положення митного законодавства. Митний кодекс України у гл. 23, присвяченій переробці товарів на митній території України, містить ст. 150, яка виходить із широкого поняття «переробки». Про переробку можна говорити лише коли в результаті застосування праці виникає нова річ, якщо даний результат відсутній, йдеться лише про обробку, покращення вигляду речі або взагалі про її знищення.

Щодо можливості застосування даних понять саме до об'єктів будівництва наука ще не має сталої концепції, але судова практика постійно стикається зі спорами по даній темі. Наприклад, Київський районний суд м. Харкова встановив право власності на реконструйоване майно, тим самим

ще раз довів про неоднакове застосування положень ст. 332 ЦК України до правовідносин, об'єктом яких є нерухоме майно.

Ще однією підставою є створення шляхом спорудження або придбання об'єкта будівництва житлово-будівельним кооперативом (ст. 384 ЦК). Житлово-будівельний кооператив – це об'єднання окремих осіб чи сімей, які співпрацюють з метою збудувати для себе житло. Члени житлово-будівельного кооперативу купують будівельні матеріали та співпрацюють з іншими членами на етапі будівництва. Після зведення будинку члени, зазвичай, володіють помешканнями самостійно. У деяких випадках дороги, парки та комунальне господарство продовжують перебувати у власності кооперативу. Члени будівельного кооперативу можуть самостійно брати участь у будівництві або звертатися до послуг будівельників. Для придбання будівельних матеріалів та оплати праці робітників можуть використовуватися кредитні кошти. Після завершення будівництва для управління будинком може бути створено житловий кооператив. Об'єктом власності в такому випадку буде будинок в цілому. Поступово, у зв'язку з викупом кожної квартири окремо, кожний член кооперативу стає власником окремої квартири. Але, в свою чергу, житлово-будівельний кооператив продовжує залишатися власником будинку. Спорудження будинку – не завершальна стадія діяльності кооперативу, а тільки початковий етап, оскільки в подальшому на кооператив покладається обов'язок щодо забезпечення експлуатації побудованого будинку.

Питання набуття права власності на об'єкти безхазяйного нерухомого майна було та залишається актуальним. Це підтверджується не тільки чисельною кількістю питань щодо самої процедури визнання об'єкта нерухомого майна безхазяйним, а й, наприклад, відсутністю розуміння самого поняття безхазяйної речі, відсутністю налагодженої і систематизованої взаємодії між органами, що здійснюють державну реєстрацію прав на нерухоме майно, та органами місцевого самоврядування. Аналіз проблемних питань, пов'язаних з постановкою на облік безхазяйного нерухомого майна, свідчить про необхідність додаткового обговорення законодавства, що регулює відносини у відповідній сфері.

Право власності на об'єкти будівництва може виникнути і за набувальною давністю. Статтею 344 ЦК України визначено, що особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти нерухомим майном протягом десяти років, набуває право власності на це майно (набувальна давність), якщо інше не встановлено цим Кодексом.

Право власності на нерухоме майно, що підлягає державній реєстрації, виникає за набувальною давністю з моменту державної реєстрації. Право власності за набувальною давністю на нерухоме майно набувається за рішенням суду. Таким чином, у випадку, якщо є всі підстави вважати, що власник майна тривалий час не виявляє наміру визнати певну річ своєю, він погодився з її втратою, а отже, вона може бути визнана власністю фактичного добросовісного володільця. Добросовісне володіння означає, що особа не знала і не повинна була знати, що володіє річчю незаконно. Тому встановлення добросовісності залежить від підстав набуття майна. Але набувальна давність не може застосовуватися на самочинно збудоване майно, яке розташоване на неправомірно займаній земельній ділянці, а отже, правові наслідки виникнення права власності на підставі набувальної давності і самочинного будівництва різняться і не тотожні.

До спеціальних підстав набуття права власності на об'єкти будівництва цивільне законодавство відносить реквізицію та конфіскацію.

Реквізиція – примусове вилучення державою майна у власника в державних або громадських інтересах за певну винагороду. Стаття 353 ЦК України зазначає: у разі стихійного лиха, аварії, епідемії, епізоотії та за інших надзвичайних обставин, з метою суспільної необхідності майно може бути примусово відчужене у власника на підставі та в порядку, встановлених законом, за умови попереднього і повного відшкодування його вартості. Європейська Конвенція про захист прав та основних свобод людини визначає, що кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права [2]. Стаття 41 Конституції України також зазначає, що право приватної власності є непорушним. Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану. На відміну від реквізиції, конфіскація здійснюється не за рішенням органів державної влади, а на підставі рішення суду. Конфіскація майна відповідно до ст. 59 КК України полягає в примусовому безоплатному вилученні у власність держави всього або частини майна, яке є особистою власністю засудженого. Конфіскація майна може призначатися за тяжкі і особливо тяжкі корисливі злочини лише як додаткове покарання і тільки у випадках, прямо передбачених у санкції статті, за якою кваліфіковане діяння засудженого.

Чинне законодавство не передбачає заміну покарання у вигляді конфіскації майна іншим покаранням внаслідок неможливості його виконання. Виконання покарання у вигляді конфіскації майна здійснюється

державною виконавчою службою за місцезнаходженням майна відповідно до Закону України «Про виконавче провадження».

Ще однією підставою набуття права власності є самочинне будівництво. Згідно із ст. 376 ЦК України самочинне будівництво – це житловий будинок, будівля, споруда, інше нерухоме майно, якщо вони збудовані або будуються на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети, або без належного дозволу чи належно затвердженого проекту, або з істотними порушеннями будівельних норм і правил. Юридичне поняття «самочинного будівництва» окреслює не тільки нове будівництво, а й є набагато ширшим, наприклад, охоплює звичайне і масове проведення реконструкції шляхом перепланування приміщень без дозвільної документації. Дуже часто виникають ситуації, коли громадяни без відповідної проектної документації, дозволів компетентних органів здійснюють будівництво або реконструкцію будинків. А після закінчення всіх будівельних робіт у них виникає необхідність оформити документи для реєстрації права власності на новозбудоване нерухоме майно.

Такі ситуації трапляються або через незнання норм закону про необхідність отримання спеціальних дозволів, або через свідоме порушення закону, або з метою економії часу та зусиль, усвідомлюючи про відсутність будь-яких серйозних санкцій за порушення такого роду. За загальним правилом, особа, яка здійснила або здійснює самочинне будівництво, не набуває права власності на нього. Але виняток, виходячи зі змісту ч. 3 ст. 376 ЦК України, право власності на самочинно збудоване нерухоме майно може бути за рішенням суду визнане за особою, яка здійснила самочинне будівництво на земельній ділянці, за умови надання цієї земельної ділянки у встановленому порядку особі під уже збудоване нерухоме майно з загального правила, який встановлює, що право власності на самочинне будівництво може виникнути за рішенням суду. Основний акт цивільного законодавства України фактично визначив три моменти виникнення права власності на об'єкт новоствореного нерухомого майна: один безумовний – момент завершення будівництва та два випадки, які діють у разі, якщо вони прямо передбачені законодавством, – момент прийняття майна до експлуатації та момент його державної реєстрації.

Тільки при визнанні будівництва завершеним постає питання про виникнення на будівлі права власності. До завершення будівництва все це майно визначається як матеріали для будівництва, і право власності поширюється відповідно не на будову в цілому, а на її складові частини – цеглу, бетон, дах тощо. Набуття права власності на такі об'єкти не є кінцевою метою особи, яка здійснює нове будівництво. Отже, визначення моменту завершення будівництва є вагомим елементом для визнання права власності, тому в ЦК України передбачені певні можливості для встановлення такого моменту, як прийняття нерухомого майна до експлуатації.

Слід звернути увагу, що на практиці не завжди прийняття об'єкта в експлуатацію є необхідною умовою для оформлення права власності, а саме, право власності на самочинно збудовані об'єкти може бути визнане судом та зареєстроване без прийняття об'єкта в експлуатацію. У разі коли на самочинно збудоване нерухоме майно визнано право власності за рішенням суду, воно приймається в експлуатацію згідно з Законом України «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень». Датою прийняття в експлуатацію об'єкта є дата реєстрації декларації або видачі сертифіката. Експлуатація об'єктів, не прийнятих в експлуатацію, забороняється.

Відповідно до ст. 39 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» та Порядку прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 13.04.2011 № 461, документами, що підтверджують прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, що належать до I–III категорії складності, є зареєстрована Інспекцією декларація про готовність об'єкта до експлуатації, а щодо об'єктів, що належать до IV і V категорії складності, – виданий Інспекцією сертифікат. Зазначені документи підтверджують прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів.

Згідно зі ст. 182 ЦК України право власності та інші речові права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації. З 1 січня 2013 р. почала діяти нова система реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, передбачена викладеним у новій редакції Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 1 липня 2004 року № 1952-IV. Основна ідея нової системи полягає у тому, щоб поєднати в одному уніфікованому реєстрі інформацію про всі існуючі права та обтяження стосовно об'єкта нерухомості та стосовно земельної ділянки під таким об'єктом нерухомості. З цієї метою інформація про об'єкти нерухомості буде перенесена до єдиного уніфікованого реєстру – Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень.

Відповідно до ст. 2 зазначеного закону державна реєстрація речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень – це офіційне визнання і підтвердження державою фактів виникнення, переходу або припинення речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, що супроводжується внесенням даних до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень. Державна реєстрація прав проводиться державними реєстраторами прав на нерухоме майно відповідних реєстраційних служб, а

також нотаріусами, як спеціальними суб'єктами, на яких покладаються функції державного реєстратора прав. Тобто, як вбачається з вказаної норми, державна реєстрація права власності на нерухоме майно є лише офіційним визнанням права власності, тобто права, яке вже мало виникнути до її проведення.

Виходячи з вищевикладеного, момент виникнення права власності на новостворений об'єкт будівництва не може пов'язуватись з його державною реєстрацією, адже сама реєстрація згідно з законодавством не є правостановлюючим чинником, а є лише фактом визнання цього права з боку держави. Таким чином, створення нового об'єкта будівництва, який вважається завершеним, його відповідність всім будівельним нормам та правилам, який закінчується прийняттям даного об'єкта до експлуатації та здійснення державної реєстрації, є елементом складу, на підставі якого виникає право власності на новостворений об'єкт будівництва.

Отже, підсумовуючи вищезазначене, можна з впевненістю говорити про те, що в даній темі існує велика кількість неузгодженостей і колізій, які потребують глибокого дослідження і, як результат, удосконалення чинної законодавчої бази. ЦК України, звичайно, значно розширив підстави набуття права власності на нерухоме майно порівняно з ЦК УРСР. Але все ж таки можливість застосування кожної підстави характеризується необхідністю встановлення наявності цілої низки специфічних ознак та умов, і відсутність єдиної термінології, критеріїв, що покладаються в основу класифікації способів набуття права власності на нерухоме майно, впливає на тлумачення розглянутих підстав, що, в свою чергу, породжує проблеми з їх застосуванням.

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. *Наказ Фонду державного майна України «Про затвердження Класифікатора державного майна»* від 15 березня 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.zakon.nau.ua>.
2. *Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод* Ради Європи. – Протокол. – Міжнародний документ від 20.03.1952.

*In the article the grounds for the existence of property rights to the construction and analysis of their features.*

*В статье рассмотрены основания приобретения права собственности на объекты строительства и осуществлен анализ их особенностей.*

### **ХАРАКТЕРИСТИКА ЖИТЛА ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА В ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ**

**Галянтич М. К.,**

*доктор юридичних наук, професор, заступник директора з наукової роботи НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

**Самойленко Г. В.,**

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Запорізького національного університету*

*В статті досліджується майновий об'єкт «житло» з позицій розуміння його як майнового, так і немайнового блага, що має прояв в реалізації людиною права на житло. Відстоюється позиція про визнання «житла» не лише майновим, а й немайновим благом, що відокремлює особливу приватну сферу особи, елементами якої є його недоторканність та захист від несанкціонованого проникнення в нього інших осіб та невтручання у приватне життя.*

**Ключові слова:** житло, благо, недоторканність житла, приватне життя.

Поняття житла є поняттям поліаспектним, яке має свій прояв у різних сферах людського буття. Житло є способом задоволення потреб людини у проживанні. Це підтверджує, що житло є засобом реалізації природного права людини на життя, що відображає право особи на задоволення її потреби в житлі. Потреби людини задовольняються благами, якими є засоби, придатні для задоволення природних потреб. Поділ благ міститься в ст. 177 ЦК України – об'єктами цивільних прав є речі, а також інші матеріальні та нематеріальні блага [34, с. 189].

Погодимося, що з точки зору розуміння житла як немайнового блага, пов'язаного з реалізацією права людини (як конституційно-правової категорії), «житло» виступає способом забезпечення прав та свобод людини і громадянина на проживання в ньому та правового режиму (власність чи інше речове право) і право на недоторканність житла, як право на повагу до приватного життя. Звичайно, житло є

об'єктом матеріального світу, яке є засобом реалізації потреби людини у проживанні в певному житловому приміщенні. Тому є достатньо підстав вважати, що під житлом варто розуміти не лише матеріальне благо, а й нематеріальне благо (яке має прояв, здебільшого, у праві на недоторканність житла).

М. Скаржинський запропонував поняття житло розглядати у вузькому та широкому розуміннях [28, с. 76]. Проте Н. О. Горобець розширила межі традиційних уявлень про житло, зазначивши, що житло є не лише майновим благом, а й являється уявними межами у просторі, що відокремлює особливу приватну сферу (приватність) особи від суспільства (інших осіб, держави тощо) та має особливий психологічний (духовний) аспект для людини [6, с. 122]. Обґрунтовано розуміння житла як немайнового блага через категорію житлового простору, пов'язаного з поняттям приватності. На думку Н. О. Горобець, «приватність є поняттям, яке застосовується як в юриспруденції, так і в економіці, соціології, психології. Психологи розглядають приватність як уникання спілкування і вторгнення через візуальні, аудіальні та інші канали; як рівень здатності бути самим собою і уникати тиску з боку інших тощо. Для забезпечення приватності людина спрямовує діяльність на перетворення існуючого навколо неї середовища, створюючи особисту територію, тощо» [6, с. 123]. Тут дане і розширене розуміння матеріального соціального простору (територіальності) як прояву приватності – через фіксацію житлового простору, з визначенням на ній норм поведінки та контролю за їх дотриманням.

Як будь-яке явище світу, все має свій зміст і свою форму вираження. Зовнішньою формою житлового простору є «житло», а не інші житлові об'єкти (палата в лікарні, каюта на судні, купе в вагоні, намет, юрта, шалаш, кибитка, транспортний засіб, землянка), які не характеризуються основною функцією – проживанням фізичної особи (постійним, переважним чи тимчасовим) і об'єктом речового права (як нерухоме майно).

Житло – це така складова частина житлових правовідносин, як особисті немайнові відносини, пов'язані з майновими, має бути конкретизована та закріплена у відповідних нормах Житлового кодексу. Тому запровадження мінімальної норми житла забезпечить людині захист особистих немайнових благ. Якщо у особи менше визначеного рівня, то таке житло є особистим немайновим благом і товаром бути не може [7, с. 10].

Це дійсно має велике значення для реалізації прав людини на житло, оскільки наразі чинне законодавство не виключає житлові приміщення з переліку об'єктів, на які може бути звернене стягнення в цивільному процесі.

Характеризуючи житло як матеріальне благо, з приводу якого виникають та існують житлові правовідносини (як речові та зобов'язальні), – воно має відповідати ДБН та СНіП і додаткові – за реєстрацію об'єкта саме як житлового приміщення. Приміщення, яке не має статусу житлового, може бути об'єктом цивільних правовідносин як будь-який об'єкт нерухомості. Житло є нерухомим майном, не споживаним, складним, індивідуально-визначеним, оборотоздатним.

Тому, якщо нежитлова будівля відповідає встановленим зазначеним вимогам, то можна скористатися досвідом Російської Федерації, де в ч. 3 ст. 9 Закону РФ «Об основах федеральной жилищной политики» від 24 грудня 1992 р. передбачено, що громадяни, які мають жилі будівлі, що розміщені на садових і дачних земельних ділянках і відповідають вимогам нормативів щодо жилих приміщень, мають право переоформити їх як жилі будинки і садиби на праві приватної власності. Йдеться про приведення у відповідність матеріального змісту будівлі до її юридичної відповідності [4, с. 112].

Перехід права власності на житло підлягає нотаріальному посвідченню та державній реєстрації (ст. 182, 209 ЦК України). Зміст права власності становить суб'єктивне право власності на житло, яке включає в себе правомочності володіння, користування та розпорядження майном. Але, як зазначає Є. О. Мічурін, право не є безмежним [14, с. 166]. Воно має межі свого здійснення чи своєї реалізації. Обмеження здійснення права власності можуть встановлюватися договором чи законом, за яким власник може бути позбавлений своїх правомочностей. Власник за власною волею може обмежити обсяг належних йому правомочностей, передавши належне йому житло за договором найму (оренди), позички, тощо, іншій особі [3, с. 21].

Передумови обмежень цивільних прав закладені в будь-якій державі, оскільки саме вона має обов'язок врегулювання суспільних відносин, що вимагають здорового балансу публічних та приватних інтересів. Цей баланс має прояв у співвідношенні обмежень та свободи певної поведінки. Тому обмеження не можуть бути свавільними, а свобода не може бути безмежною. Так, ч. 4 ст. 319 ЦК України закріплює, що власність зобов'язує. Крім того, 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).

Тут варто зазначити загальне правило, передбачене в ст. 13 ЦК України, – не може застосовуватися розсуд сторін стосовно об'єктів цивільних прав, коли вони можуть загрожувати життю чи здоров'ю людей, довкіллю, культурній спадщині або з наміром завдати шкоди іншій особі, моральним засадам суспільства, іншим охоронюваним законом правам та інтересам [36, с. 9]. Тому обмеження, що містяться в ст. 319 ЦК України, стосуються і володільців.

Термін «житло» з'являється лише в ст. 379 ЦК України, згідно з якою «житлом фізичної особи є житловий будинок, квартира, інше приміщення, призначені та придатні для постійного проживання в них» [33]. Доречно, що в такому випадку потребують свого визначення зазначені поняття. Але, якщо визначення понять житловий будинок, квартира можна віднайти в ДБН, то термін «інше приміщення, призначене та придатне для постійного проживання в ньому» є явно оціночним поняттям і потребує в кожному конкретному випадку розгляду.

С. О. Сліпченко, розглядаючи питання об'єкта у праві на недоторканність житла, висловив припущення щодо наявного вузького підходу у розумінні до визначення житла як приміщення, придатного для постійного проживання людини. Він запропонував визнавати житлом місце фактичного проживання людини. Його підходи ґрунтуються на визнанні свободи та недоторканності приватноправової сфери життя людини (право особи на свободу, свободу права, право на місце проживання, право на недоторканність житла), згідно з яким особа має право самостійно обирати собі місце для проживання, яке задовольняє її потреби [29]. Тим не менше зазначимо, що такий підхід знаходить свою підтримку в нормах діючого законодавства та практиці їх застосування досить проблематично і не завжди однозначно.

Жилі будинки мають відповідати архітектурно-будівельним, санітарно-гігієнічним, протипожежним, екологічним та іншим нормам і стандартам, що робить ці будівлі придатними для постійного проживання в них громадян. Наказом Держбуду України від 18 травня 2005 р. № 80 затверджено Державні будівельні норми «Будинки і споруди. Жилі будинки. Основні положення. ДБН В.2.2-15-2005» (чинні від 1 січня 2006 р.), які поширюються на проектування нових і реконструкцію жилих будинків із позначкою рівня підлоги верхнього поверху до 73,5 м (як правило, до 25 поверхів включно при висоті поверху 2,8 м): одноквартирні та багатоквартирні, у тому числі спеціалізовані квартирні жилі будинки для осіб похилого віку і сімей з інвалідами та гуртожитки.

Пункт 2.6 зазначених ДБН закріплює, що при розробленні конструктивного рішення житлових будинків, що зводяться у звичайних умовах будівництва, слід керуватися ДБН В.1.1-7, СНіП 2.01.01, ДБН В. 1.2-2 і ДСТУ Б В. 1.2-3, СНіП 2.02.01, СНіП 2.03.01, СНіП ІІ-22, СНіП ІІ-23, СНіП ІІ-25. Пункт 2.9 містить положення, що висота житлових поверхів від підлоги до підлоги у житлових будинках має бути не менше 2,8 м. Висота житлових приміщень від підлоги до стелі – не менше 2,5 м. У районах із середньомісячною температурою липня 21° С і більше висоту житлових поверхів необхідно приймати не менше 3,0 м, а висоту житлових приміщень – не менше 2,7 м. Висоту внутрішньоквартирних коридорів, санвузлів та інших підсобних приміщень допускається знижувати до 2,1 м.

Наведені положення ДБН, щоб підкреслити особливості розуміння поняття «житла» за законодавством України – саме як приміщення, що збудоване відповідно до ДБН та СНіП, прийняте в експлуатацію спеціальною комісією та зареєстроване в органах місцевого самоврядування саме як жилає приміщення. Таку позицію підтверджує Є. О. Мічурін, уточнюючи, що житлом є приміщення, призначені для постійного проживання людини, завершені будівництвом та віднесені в установленому порядку до житлового фонду [16, с. 51].

В проекті ЖК в редакції 05.11.2010 р. житлом визнається квартира, кімната в житловому будинку, садибний будинок, житловий блок/секція в гуртожитку, житлові приміщення в нежитлових будівлях, спорудах, призначені та придатні для постійного проживання людей і прийняті в експлуатацію в установленому порядку [9].

Натомість в практиці Європейського суду з прав людини вбачаються інші підходи до вирішення питань, пов'язаних з порушенням права на недоторканність житла, а відтак і до визначення поняття «житло». Стаття 12 Загальної декларації прав людини лише закріпила право людини на недоторканність житла [10]. Стаття 8 Конвенції «Про захист прав людини і основоположних свобод» (Рим, 1950 р.) закріпила право на повагу до приватного і сімейного життя, змістом якого є те, що кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції. При цьому органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб [24].

В рішеннях Європейського суду з прав людини продовжена позиція, закладена в зазначених актах, О. О. Кваша, проаналізувавши практику Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) щодо порушення ст. 8 Конвенції, зробила висновок, що в ній поняття житло тлумачиться широко і включає як житлове приміщення, так і інші об'єкти, які не є такими за законодавством України. До житла ЄСПЛ відносить:

1) власне житлове приміщення, в якому проживає заявник (справа Бук проти Німеччини [2], справа Прокопович проти Російської Федерації [26]);

2) переважно місце, де особа мешкає, навіть якщо воно облаштоване нею під житло з порушенням національного законодавства (зокрема, крита повозка (кибитка), в якій збиралася жити циганка на землі, що вона придбала з цією метою) (справа Баклі проти Сполученого Королівства [1]) (1996).

Суд вказав, що заявниця придбала землю з метою розміщення на ній свого житла, проживала на ній у домі-фургоні фактично безперервно протягом шести років, не мала іншого житла і не планувала його придбати. Суд надав пріоритет суб'єктивному, а не об'єктивному критерію визнання певного володіння житлом;

3) конкретне місце проживання, щодо якого особа мала достатньо тривалі зв'язки, навіть якщо заявник не проживав у ньому протягом тривалого часу (справи Новоселецький проти України [19], Прокопович проти Російської Федерації [26]);

4) приміщення особи, яке пов'язане з її професійною діяльністю (діловий офіс типу адвокатського) (справа Німітц проти Німеччини [18]) (1992), діловий офіс нотаріуса (справа Пантелеєнко проти України [20], Смірнов проти Росії [30]);

5) житло фізичної особи, яке водночас є офісом очолюваної нею компанії (справа Чапелл проти Сполученого Королівства) [35];

6) офіційний офіс компанії, її філій або службових приміщень (справа Кола Ест проти Франції (2002) [12], справа Ромен і Шміт проти Люксембургу [27]);

7) місце, куди особа має намір повернутися чи де було її постійне помешкання (рішення у справі Гіллоу проти Сполученого Королівства [5]) (1986) [11, с. 382].

Згідно з положеннями Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [22], зокрема ст. 17, суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. Конвенція та закон визнають рішення ЄСПЛ джерелом права в Україні. Це знайшло своє тлумачення та роз'яснення у постановах Пленуму Верховного Суду України «Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини і громадянина під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання і досудового слідства» від 28 березня 2008 р. № 2 та «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 6 листопада 2009 р. № 10. В п. 22 останньої Постанови дано узагальнене визначення поняття «житло» – «під житлом потрібно розуміти приміщення, призначене для постійного або тимчасового проживання людей (будинок, квартира, дача, номер у готелі тощо). До житла прирівнюються також ті його частини, в яких може зберігатися майно (балкон, веранда, комора тощо), за винятком господарських приміщень, не пов'язаних безпосередньо з житлом (гараж, сарай тощо)» [25].

Пункт 11 Постанови Пленуму ВС України від 28 березня 2008 р. № 2 [23] передбачає, що згідно з вимогами ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. судам необхідно враховувати, що відповідно до практики Європейського суду з прав людини поняття «житло» у п. 1 ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Рим, 4 листопада 1950 р.) охоплює не лише житло фізичних осіб. Воно може поширюватися на офісні приміщення, які належать фізичним особам, а також офіси юридичних осіб, їх філій та інші приміщення.

Як «інше володіння» слід розуміти такі об'єкти (природного походження та штучно створені), які за своїми властивостями дають змогу туди проникнути і зберегти або приховати певні предмети (речі, цінності). Ними можуть бути, зокрема, земельна ділянка, сарай, гараж, інші господарські будівлі та інші будівлі побутового, виробничого та іншого призначення, камера сховища вокзалу (аеропорту), індивідуальний банківський сейф, автомобіль тощо.

Проаналізувавши судову практику, Ю. Б. Хім'як дійшов висновку, що купе та каюти іноді визнаються житлом, в судовій практиці останні іноді визнаються житлом, іншим приміщенням, а інколи ні тим ні іншим [32, с. 263], що є неприпустимим з точки зору практики ЄСПЛ.

На підставі наведеного вважаємо, що житлом має визнаватися будь-яке приміщення за суб'єктивним, а не об'єктивним критерієм. При цьому варто розуміти, що таке визначення має даватися через призму розуміння прав людини у широкому значенні, що не виключає застосування об'єктивних критеріїв при забезпеченні громадянина житлом, і навіть, навпаки. Це зумовлено тим, що право на житло тісно пов'язане з економічними та соціальними правами людини. Так, при здійсненні особою права на житло безпосередньо реалізуються права людини на достатній рівень життя [17, с. 169].

Римська Конвенція 1950 р. сприяла виробленню в українському суспільстві розуміння права на житло як одного з природних і невід'ємних прав людини. Міжнародним Пактом про економічні, соціальні і культурні права, який ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР ще 19.10.1973 р., було встановлено соціальні права. Стаття 11 Пакту закріплює право кожного на достатній життєвий рівень для нього і його сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг і житло, і на неухильне поліпшення умов життя.

Житло є однією зі складових частин, які характеризують достатній життєвий рівень, тому право на житло додатково забезпечується захистом права на достатній життєвий рівень. Відповідно до цього у ст. 47 Конституції України визначено, що, реалізуючи своє право на житло, кожен громадянин може побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду. Отже, конституційне право на

житло надає можливість отримати у встановленому порядку житло у користування чи у приватну власність. Це виявляється в тому, що особа може поліпшити свої житлові умови як за рахунок держави (за дотримання відповідних умов, що викладені у Житловому кодексі України), так і за власні кошти [15, с. 7].

Підтримуємо позицію Л. Г. Лічмана, що право на житло є правом складним, комплексним, яке охоплює державно-правові, адміністративно-правові, цивільно-правові аспекти. Праву на житло притаманні специфічні риси. По-перше, правом наділені всі особи. По-друге, право особи на житло виникає безпосередньо із закону і припиняється тільки у зв'язку зі смертю громадянина або внаслідок скасування відповідного закону. По-третє, з точки зору конституційного права, право на житло опосередковує особливі юридичні відносини – відносини між особою і державою. По-четверте, конституційне положення про право громадянина на житло закріплює за громадянином не тільки загальну можливість вступати в різні житлові правовідносини, мати різне коло житлових прав і обов'язків (реалізувати своє природне право на житло; стабільно користуватися легально займаним приміщенням; постійно покращувати свої житлові умови різними способами; використовувати житлове приміщення не тільки для особистого проживання, а й для проживання інших осіб; претендувати на здорове та безпечне для проживання середовище), а і юридичну можливість набувати, здійснювати і захищати їх [13, с. 101].

Таким чином, зміст права на житло становлять основні права людини: право людини на повагу до її житла, право на свободу вибору місця проживання, право на недоторканність житла; право на забезпечення житлом соціально незахищених категорій населення України; на створення умов реалізації права людини на житло; речові та зобов'язальні права на житло.

Отже, в Україні житлом має визнаватися приміщення, що збудоване у відповідності з ДБН та СНіП, прийняте в експлуатацію спеціальною комісією та зареєстроване саме як жиле приміщення; призначене для постійного проживання людини, завершене будівництвом та віднесене в установленому порядку до житлового фонду. Практика ЄСПЛ розширює це поняття і відносить до поняття житла об'єкти за суб'єктивним фактором (визнання особи об'єкта своїм житлом).

Зміст права на житло складають основні права людини: право людини на повагу до її житла, право на свободу вибору місця проживання, право на недоторканність житла; право на забезпечення житлом соціально незахищених категорій населення України; на створення умов реалізації права людини на житло; речові та зобов'язальні права на житло.

Захист права особи на житло здійснюється в судовому порядку відповідно до положень ст. 15, 16 ЦК України та інших спеціальних норм ЦК України. При цьому судам при вирішенні цивільних спорів чи розгляді кримінальних справ варто враховувати, що практика ЄСПЛ є обов'язковою до застосування судами в Україні, оскільки його рішення є джерелом права України, а тому підлягає застосуванню при вирішенні судових справ.

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. *Баклі проти Сполученого Королівства (Case of Buckley v. the United Kingdom)*: рішення ЄСПЛ від 25 вересня 1996 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=Buckley&sessionid=10176725&skin=hudoc-en>.
2. *Бук проти Німеччини*: рішення ЄСПЛ від 28 квітня 2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/3b61feb6c6ff9a28ec22574f6005436c3?OpenDocument>.
3. *Галантич М. К.* Житло як об'єкт правовідносин. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2006. – 56 с.
4. *Галантич М. К.* Житлове право України: навчальний посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 528 с.
5. *Гіллоу проти Сполученого Королівства (Case of Gillow v. the United Kingdom)*: рішення ЄСПЛ від 24 листопада 1986 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://shr.receptidocs.ru/v3283/?download=1>.
6. *Горобець Н. О.* Поняття «житловий простір» у праві на недоторканість житлового простору: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченій пам'яті професора О. А. Пушкіна «Проблеми цивільного права та процесу» (м. Харків, 23 травня 2009 р.) / Н. Горобець. – Х.: ХНУВС, 2009. – 436 с.
7. *Житлове право України*: навч. посібн. / М. К. Галантич, Г. І. Коваленко. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 480 с.
8. *Житловий кодекс України з постатейними матеріалами (за станом законодавства та постанов Пленуму Верховного Суду України на 1 березня 2001 р.)* / Відп. ред. В. М. Гусаков. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 512 с.
9. *Житловий кодекс України*: проект від 05.11.2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=36021](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=36021).

10. *Загальна декларація прав людини* від 10.12.1948 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015).
11. *Кваша О. О.* Захист права на повагу до житла у практиці Європейського суду з прав людини / О. О. Кваша, Г. Ю. Рунов // *Правова держава*. – Випуск 18. – Київський інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2007. – С. 382.
12. *Компанія «Кола Ест» та інші проти Франції*: Рішення ЄСПЛ від 16 квітня 2002 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/SO2551.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2551.html).
13. *Лічман Л. Г.* Поняття та зміст права на житло / Л. Г. Лічман // *Університетські наукові записки*. – 2005. – № 4. – С. 95–101.
14. *Мічурін Є. О.* Деякі риси щодо природи обмежень цивільних прав: матеріали науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті професора Олександра Анатолійовича Пушкіна «Актуальні проблеми цивільного права та процесу» (Харків, 21 травня 2005 р.) / Є. О. Мічурін. – Х.: ХНУВС, 2005. – 284 с.
15. *Мічурін Є. О.* Обмеження права на житло / Є. О. Мічурін. – К.: Академія правових наук України, НДІ приватного права та підприємництва, 2006. – 48 с.
16. *Мічурін Є. О.* Поняття та ознаки житла: тези наукових доповідей і повідомлень до конференції, присвяченій світлій пам'яті професора Олександра Анатолійовича Пушкіна «Проблеми цивільного права» (21 травня 2001 р.) / Є. О. Мічурін. – Харків, Національний університет внутрішніх справ, 2001. – 108 с.
17. *Міщенко І. В.* Підстави виникнення житлових прав: матеріали науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті професора Олександра Анатолійовича Пушкіна (Харків, 21 травня 2005 р.) «Актуальні проблеми цивільного права та процесу» / І. В. Міщенко. – Харків: Національний університет внутрішніх справ, 2005. – 284 с.
18. *Німіці* проти Німеччини: Рішення ЄСПЛ від 16.12.1992 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/SO2132.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2132.html).
19. *Новоселецький* проти України: Ухвала щодо часткової прийнятності від 11 березня 2003 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/199> та рішення по суті від 22.02.2005 р. [http://www.minjust.gov.ua/?do=d&did=164&sid=about\\_int\\_2\\_1](http://www.minjust.gov.ua/?do=d&did=164&sid=about_int_2_1).
20. *Пантелєєнко* проти України: Рішення ЄСПЛ від 29 червня 2006 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://khpg.org/index.php?id=1193916739>.
21. *Правова система України: історія, стан та перспективи*: у 5-и т. – Т. 3: цивільно-правові науки. Приватне право / За заг. ред. Н. С. Кузнецової. – Х.: Право, 2008. – 640 с.
22. *Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 року* / Верховна Рада України // *Відомості Верховної Ради України*. – 2006. – № 30. – Ст. 260.
23. *Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини і громадянина під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання і досудового слідства*: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 2 від 28 березня 2008 р. / Верховний Суд України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-08>.
24. *Про захист прав людини і основоположних свобод*: Конвенція від 04.11.1950 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004).
25. *Про судову практику у справах про злочини проти власності*: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 10 від 6 листопада 2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0010700-09>.
26. *Прокопович* проти Російської Федерації: Рішення ЄСПЛ від 18.11.2004 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.echr.ru/documents/doc/2463418/2463418.htm>.
27. *Ромен і Шміт* проти Люксембургу: Рішення ЄСПЛ від 25 лютого 2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://uazakon.com/documents/date\\_1e/pg\\_ijwvsa.htm](http://uazakon.com/documents/date_1e/pg_ijwvsa.htm).
28. *Скаржинський М.* Поняття житла в цивільному праві України // *Підприємництво, господарство і право*. – 2004. – № 9. – С. 76.
29. *Сліпченко С. О.* Об'єкт у праві на недоторканність житла: програма круглого столу «Реформування житлового законодавства: проблеми та перспективи» (16 грудня 2006 р., м. Харків) / С. О. Сліпченко. – Харків, 2006. – 12 с.
30. *Смірнов* проти Росії: Рішення ЄСПЛ від 7 червня 2007 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.sergei-nasonov.narod.ru/Smirnov.doc>.
31. *Тархов В. А.* Конституционные отношения // *Правоведение*. – 1981. – № 2. – С. 27.
32. *Хім'як Ю. Б.* Захист права на повагу до житла у практиці Європейського суду з прав людини (кримінально-правовий аспект) / Ю. Б. Хім'як // *Часопис Київського університету права*. – 2010. – № 3. – С. 261–265.
33. *Цивільний кодекс України* від 16 січня 2003 р. // *Відомості Верховної Ради України*. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

34. *Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар* / За заг. ред. Є. О. Харитонova. – [вид. 3-є, перероб. та допов.]. – Х.: ТОВ «Одісей», 2007. – 1200 с.

35. *Чанпел проти Сполученого Королівства: Рішення ЄСПЛ від 30 березня 1989 р.* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.coe.kiev.ua/putivnn/f\\_013.htm](http://www.coe.kiev.ua/putivnn/f_013.htm).

36. *Шишка Р. Б.* Теорія об'єктів цивільних прав / Р. Б. Шишка // Збірка доповідей та тез повідомлень на засіданнях круглого столу «Об'єкти цивільного права» (16–17 жовтня 2009 р., м. Сімферополь), КрІОІ, ОДУВС, НУДПС України. – Сімферополь, 2009. – 94 с.

*The article investigates the object property «home» from a position understanding it as a property and non-property, which has a manifestation of a person's implementation the rights to housing. The position advocated the recognition of «home» is not only a good property and non-property, and separating the private sphere special person, whose elements are its immunity and protection from unauthorized penetration other persons and non-interference in private life.*

*В статье исследуется имущественный объект «жилье» с позиции понимания его как имущественного, так и неимущественного блага, что имеет проявление в реализации человеком права на жилье. Отстаивается позиция о признании «жилья» не только имущественным, но и неимущественным благом, что отделяет особую частную сферу личности, элементами которой являются его неприкосновенность и защита от несанкционированного проникновения в него других лиц и невмешательства в частную жизнь.*

## ЗАСТАВА МАЙНОВИХ ПРАВ НА ОБ'ЄКТ НЕЗАВЕРШЕНОГО БУДІВНИЦТВА

**Корнієнко Ю. І.,**

науковий співробітник відділу проблем приватного права

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

*Статтю присвячено дослідженню особливостей правового регулювання окремих питань застави (іпотеки) майнових прав на об'єкт незавершеного будівництва.*

**Ключові слова:** майнові права на об'єкт незавершеного будівництва, застава майнових прав, договір іпотеки.

Загальні та спеціальні теоретичні проблеми застави достатньо досліджені в цивільно-правовій науці, що представлено, зокрема, в низці сучасних дисертаційних робіт таких науковців, як: А. А. Герц, М. Б. Гончаренко, О. С. Козлова, І. Й. Пучковська, Т. С. Шкрум та інші. Але застава майнових прав предметом наукових інтересів виступає значно рідше, хоча вона також досліджувалася й на дисертаційному рівні С. В. Ніжним, С. І. Шимон, а також в інших працях науковців, таких як: І. В. Спасибо-Фатєєва, В. В. Смирнова, А. Р. Чанишева та ін. [1, с. 570], що, зазвичай, обумовлює актуальність та невщухаючий науковий інтерес до питань заставних правовідносин в цілому і застави майнових прав на об'єкти незавершеного будівництва зокрема.

Метою даної статті є виявлення особливостей правового регулювання окремих питань застави (іпотеки) майнових прав на об'єкт незавершеного будівництва.

Звісно, теоретичні конструкції, які використовуються для розкриття природи класичної застави, втрачають свою однозначність при спробі застосувати їх до застави майнових прав.

Правовідносини у сфері застави нерухомості (іпотеки) регулюються Законом України «Про іпотеку», за яким законодавство України про іпотеку базується на Конституції України та складається з ЦК України, ГК України, інших нормативно-правових актів, а також міжнародних договорів України; Законом України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати», який регулює відносини у системі іпотечного кредитування, перетворення платежів за іпотечними активами у виплати за іпотечними сертифікатами із застосуванням механізмів управління майном, і частково Законом України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю», який установлює обов'язковість іпотеки при забезпеченні договорів між забудовником і стороною, яка фінансує будівництво.

Так, загальновідомо, що за змістом ч. 1, 3 ст. 575 ЦК України іпотекою є застава нерухомого майна, що залишається у володінні заставодавця або третьої особи; правила про іпотеку землі та інші окремі види застав встановлюються законом. Згідно з 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.

Предметом іпотеки також може бути об'єкт незавершеного будівництва або інше нерухоме майно, яке стане власністю іпотекодавця після укладення іпотечного договору, за умови, що іпотекодавець може документально підтвердити право на набуття ним у власність відповідного нерухомого майна у майбутньому.

Частина об'єкта нерухомого майна може бути предметом іпотеки лише після її виділення в натурі і реєстрації права власності на неї як на окремий об'єкт нерухомості, якщо інше не встановлено законом. Іпотека поширюється на частину об'єкта нерухомого майна, яка не може бути виділеною в натурі і була приєднана до предмета іпотеки після укладення іпотечного договору без реєстрації права власності на неї як на окремий об'єкт нерухомості.

Водночас поняття «іпотека майнових прав» і регулювання відносин при передачі в іпотеку майнових прав у Законі України «Про іпотеку» відсутні. Стаття 5 зазначеного Закону не визначає майнові права як предмет іпотеки.

Майнові права на об'єкт незавершеного будівництва віднесені до предмета іпотеки згідно із Законом України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» від 25 грудня 2008 року № 800-VI, яким були внесені зміни до законодавчих актів України, у тому числі до Закону України «Про іпотеку».

Відповідно до ст. 190 ЦК України майном як особливим об'єктом вважаються річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Майнові права є неспоживною річчю та визнаються речовими правами.

С. І. Шимон зазначає, що можна виділити такі види застави майнових прав:

- 1) застава майнового права вимоги;
- 2) застава права строкового користування чужим майном (в тому числі права оренди);
- 3) застава майнових прав інтелектуальної власності;
- 4) застава частки в підприємницькому товаристві;
- 5) застава майнових прав на об'єкт незавершеного будівництва [1, с. 569].

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).

Як зазначено в постанові Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 30 січня 2013 року, 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, через те що об'єкт будівництва (інвестування) не існує на момент встановлення іпотеки, а тому не може існувати й право власності на нього.

Отже, майнове право, яке можна визначити як «право очікування», є складовою частиною майна як об'єкта цивільних прав. Майнове право – це обмежене речове право, за яким власник цього права наділений певними, але не всіма правами власника майна, та яке засвідчує правомочність його власника отримати право власності на нерухоме майно чи інше речове право на відповідне майно в майбутньому.

Стаття 5 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» установлює, що іпотека виникає відповідно до цього Закону та Закону України «Про іпотеку» щодо нерухомого майна, об'єктів незавершеного будівництва та майнових прав на нерухомість, будівництво якої не завершено.

Іпотекодавцем за іпотечним договором, предметом іпотеки за яким є майнові права на нерухомість, будівництво якої не завершено, може бути забудовник – особа, яка організовує спорудження нерухомості для власних потреб чи для передачі її у власність іншим особам, або особа, власністю якої стане ця нерухомість після завершення будівництва (ч. 7 ст. 5 Закону).

Правовий аналіз положень ЦК України, законів України «Про іпотеку» та «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» надає можливість дійти висновку про те, що майнове право, яке є предметом іпотечного договору, – це обумовлене право набуття в майбутньому прав власності на нерухоме майно (право під відкладальною умовою), що виникає тоді, коли виконані певні, але не всі правові передумови, що є необхідними й достатніми для набуття речового права.

Варто погодитись із правовою позицією Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України щодо показової справи № 6-168цс12. Із матеріалів справи – у червні 2011 року ОСОБА 1, ОСОБА 2 звернулись до суду з позовом до товариства з обмеженою відповідальністю «Екобуд» (далі – ТОВ «Екобуд»), публічного акціонерного товариства «Акціонерний комерційний банк «Київ» (далі – ПАТ «АКБ «Київ») про визнання договору іпотеки майнових прав частково недійсним та зобов'язання вчинити певні дії.

Зазначали, що 28 липня 2005 року між ними (замовники) і ТОВ «Екобуд» (підрядник) укладено договір будівельного підряду (далі – Договір будівельного підряду), за яким підрядник зобов'язався у порядку та на умовах, визначених цим договором, на свій ризик виконати за завданням замовника з використанням своїх матеріалів і устаткування роботи, указані в п. 1.1 цього договору, зокрема будівництво двокімнатної квартири НОМЕР\_1 загальною площею S\_1 на чотирнадцятому поверсі АДРЕСА\_1 у м. Києві, а замовник зобов'язався прийняти й оплатити ці роботи.

За умовами укладеного договору замовник здійснює протягом трьох банківських днів стовідсоткову передоплату за виконання указаних робіт.

З метою забезпечення виконання основного зобов'язання позичальника за кредитним договором, укладеним 12 вересня 2007 року між акціонерним комерційним банком «Київ» (далі – АКБ «Київ») і ТОВ «Екобуд», 18 вересня 2007 року між АКБ «Київ» (іпотекодержатель) та ТОВ «Екобуд» (іпотекодавець) було укладено іпотечний договір майнових прав (далі – Договір іпотеки), за яким іпотекодавець передав в іпотеку іпотекодержателю належні йому майнові права на отримання у власність нерухомості, яка будується, а саме: майнові права на квартири загальною площею S\_2, які знаходяться за адресою: м. Київ, АДРЕСА\_1 та указані в додатку № 1, що є невід'ємною частиною Договору іпотеки. Після завершення будівництва та отримання правостановлюючих документів на зазначене нерухоме майно, предметом іпотеки будуть квартири, майнові права на які за цим договором є предметом іпотеки.

Посилаючись на те, що станом на 3 серпня 2005 року ними повністю сплачені кошти за об'єкт будівництва за Договором будівельного підряду і вони є володільцями (власниками) майнових прав на квартиру НОМЕР\_1 АДРЕСА\_1 у м. Києві, а тому ТОВ «Екобуд» не мало права розпоряджатися майновими правами на вказану квартиру та передавати їх в іпотеку, просили: визнати недійсним Договір іпотеки в частині передачі в іпотеку майнових прав на зазначену квартиру; зобов'язати приватного нотаріуса Київського міського нотаріального округу ОСОБА\_4 зняти заборону відчуження об'єкта нерухомого майна – майнових прав на спірну квартиру, накладену у зв'язку з посвідченням Договору іпотеки, вилучити запис з Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна щодо майнових прав на цю квартиру та змінити запис у Державному реєстрі іпотек про обтяження іпотекою майнових прав на зазначену квартиру [3].

Ухвалюючи рішення про визнання недійсним договору іпотеки в частині передачі в іпотеку майнових прав на квартиру в незавершеному будівництвом житловому будинку, суд першої інстанції, з яким погодились суди апеляційної та касаційної інстанцій, виходив із того, що договір іпотеки укладений з порушенням вимог ч. 2 ст. 583 ЦК України, оскільки, укладаючи договір іпотеки, іпотекодавець (підрядник за договором будівельного підряду) не був власником предмета іпотеки – майнових прав на квартири, що є об'єктом договору будівельного підряду, та не мав згоди замовників на передачу цих майнових прав в іпотеку. Крім того, договір іпотеки суперечить вимогам ч. 2 ст. 5 Закону України «Про іпотеку», яка в редакції, чинній на момент укладення договору іпотеки, не передбачала, що майнові права на об'єкт незавершеного будівництва можуть бути предметом іпотеки, і дійшов висновку про те, що з урахуванням положень ст. 331 ЦК України до введення об'єкта будівництва в експлуатацію право власності на нього не виникло, тому ТОВ «Екобуд» не мало права передавати його в іпотеку, отже, договір іпотеки не відповідає вимогам закону, що є підставою для визнання його недійсним. Разом із тим у інших справах, які виникли з подібних правовідносин – передачі в іпотеку майнових прав на квартири в незавершеному будівництвом житловому будинку за договором будівельного підряду, суд касаційної інстанції:

а) у рішенні колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12 вересня 2012 р. дійшов висновку про те, що в зазначених правовідносинах застосуванню підлягає Закон України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати», за положеннями якого в редакції, чинній на час укладення спірного договору, іпотека може виникати щодо майнових прав на нерухомість, будівництво якої не завершено;

б) в ухвалі суддя Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 27 вересня 2012 р. погодився з висновками судів першої та апеляційної інстанцій про те, що на момент укладення договору іпотеки майнових прав на квартири в незавершеному будівництвом житловому будинку між підрядником і банком указані майнові права за договором будівельного підряду належали підряднику, на час укладення зазначеного договору іпотеки замовник не був власником зазначеного об'єкта будівництва, а тому з урахуванням положень ст. 1, 5 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати», ст. 23 Закону України «Про іпотеку» підстави для визнання недійсним договору іпотеки в частині передачі в іпотеку майнових прав відсутні [3].

Отже, існує неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, а саме: ч. 2 ст. 583 ЦК України, ч. 2 ст. 5 Закону України «Про іпотеку» та ст. 5 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати», що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах.

У правовій позиції Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України зазначено, що майнові права на відповідну квартиру у незавершеному будівництвом житловому будинку, вартість якої була сплачена замовником за договором будівельного підяду, відповідно до положень Закону України «Про іпотеку» у редакції, яка була чинною на час виникнення спірних правовідносин, не могли бути предметом застави, а відтак ТОВ «Екобуд» неправомірно передало в іпотеку зазначені майнові права, суди дійшли обґрунтованого висновку про те, що договір іпотеки, який укладено без згоди позивачів на передачу майнових прав на спірну квартиру в іпотеку, є недійсним у силу ст. 203, 215 ЦК України як такий, що укладений з порушенням вимог ч. 2 ст. 583 ЦК України та ст. 5 Закону України «Про іпотеку» у редакції, яка була чинною на час укладення договору іпотеки [3].

Отже, як зазначає Н. С. Кузнєцова, співпраця науковців з судами всіх ланок, постійний моніторинг судової та нотаріальної практики створює підґрунтя для нових цікавих досліджень і слугує як подальшому розвитку цивілістичної науки, так і зміцненню практики правозастосування [5, с. 13].

Чим саме відрізняються майнові права на об'єкти незавершеного будівництва (нерухомості, будівництво якої не завершено) та право власності на об'єкти незавершеного будівництва, виходячи із положень законодавства, викликає чимало запитань. Відповідно до ст. 3 Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» майнові права – будь-які права, пов'язані з майном, відмінні від права власності, у тому числі права, які є складовими частинами права власності (право володіння, користування, розпорядження), а також інші специфічні права та право вимоги. Майнові права згідно з цитованим визначенням є такою от амфібією, яка може перетворюватись як на право володіння, користування, розпорядження, так і на право вимоги.

Отже, майнові права на об'єкти незавершеного будівництва складаються з права власності на рухоме майно (використані в процесі будівництва будівельні матеріали), права інтелектуальної власності на проект будівництва та низки прав і вимог, що випливають із договірних зобов'язань. Вид обтяження всіх зазначених прав передбачено ч. 1 ст. 576 ЦКУ, а саме – їх обтяження заставою (іпотекою) [4].

Нині слід ставитися більш відповідально до питання якості та стабільності законодавства в Україні. Прийшов час зрозуміти, що кількість законів не завжди переростає в якість. Інколи буває навпаки, що велика кількість нормативного масиву та перманентних змін і доповнень до нього можуть негативно вплинути на місію стати єдиним та однозначним регулятором суспільних відносин. Досить дивним видається прагнення українських законодавців до перфектизації чинного законодавства, особливо це стосується кодифікованих актів, як слушно зазначає Р. О. Стефанчук. Наприклад, за період короткого часу існування ЦК України до нього було внесено 75 (!) змін та доповнень [2, с. 440], до Закону України «Про іпотеку» – 17 (!), які в переважній більшості є просто незрозумілими для фахівців у сфері цивільного права. Правильно акцентує увагу Р. О. Стефанчук на сумнівних змінах до ст. 190 ЦК України, які не тільки визнали за майновими правами якість неспоживної речі, а й поставили між поняттям «майнове право» та «речове право» знак тотожності, ігноруючи при цьому такі різновиди майнових прав, як зобов'язальні, корпоративні, виключні та інші цивільні права. Правова конструкція застави майнових прав ґрунтується на теорії потенційної речі [1, с. 604]. Застава майнових прав, зокрема, ще тривалий час зумовлюватиме теоретичні спори. Незважаючи на це, слід констатувати, що застава майнового права на об'єкт незавершеного будівництва забезпечується закріпленою в ЦК України нормою, що майнове право є річчю, завдяки чому у відношенні заставленого майнового права внаслідок конститутивного правонабуття виникає право застави (іпотеки) як комплекс повноважень заставодержателя.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Шимон С. І. Теорія майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин: монографія / С. І. Шимон. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – 664 с.
2. Стефанчук Р. О. Актуальні проблеми сучасного цивільного законодавства // Актуальні проблеми приватного права України: збірник статей до ювілею доктора юридичних наук, професора Наталії Семенівни Кузнєцової / Відп. ред. Р. А. Майданик, О. В. Кохановська. – К.: ПрАт «Юридична практика», 2014. – 564 с.
3. Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 30 січня 2013 року. – Київ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.scourt.gov.ua/clients/vs.../6-168цс12.doc](http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.../6-168цс12.doc).
4. Фелів О., Леніхіна О. Передача в іпотеку об'єктів незавершеного будівництва // Юридична Газета. – 2012. – № 7. – С. 15–16.
5. Кузнєцова Н. Стан і тенденції розвитку цивілістичної науки в Україні. // Право України. – 2014. – № 6. – С. 9–13.

*The article studies peculiarities of the legal regulation of certain types of collateral (mortgaged) property rights to object under construction.*

*Статья посвящена исследованию особенностей правового регулирования отдельных вопросов залога (ипотеки) имущественных прав на объект незавершенного строительства.*

## ЗАХИСТ ЖИТЛОВИХ ПРАВ У КОНТЕКСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ

**Хіміч С. П.,**

*молодший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту  
суб'єктів приватного права НДІ приватного права і підприємництва  
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*У статті проаналізовано проблемні питання захисту житлових прав фізичних осіб в контексті Європейської конвенції про захист прав людини. Запропоновано приведення національного законодавства у відповідність з європейськими стандартами захисту належних людині прав і здійснення на цій основі адаптації законодавства України до норм Європейського Союзу.*

**Ключові слова:** житло, жилий будинок (квартира), житлові приміщення, житлові права, недоторканність житла, право на повагу до житла, житловий фонд, службове житло, примусове позбавлення житла.

Право на житло – одне з основних соціально-економічних прав людини. Відповідно до Загальної декларації прав людини кожен має право на такий життєвий рівень, включаючи житло, який є необхідним для підтримання його здоров'я і добробуту його самого та його сім'ї [1].

Статтею 1 Протоколу до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція), прийнятого у Парижі 20.03.1952 р., було гарантовано захист права власності. Згідно з нею кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна не інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права. Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави застосовувати такі закони, які, на її думку, є необхідними для здійснення контролю за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів.

В Україні право на житло вперше було закріплено в Конституції УРСР 1978 р. [2]. Конституція України 1996 р. визначила, що кожен має право на житло і держава створює умови, за якими кожний громадянин матиме змогу побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду.

Конституційне право на житло містить заборону примусового позбавлення житла не інакше як на підставі закону і за рішенням суду. Цьому праву кореспондує обов'язок держави створювати умови для його захисту та реалізації. Основною гарантією реалізації права на житло є те, що ніхто не може бути примусово позбавлений житла інакше, як за рішенням суду [4, с. 678–679].

Випадків позбавлення права власності лише на тій підставі, що власник не виконує свого обов'язку щодо утримання належного йому майна (відповідно до ст. 322 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [3] тягар утримання майна лежить на власнику), ні ЦК, ні іншими законами України не передбачено.

Власники будинків та квартир мають не лише права, а й певні обов'язки, зокрема щодо забезпечення схоронності житлового будинку (квартири). Так, відповідно до ст. 151 Житлового кодексу України (далі ЖК України) [5] «громадяни, які мають у приватній власності жилий будинок (квартиру), зобов'язані забезпечувати його схоронність, провадити за свій рахунок поточний і капітальний ремонт, утримувати в порядку прибудинкову територію». І далі ст. 151 ЖК: «Безгосподарне утримання громадянином належного йому будинку (квартири) тягне за собою наслідки, передбачені ЦК Української РСР». До кінця 1993 р. цілком реальним наслідком безгосподарного утримання приміщення могло бути безоплатне вилучення такого приміщення у власника на підставі рішення суду за позовом виконавчого комітету районної, міської, районної в місті ради (ст. 135 ЦК Української РСР в редакції до 16.12.1993 р.). ЦК України на відміну від старого радянського ЦК не містить правових норм, які б вирішували проблему безгосподарного утримання громадянином квартири, що йому належить, шляхом простого вилучення такої квартири.

Як свідчить аналіз чинного ЖК Української РСР 1983 р. [3], чимало його правових норм є такими, що не враховують реалії сьогодення, а це не сприяє ефективному захисту суб'єктивних житлових прав. Внаслідок цього вітчизняний правовий механізм захисту житлових прав і свобод людини є недосконалим, а тому в Україні порушення прав на житло є непоодинокими. За таких умов в Україні проблема забезпечення правового захисту житлових прав набуває особливого значення, і недосконалість норм вітчизняного законодавства криється в неналежній реалізації державної житлової політики, а також у загальному недостатньому рівні гарантій дотримання суб'єктивних житлових прав та запобігання їх порушень. Саме тому прагнення України до ЄС покладає на нашу державу обов'язок вдосконалити національне законодавство відповідно до європейських стандартів захисту наданих людині прав і здійснити на цій основі адаптацію законодавства України до норм ЄС.

Ефективним міжнародним механізмом захисту права власності та зокрема прав, які виникають під час володіння, користування та розпорядження житловими приміщеннями, є Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод 1950 р. Учасниками цієї конвенції є практично всі європейські

держави, включно і Україна. Конвенція про захист прав людини і основних свобод є міжнародним договором, який закріплює певний перелік найбільш важливих для людини прав. Складовою частиною цієї Конвенції є окремі протоколи, які доповнюють та розвивають її положення, зокрема, ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції встановлено.

Відповідно до практики Європейського суду з прав людини ця стаття закріплює право безперешкодного користування своєю власністю, включаючи і житлову власність, регулює умови позбавлення власності, визнає право держав здійснювати контроль за використанням власності відповідно до інтересів суспільства. Тим самим у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод чітко встановлено: право власності кожної фізичної і юридичної особи, громадської організації чи групи приватних осіб має поважатись. У першу чергу, ця повага має виявлятися державою і реалізовуватися шляхом прийняття законодавчих, виконавчих актів, що захищають право власності від незаконних зазіхань.

Ратифікація Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод зобов'язала нашу державу створити надійні та ефективні механізми виконання рішень Європейського суду з прав людини (далі – Суд) та застосування практики цього суду як джерела права.

Першим важливим завданням у цьому контексті є забезпечення однозначного застосування юридичної термінології.

Так, стаття 8 Конвенції встановлює, що кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, житла і кореспонденції [6]. На відміну від Конвенції Конституція України конкретизує «право на повагу до житла» в окремій нормі, за якою кожному гарантується недоторканність житла [7].

Виходячи з практики Суду, право на повагу, забезпечене статтею 8 Конвенції, включає, по-перше, невтручання держави в особисту сферу життя людини (державі не повинна втручатися у цю сферу більше, ніж це необхідно з огляду на її обов'язок забезпечувати загальні інтереси особи) – негативний обов'язок держави; по-друге, захист цієї сфери з боку держави [8, с. 348–349] – позитивний її обов'язок.

Слід зазначити, що на законодавчому рівні до набрання чинності новим ЦК України з 01.01.2004 р. визначення поняття «житло» було відсутнє. Так, ст. 11 ЦК УСРР 1922 р. місцем проживання встановлювала «місце, де особа через свою працю, постійні заняття або знаходження її майна має постійну або переважну осілість» [9, с. 267]. Натомість за ст. 17 ЦК УРСР 1963 р. місцем проживання визначено «те місце, де громадянин постійно або переважно проживає» [9, с. 267]. Отже, в цих актах йдеться лише про місце проживання. Нормативне визначення поняття «житло» відсутнє. В ЖК України (ст. 6) зазначено, що такі будинки і жилі приміщення призначені для постійного проживання громадян, а також для використання в установленому порядку в якості службових приміщень. Надання приміщень в жилих будинках для потреб промислового характеру забороняється [10, с. 4–5].

Вперше чинний ЦК України найбільш повно й чітко дає законодавче визначення поняття «житло» та конкретизує його види. Так, за ст. 379 ЦК України житлом визнається житловий будинок, квартира та інше приміщення, призначені та придатні для постійного проживання в них [11, с. 114]. Стаття 380 цього кодифікованого нормативного акта житловим будинком визначає будівлю капітального типу, споруджену з дотриманням встановлених вимог і призначену для постійного проживання [11, с. 114]. Згідно із ст. 381 ЦК України садибою визнається земельна ділянка разом із розташованим на ній житловим будинком, господарсько-побутовими приміщеннями, наземними і підземними комунікаціями та багаторічними насадженнями [11, с. 115]. Квартирою, за ст. 382 ЦК України, є ізольоване помешкання в житловому будинку, що призначене та придатне для постійного проживання в ньому [11, с. 315].

У ст. 29 ЦК України зазначається, що місцем проживання фізичної особи є житловий будинок, квартира, інше приміщення, придатне для проживання в ньому (гуртожиток, готель тощо у відповідному населеному пункті, в якому фізична особа проживає постійно, переважно або тимчасово [12, с. 11]. Згідно із ст. 310 ЦК України фізична особа може мати кілька місць проживання та вільний вибір місця проживання та його зміну, крім випадків, встановлених законом на недоторканність житла [12, с. 94]. Згідно зі ст. 311 ЦК України житло фізичної особи є недоторканим [13, с. 95].

Житлом як місцем проживання є не тільки будинок чи квартира, що є власністю певної особи, а також орендоване приміщення, яке особа займає з року в рік протягом значного проміжку часу, офісне приміщення або інші приміщення ділового призначення, транспортні засоби, пристосовані для проживання тощо [13, с. 101]. Таким чином, для надання певному об'єкту статусу житла Суд обирає критерій його застосування особою для проживання (суб'єктивний критерій). При цьому не має значення, чи пристосований цей об'єкт заздалегідь для таких цілей, чи є особа його законним володільцем або користувачем, чи використовується воно також і з іншою метою, наприклад, метою підприємницької діяльності тощо.

Поняття «житла» не визначено і законодавством України, що надало підґрунтя для дискусій з цього приводу серед науковців і практиків. Більшість із них наголошувала на тому, що житлом має визнаватися приміщення, яке застосовується для постійного чи тимчасового проживання осіб незалежно від віднесення його державою до житлового фонду [14, с. 183, 242]. Інші стверджували, що віднесення в законному порядку до житлового фонду є принциповим [15, с. 7]. Окрема дискусія виникла стосовно захисту недоторканності тих приміщень, які відокремлені від житла [16, с. 18–19]. Конкретику вніс Пленум

Верховного Суду України, який визначив житлом приміщення, призначене для постійного або тимчасового проживання людей, і прирівняв до нього ті його частини, в яких може зберігатися майно, за винятком господарських приміщень, не пов'язаних безпосередньо з житлом [17].

Особливе зацікавлення науковців і практиків викликала позиція Суду щодо розуміння житла як місця роботи особи [18, с. 143]. Так, у постанові Пленуму Верховного Суду України вказано, що «за практикою Суду під житлом також розуміється офісні приміщення, які належать фізичним особам, а також офіси юридичних осіб, їх філії та інші приміщення» [19]. Однак спроб узгодити ці положення з сучасним законодавством і процесуальною практикою України до сьогодні не здійснено.

Практика Суду щодо визнання житлом місця роботи заявників розвивалася поступово. Суд застосовував принцип динамічного тлумачення (трактування приписів Конвенції з дотриманням уявлень сьогодення). Спочатку як «житла» розглядалися офісні приміщення «представників вільних професій» та такі самі приміщення фізичних осіб, що збігалися з місцем проживання, у справі ж «Компанія «Кола Ест» та інші проти Франції» Суд визнав «житлом» у значенні ст. 8 Конвенції приміщення юридичних осіб [20].

Отже, на нашу думку, виходячи з практики Суду, приміщення юридичної особи потребує захисту, однак не як житло. Термін «житло» у будь-якому випадку пов'язаний із термінами «індивід», «фізична особа». Приміщення, що займається юридичною особою, вважається житлом лише для якоїсь окремої фізичної особи, коли, як вважає Суд, зникає межа між службовою діяльністю і особистим життям.

Ще однією особливістю підходу Суду є визнання об'єктом поваги незаконно створене житло. У рішенні «Баклі проти Сполученого Королівства» Суд визнав житлом незаконно розміщений на території Сполученого Королівства дім-фургон заявниці. Як аргументи, Суд вказав, що заявниця придбала землю з метою розміщення на ній свого житла, проживала на ній у дім-фургоні фактично безперервно протягом шести років, не мала іншого житла і не планувала його придбати [21]. Знов-таки Суд надає пріоритет суб'єктивному, а не об'єктивному критерію визнання певного володіння житлом.

Таким чином, порівняння забезпечення «недоторканності житла» в Україні та «поваги до житла» за практикою Суду призвело до таких висновків.

Термін «житло» тлумачиться правозастосувачами України вужче, ніж практикою Суду, оскільки задля визнання певного приміщення житлом в Україні воно не тільки має застосовуватися певною особою як житло, а й бути призначеним та/або пристосованим для життя людей. Разом з тим недоторканність в Україні забезпечується також «іншому володінню» особи. Не є «житлом» чи «іншим володінням» в Україні приміщення, що займаються юридичними особами. Таким чином, у протиріччя практиці Суду не надається захист правам особи, що працює на підприємстві (установі чи організації) і, сподіваючись на приватність, вважає своє робоче місце житлом [22].

На відміну від практики Суду правозастосувачі України при забезпеченні «недоторканності житла» не застосовують суб'єктивний критерій – визнання особою певного приміщення житлом незалежно від його загального призначення і пристосованості.

Оскільки дух Конвенції виявляється в кожному з її положень, Суд визначає зміст тексту Конвенції, враховуючи цілі та завдання кожного положення, незалежно від того, скільки в ньому абзаців – один або кілька. Розглянемо положення Конвенції, які складаються з одного абзацу. Тут проблема тлумачення може виникнути в тих випадках, коли існує різниця між французьким та англійським варіантами текстів Конвенції. На відміну від практики міжнародного публічного права, у разі розбіжностей між цими двома текстами Суд розглядає предмет та мету положення з метою вирішення, який версії надати перевагу. Намагаючись узгодити обидві версії, Суд визначає спосіб тлумачення, який би якнайкраще сприяв досягненню цілей та реалізації завдань цього положення.

Становлення України як правової держави вимагає уважного застосування положень чинного законодавства з урахуванням проголошеного верховенства права. Стаття 72 ЖК УРСР доживає свій вік і бездумне її застосування позбавляє будь-якого розуміння ч. 6 ст. 29 ЦК України, яка надає право фізичній особі мати кілька місць проживання. Особі для того, щоб не бути визнаною такою, що втратила право користування займаними житловими приміщеннями, доведеться переїздити з одного займаного приміщення в інше. Важко назвати таку ситуацію цілком логічною з позиції принципу верховенства права. Тому при вирішенні справ про визнання особи такою, що втратила право користування житловим приміщенням, слід застосовувати вимоги ст. 8 Конвенції, яка відповідно до ч. 2 ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» має пріоритет порівняно із ст. 72 ЖК УРСР.

Конвенція є важливим і надзвичайно впливовим чинником залучення до правової системи України європейських правових цінностей, які стосуються захисту прав людини і мають високий гуманітарний потенціал.

Прецедентне право Європейського суду з прав людини може бути додатковим чинником для офіційного визнання судового прецеденту як джерела права у питаннях захисту прав людини, що сприятиме зміцненню незалежності судової влади в Україні.

Проведений аналіз дозволяє дійти **висновків**, що: 1) чинний Цивільний кодекс України містить чітке законодавче визначення поняття «житло» та конкретизує його види; 2) поняття «житло» в контексті ст. 8 Європейської конвенції про захист прав людини й основоположних свобод Європейським судом з прав людини тлумачиться значно ширше, ніж у національному законодавстві України; 3) заявником у справі

про порушення недоторканності житла, крім фізичної особи (згідно з законодавством України) за рішеннями Європейського суду з прав людини, може бути і юридична особа; 4) що стосується службового житла, то українське законодавство відносить його до житла як і інше житло, яке знаходиться у власності чи володінні громадян на основі договору житлового найму чи договору оренди або таке, в якому особа має право мешкати на законних підставах постійно або тимчасово.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. // [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_015](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_015).
2. Конституція Української РСР від 20.04.1978 р. № 888 // <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=888-09>.
3. Житловий кодекс Української РСР від 30.06.1983 р. № 5464 // Відомості Верховної Ради. – 1983. – Додаток до № 28. – 573 с.
4. Великий енциклопедичний юридичний словник / За редакцією акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. – 992 с.
5. Цивільний кодекс Української РСР від 18.07.1963 р. № 1540 // <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1540-06>.
6. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод // Право України. – 2010. – № 10.
7. Конституція України // Відомості Верховної Ради України, 1996. – № 30. – Ст. 141.
8. Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / За заг. ред. О. Л. Жуковської. – К.: Віпол, 2004. – 960 с.
9. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс: Підручник. – К.: Атіка, 2005. – 267 с.
10. Житловий кодекс Української РСР: станом на 15 листопада 2004 р. – К.: Велес, 2004. – 64 с.
11. Про приватизацію державного житлового фонду: Закон України із змінами та доповненнями на 22 лютого 1994 р. (витяги) // Хрестоматія з правознавства: збірник актів законодавства до занять з правознавства.
12. Цивільний кодекс України: прийнятий 16 квітня 2003 р. – К.: Істина, 2006. – 368 с.
13. Гом'єн Д. Короткий путівник Європейською конвенцією з прав людини / Д. Гом'єн. – 3-тє вид. – К.: Фенікс, 2006. – 192 с.
14. Рабінович П. М. Права людини і громадянина: навч. посіб. / П. М. Рабінович, М. І. Хавронюк. – К.: Атіка, 2004. – 462 с.
15. Мичурин Е. А. Договоры с жильцом: анализ возникающих проблем и пути их разрешения / Е. А. Мичурин. – М., 2001. – 234 с.
16. Коновалова В. Е., Шепитько В. Ю. Обыск: тактика и психология. – Х.: Гриф, 1997. – 80 с.
17. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 06.11.2009 р. № 10 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>.
18. Туманянц А. Р. Проблемы реализации права особи на недоторканность жилья / А. Р. Туманянц // Проблемы законности. – 2011. – № 110.
19. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини і громадянина під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання і досудового слідства» від 28.03.2008 р. № 2 // Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 4.
20. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Компанія «Кола Ест» проти Франції» // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 2005. – № 3.
21. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Баклі проти Сполученого Королівства» (Case of Buckley v. United Kingdom) [Електронний ресурс] / Матеріал з сайту Європейського суду з прав людини (HUDOC database). – Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe>.
22. Мармазов В. Особливості телеологічного тлумачення Європейської Конвенції про захист прав людини та основних свобод // Юриспруденція on-line // <http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=14&d=410>.

*In the article the problem questions of defence of housings rights for physical persons are analysed in the context of European convention about defence of human rights. Bringing of national legislation is offered to conformity with the European standards of defence of the proper a man rights and realization on this basis of adaptation of legislation of Ukraine to the norms of European Union.*

*В статье анализируются проблемные вопросы защиты жилищных прав физических лиц в контексте Европейской конвенции о защите прав человека. Предложено приведение национального законодательства в соответствие с европейскими стандартами защиты надлежащих человеку прав и осуществления на этой основе адаптации законодательства Украины к нормам Европейского Союза.*

## ТРАНСФОРМАЦІЯ ГОСПОДАРСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИН В РИНКОВИХ УМОВАХ

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

*Стаття присвячена дослідженню господарських правовідносин суб'єкта господарювання з іншими учасниками ринку та їх трансформації в умовах конкуренції.*

**Ключові слова:** економічна конкуренція, господарські правовідносини, господарський правопорядок.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» внутрішня політика в Україні ґрунтується на принципі забезпечення сталого розвитку економіки на ринкових засадах та її соціальної спрямованості. Господарський кодекс України, інші законодавчі акти не надають системного визначення ринкових засад та ринкових відносин. В юридичній науковій літературі майже не згадується поняття ринкових відносин, хоча ринкові відносини є саме тими відносинами, які підлягають врегулюванню правовими засобами.

Відповідно до ст. 5 ГК України правовий господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів. Разом з тим ст. 3 ГК України невиправдано обмежує дійсні ринкові відносини та передбачає як предмет регулювання економічні відносини суб'єктів господарювання між собою та між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю. Це потребує дослідження господарських правовідносин як економічних.

Ринкова економіка є системою надзвичайно складних зв'язків з великою кількістю дійових осіб (суб'єктів). Як зазначає І. Кірцнер, ринок протягом будь-якого проміжку часу складається з взаємодіючих рішень споживачів, підприємців-виробників та власників ресурсів [1, с. 19]. М. І. Книш вказує, що першим і важливішим елементом ринкової економіки є наявність виробників і споживачів, який формується в процесі суспільного розподілу праці, коли одні виробляють товар, інші споживають його [2, с. 9].

Економічним суб'єктом та головною діючою особою економічних (ринкових) відносин є підприємець (комерсант, підприємство), який вводить товар в господарський оборот та забезпечує його рух. Європейське господарське право узагальнює поняття «підприємство», яким вважається будь-яке утворення, що здійснює господарську діяльність. Відповідно до функціонального визначення підприємства, наданого Судом європейських співтовариств, підприємство розуміється як будь-який суб'єкт, що здійснює економічну діяльність незалежно від його правової форми та способу фінансування. Держави та їх органи, установи також можуть бути підприємствами, якщо вони діють не для реалізації владних повноважень. Державні органи є підприємствами в тому випадку, коли їх діяльність не відрізняється від діяльності інших підприємств, навіть коли відповідно до національного права вказана діяльність здійснюється не в приватноправовій, а в публічно-правовій формі [3, с. 645].

В Україні головним економічним суб'єктом визначений суб'єкт господарювання. Незважаючи на те, що згідно зі ст. 8 ГК України держава, органи державної влади та органи місцевого самоврядування не є суб'єктами господарювання, ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» при регулюванні конкуренції визначає органи влади як суб'єкти господарювання.

Підприємству протистоїть споживач як економічний суб'єкт. Особливістю господарського законодавства є декларування захисту прав. Особу споживача як учасника ринку та економічних відносин законом не визначено. У ст. 39 ГК України зазначено, що держава забезпечує громадянам захист їх інтересів як споживачів, надає можливість вільного вибору товарів (робіт, послуг), набуття знань і кваліфікації, необхідних для прийняття самостійних рішень під час придбання та використання товарів (робіт, послуг) відповідно до їх потреб, і гарантує придбання або одержання іншими законними способами товарів (робіт, послуг) в обсягах, що забезпечують рівень споживання, достатній для підтримання здоров'я і життєдіяльності. Держава прийняла Закон України «Про захист прав споживачів», який передбачає захист виключно споживачів – фізичних осіб, які придбавають товар для власного споживання. Разом з тим, споживання поділяється на особисте і виробниче [2, с. 9]. В обох випадках функція та роль споживача щодо вибору товару певного підприємства, що конкурує на ринку з іншими, є однаковою.

У взаємодії підприємств і споживачів необхідно відзначити особливу роль держави на ринку, яка є власником величезних матеріальних ресурсів, залежно від здійснення певних функцій для забезпечення потреб суспільства може виступати підприємством, споживачем або регулятором та охоронцем виникаючих економічних відносин на ринку.

З точки зору економічних відносин формою взаємодії суб'єктів ринку і механізму (економічного – прим. авт.) регулювання пропорцій на ринку виступає економічна конкуренція. Основна функція конкуренції полягає в тому, щоб визначити економічні регулятори, якими є ціни, норма прибутку

тощо [2, с. 10]. Конкуренція існує не тільки між підприємствами, а й між споживачами як взаємовідношення з приводу формування цін і обсягу попиту на ринку.

Основні закономірності ринку та конкуренції, головною з яких є закон попиту та пропозиції, не можуть бути безпосередньо імплементовані у правові норми. Але, як зазначив В. М. Сирих, економічні і соціальні закономірності, що обумовлюють суть правового явища, є зовнішніми стосовно права і його явищ. Тому реальний результат впливу неправових факторів на право виявляється у самому праві, його явищах.

Для права важливий не тільки матеріальний зміст тих чи інших правових норм, а й правомочності та зобов'язання сторін з приводу сутнісних економічних та інших зв'язків [4].

Питання економічної конкуренції переважно розглядаються з точки зору порушення публічного господарського порядку та його захисту згідно із законодавством про захист економічної конкуренції. При цьому розробці питань правового регулювання вільної конкуренції надається недостатньо уваги. Припинення правопорушень відповідно до законодавства про захист економічної конкуренції не створює процесу та правил конкуренції, які забезпечують вільний рух товарів та капіталу, та носить допоміжний характер у регулюванні економічної конкуренції.

Деякі економісти розглядають економічну конкуренцію як специфічну форму конфлікту підприємств. Так, О. С. Шнипко визначив ринкову конкуренцію як суперечливу форму конфлікту та співіснування підприємств [5, с. 13]. Такий підхід є логічним з точки зору аналізу економічного суперництва суб'єктів господарювання на ринку та протилежності їх інтересів стосовно одне одного, що об'єктивно існують. Разом з тим завданням права є усунення чи недопущення конфліктів, які перешкоджають учасникам відносин у реалізації власних прав, що проявляється у встановленні правил співіснування конфліктуючих осіб.

Саме конфлікти за визначенням та бажання суб'єктів господарювання вирішити їх на власну користь породжують негативні явища в економічній конкуренції та створюють умови для її правової регламентації та захисту. Сама природа конфлікту, як суспільного явища, передбачає можливість його вирішення. Із змісту суспільних процесів та характеру конфліктів випливають мета та засоби правового забезпечення інтересів всіх учасників відносин.

Необхідно зазначити, що безпосередньо суб'єктам господарювання не надано правових засобів для вирішення чи усунення зазначеного конфлікту, окрім звернення до суду чи іншого компетентного органу за захистом порушених прав. Інтереси суб'єктів ринку в конкуренції є суперечливими та навіть діаметрально протилежними як на рівні конкуруючих суб'єктів господарювання, так і інших учасників відносин економічної конкуренції. Як суб'єкт господарювання, він намагається вирішити конфлікт шляхом отримання перемоги в конкуренції за допомогою певних конкурентних стратегій, які мають економічний і організаційний зміст, або застосовувати прийоми та вступати у відносини, які врегульовані та визначені правом як правопорушення, та є забороненими законодавством про захист економічної конкуренції. Правові заборони забезпечують утримання суб'єктів господарювання, органів влади і господарського управління від протиправних дій у випадку здійснення правопорушень – усунення перешкод в конкуренції шляхом припинення правопорушень та притягнення винних до відповідальності.

Реалізація конкурентних стратегій суб'єктів господарювання також має відбуватися в певних межах, оскільки всі суб'єкти господарювання зобов'язані рівною мірою виконувати правила обміну товарів, тобто правила, що регулюють господарську діяльність. Необхідно особливо акцентувати увагу, що відносини економічної конкуренції не обмежуються лише ринком товарів. Як слушно визначив С. П. Рабінович, до благ, які виступають предметом обміну і розподілу в економічних відносинах, належать, зокрема, крім матеріальних благ (предмети споживання і засоби виробництва), також блага-стани (визнання), блага-процеси (життєдіяльність, творчість) тощо [6, с. 7].

Це має принципове значення для оцінки конкурентних та інших економічних (господарських) відносин, оскільки метою суб'єктів господарювання, окрім отримання прибутку, є завоювання певного стану (частки на ринку) чи можливості входу на певні ринки та конкурувати на них, а також процесу як можливості впливати на умови обороту товару на ринку. Саме успіхи в цьому і забезпечують суб'єктам господарювання можливість отримання прибутку та його розмір, перемогу у конкуренції. Ступінь доступу до цих благ та їх обміну і розподілу в ринкових умовах може комбінуватися залежно від стратегій конкурентів.

Наприклад, суб'єкт господарювання може зменшити здобутки від реалізації товару шляхом зменшення його ціни для збільшення частки на ринку. Продаж товару за ціною, нижчою від його собівартості з метою отримання перемоги в конкуренції, в економічній науці отримало назву демпінг. Але в Україні застосування поняття демпінгу здійснюється виключно при регулюванні зовнішньоекономічних відносин. Демпінг – ввезення на митну територію країни імпорту товару за ціною, нижчою від порівнянної ціни на подібний товар у країні експорту, яке заподіює шкоду національному товаровиробнику подібного товару. Правила встановлення випадків демпінгового імпорту та захисту від нього національного

товаровиробника встановлені Законом України «Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту» [7]. Разом з тим явища демпінгу в конкурентній боротьбі можуть виникати і між національними товаровиробниками, але законодавцем не встановлені правила врегулювання таких відносин на внутрішньому ринку.

Конкурентні відносини мають певні особливості порівняно з класичним розумінням правовідносин. Так, Закон України «Про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну» [8] як предмет дослідження для застосування механізмів захисту інтересів національного товаровиробника та врегулювання відносин при зростанні імпорту товарів на ринки України визначає не суб'єктів ринку, а безпосередньо конкуруючий товар – товар, який безпосередньо конкурує з товаром, що є об'єктом спеціального розслідування.

Тобто головним для визначення процесу конкуренції є не якості особи, що виробляє та реалізовує відповідний товар, а якості самого товару, який обирається споживачами. При цьому процес сприйняття відповідного товару споживачем може бути пов'язаний із виробником внаслідок наявності у нього певної ділової репутації, а може взагалі бути не пов'язаним з будь-яким виробником. Споживчі якості товару, відповідна його цінність та бажаність його придбання визначається виключно споживачем за його внутрішнім переконанням, що передбачає можливість впливу на нього з боку недобросовісних підприємців.

Інше ставлення до продукції у підприємців, що продають товар. Як справедливо зазначив К. Маркс, капіталіст виробляє товар не заради самого товару, його споживчої вартості або особистого споживання. Його інтересує відношення додаткової вартості, тобто надлишку вартості, з яким він продає товар, до всього капіталу, витраченого на виробництво товару. Інтересом капіталіста є затуманити це співвідношення і внутрішній зв'язок надлишкової вартості та витраченого капіталу [9]. Цей принцип, визначений К. Марксом, є одним з головних в розумінні змісту конкуренції.

Можливість збільшувати додаткову вартість (прибуток) у співвідношенні з витраченим капіталом і є головним економічним стимулом підприємництва та конкуренції, який досягається за допомогою правомірних та неправомірних заходів, застосування яких і підлягає врегулюванню. Не випадково правовим принципом регулювання господарських відносин у ст. 6 ГК України визначено свобода підприємницької діяльності у межах, визначених законом. Безмежна свобода у погоні за отриманням прибутку руйнує чесні і справедливі економічні відносини.

Додаткова вартість (прибуток) може виникнути лише унаслідок реалізації товару споживачам, що відбувається за допомогою правочинів. Разом з тим, як справедливо зазначає В. М. Махінчук, «об'єкт цивільно-правового правочину, як правило, не призначений для одержання прибутку його сторонами або ж прибуток не є його основною метою» [10]. Тобто здійснення правочину є обов'язковим, але не достатнім елементом у підприємницьких відносинах, оскільки він не враховує фактора прибутку підприємця і виникаючими у зв'язку з цим інтересами та взаємовідносинами між учасниками ринку.

Прибуток підприємця як матеріальне благо знаходиться у взаємозв'язку з іншими благами-станами та благами-процесами, які можуть виникати у підприємця завдяки економічній конкуренції та, в свою чергу, впливають на інших учасників ринкових відносин. При цьому цими благами-станами (наприклад, певний ринковий стан) та благами-процесами (наприклад, умови обороту товару, доступ до матеріальних ресурсів тощо) користуються й інші учасники ринкових відносин, але різною мірою та з різною метою. При цьому володіння одними благами впливає на можливість володіння іншими. Так, можливість впливати на умови обороту товарів на ринку може призвести до монопольного стану. Наявність монопольного стану суб'єкта господарювання надає можливість впливати на умови обороту товарів на ринку. Наявність монопольного стану суб'єкта господарювання або можливості впливати на умови обороту товарів на ринку може створювати додатковий прибуток та інші матеріальні блага.

Існує тенденція, що підприємець, який намагається отримати перемогу за рахунок ліпшого співвідношення додаткової вартості і вкладеного капіталу, почне контролювати й інші блага (стани та процеси), що існують та виникають на ринку. І було б неправильно зіставляти бажання отримувати прибуток із наявністю добросовісності в діях підприємця. Як зазначив К. Маркс, забезпечте капіталу 10% прибутку, і капітал згоден на всяке застосування, при 20% він стає жвавим, при 50% позитивно готовий зламати собі голову, при 100% він зневажає всі людські закони, при 300% немає такого злочину, на який він не ризикнув би піти, хоча б під страхом шибениці [11].

Такі об'єктивні явища висувають питання про формування певної політики їх подолання. Як слушно визначив В. Г. Бодров, в Україні існує протиставлення та конфлікт двох типів консервативної економічної ідеології, що впливають з різних традицій ринкового і центрально-керованого господарств. На підставі порівняльного аналізу поглядів англо-американського та європейського неолібералізму, в першому випадку об'єктом аналізу та впливу з боку держави є поведінка господарюючого суб'єкта на ринку, його пристосованість до умов недосконалої конкуренції, у другому – закономірності формування і підтримки з боку держави конкурентного ладу ринкового господарства, який сам по собі задає параметри економічної поведінки. Для України, за визначенням В. Г. Бодрова, більш прийнятною є ортоліберальна концепція становлення соціального ринкового господарства, принцип організації ринків на протигагу методам природно-стихійного утворення ринкових структур, створення конкурентного ладу за умов жорсткої синхронізації процесів в економіці [12, с. 13–16].

Традиційно вважається, що об'єктом державного регулювання є господарська діяльність, під якою відповідно до ч. 1 ст. 3 ГК України розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. На думку автора, в такому підході і проявляється традиції центрально-керованих господарств.

Разом з тим, аналіз чинного законодавства свідчить, що поряд із держаним регулюванням певних видів господарської діяльності [13] держава здійснює регулювання певних ринків [14], а також встановлює загальні принципи та правила відносин між учасниками ринку безвідносно до видів господарської діяльності та ринків [15]. При цьому необхідно звернути увагу, що об'єктом державного регулювання стає не регулювання діяльності окремих учасників ринку, а здійснення регулювання всього комплексу відносин, які виникають у певних сферах. Наприклад, державне регулювання ринків фінансових послуг визначається, як здійснення державою комплексу заходів щодо регулювання та нагляду за ринками фінансових послуг з метою захисту інтересів споживачів фінансових послуг та запобігання кризовим явищам.

З аналізу зазначеної норми можна зробити висновок, що державне регулювання відбувається у кількох суміжних сферах (ринках фінансових послуг), а метою регулювання є не забезпечення прав суб'єктів господарювання – учасників відносин, а захист інтересів споживачів та запобігання кризовим явищам. Тобто кінцевою метою державного регулювання є забезпечення певного правового порядку в цілому.

З точки зору суспільного господарства право має створити умови для ефективного застосування факторів виробництва (капіталу, природних ресурсів, праці) та отримання прибутку, а також забезпечення споживачів та вирішення інших суспільних проблем за рахунок матеріальних ресурсів. Це потребує застосування різних правових режимів, що динамічно змінюються, але головним завданням є визначення «системи координат», створення умов, в яких здійснюється господарська діяльність, яка мінімізує наслідки існування феномена ринкової влади.

Враховуючи, що «під юридичним режимом (для даної сфери правових явищ та відносин) розуміють цілісну систему регулятивного впливу, яка характеризується особливими прийомами регулювання – особливим порядком виникнення та формування змісту прав та обов'язків, їх здійснення, специфікою санкцій, способів їх реалізації, а також дією єдиних принципів, загальних положень, що розповсюджуються на дану сукупність норм» [16], можна стверджувати – юридичний режим регулювання господарських відносин в умовах конкуренції визначається, з одного боку, намаганням суб'єктів господарювання отримати найбільший прибуток (матеріальні блага), з іншого – реалізацією соціальних завдань та суспільних інтересів, забезпечення виконання функцій споживача, що досягається публічно-правовими засобами, в тому числі має обмежуватися намаганням суб'єктів господарювання отримати найбільший прибуток (матеріальні блага).

Таким чином, в умовах ринкової економіки господарські правовідносини трансформуються, і на перший план виходять відносини між суб'єктами господарювання і споживачами (незалежно від організаційно-правового статусу: держава, фізичні особи, суб'єкти господарювання), які визначають місце його учасників та стан ринку. Конкуренція як економічна форма взаємодії учасників ринку створює взаємозв'язок всіх учасників ринку (держави, суб'єктів господарювання та споживачів) та правовідношень, що виникають між ними (приватних, організаційно-господарських) стосовно виникаючих економічних пропорцій на ринку та його параметрів. Враховуючи, що суб'єкти господарювання (підприємства) є головним суб'єктом ринку, доцільно вважати господарськими (ринковими) всі правовідносини, в які вступає суб'єкт господарювання з держаними органами та споживачами стосовно реалізації його господарської компетенції.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Киричнер И.* Конкуренция и предпринимательство / Пер. с англ. – Под ред. А. Н. Романова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2001. – 239 с.
2. *Кныш М. И.* Конкурентные стратегии: учебное пособие. – СПб., 2000. – 284 с.
3. *Основы германского и международного экономического права: учебное пособие* // Х. Й. Шмидт-Тренц, Ю. Плате, М. Пашке и др. – СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос.ун-та, 2007. – 736 с.
4. *Сырых В. М.* Логические основания общей теории права. – Т. 1. Элементный состав. – 2-е изд. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2004. – С. 67.
5. *Шнипко О. С.* Конкурентоспроможність України в умовах глобалізації [Текст]: автореф. дис... докт. екон. наук: 08. 00 .03 / Шнипко Олександр Сергійович. Державна установа «Інститут економіки та прогнозування НАН України». – К., 2008. – 32 с.
6. *Рабінович С. П.* Юснатуралізм у приватному праві (західноєвропейська традиція). – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України, 2010. – С. 7.

7. Закон України «Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/330-14>.
8. Закон України «Про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/332-14>.
9. Маркс К. Капітал. – К.: Державне вид-во політичної літератури УРСР, 1980. – С. 45–47.
10. Махінчук В. М. Приватноправове регулювання підприємницьких відносин в Україні. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 83.
11. Dunning T. J., Trade's Unions and Strikes: Their Philosophy and Intention. – London: Published by the author, and Sold by M. Harley, No 5, Raquet court, Fleet street, E.C. 1860. – P. 35–36. – 52 p., цитата по: К. Маркс и Ф. Энгельс. Сочинения. – Изд. 2-е. – Т. 23. – С. 770.
12. Бодров В. Г. Економічний неокосерватизм: зміст, еволюція, взаємозв'язок теорії і практики [Текст]: автореф. дис.... док. економ. наук.: 08.01.04 / Бодров Володимир Григорович, Київський університет ім. Тараса Шевченка, Київ, 1995. – 49 с.
13. Закон України «Про державне регулювання виробництва і реалізації цукру» // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 32. – Ст. 268.
14. Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 1. – Ст. 1.
15. Закон України «Про захист економічної конкуренції» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/330-01>.
16. Алексеев С.С. Общая теория права: учеб. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С.172–175.

*The article investigates the economic pravootnosheniysubektov management with other uchasnikami market and their transformation in market conditions.*

*Стаття посвящена дослідженню хозяйственных правоотношений субъекта хозяйствования с другими участниками рынка и их трансформации в условиях конкуренции.*

## РОЛЬ САМОРЕГУЛІВНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ НА ФОНДОВОМУ РИНКУ

**Полюхович В. І.,**

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

*У статті досліджуються питання саморегулівної діяльності на фондовому ринку України. Визначено особливості існуючого стану правового регулювання саморегулювання, запропоновано шляхи його удосконалення, визначено авторську позицію щодо новітнього законодавства в цій сфері.*

**Ключові слова:** фондовий ринок, саморегулівні організації, професійні учасники, ліцензування.

Поєднання економіко-правових методів щодо централізованого та децентралізованого засобів впливу права на суспільні відносини має свою якісну відмінність та позитивні результати. Централізоване, імперативне правове регулювання (метод субординації) здійснюється на владно-імперативних засадах. Механізм правового регулювання тут простий: його початкова ланка — зобов'язуючі юридичні норми, потім відповідні правовідносини і, нарешті, реалізація юридичних обов'язків, коли суб'єктивне право зводиться до вимоги виконання обов'язку. Децентралізоване, диспозитивне правове регулювання (метод координації) визначається активністю учасників регульованих суспільних відносин. У застосуванні децентралізованого методу регулювання вступають у дію не тільки зобов'язання чи заборони, а й механізми дозволу, їх різноманітні поєднання. Особливість механізму правового регулювання полягає тут у тім, що центральною ланкою в складних комплексах застосовуваних юридичних засобів стає суб'єктивне право, що не зводиться лише до одного права вимоги, а має свій диспозитивний зміст, що повинен займати своє місце в механізмі державного регулювання [1].

В умовах розвитку системи державного регулювання фондового ринку підвищується роль саморегулювання як засобу диверсифікації та деталізації регулятивного впливу на ринок. Саморегулювання впливає з особливих синергетичних властивостей економіко-правової системи, до числа яких відносяться її самоорганізація, взаємозв'язок та взаємозалежність елементів, поєднання адміністративно-та цивільно-правових методів регулювання. Регулювання фондового ринку, як і економіки в цілому, являє собою єдність державного регулювання та саморегулювання. Як досліджено вище, історично регулювання фондового ринку було представлено саморегулюванням, що здійснювалося фондовими біржами, а безпосередньо державне регулювання виникло значно пізніше. У контексті нашого дослідження

можна стверджувати, що самоорганізація ринку цінних паперів як економіко-правової системи знайшла своє виявлення в саморегулюванні.

Саморегулівні організації (далі — СРО) є не лише засобом вироблення загальних правил гри або захисту інтересів. У світовій практиці це відокремлений ринок, доступ на який обмежений вимогами щодо професіоналізму й етики, обсягу торгівлі й капіталу тощо. Тобто створення саморегулівної організації — це, зазвичай, угода про партнерство [2].

З багатьох питань інтереси держави й саморегулівних організацій збігаються. Збіг інтересів держави й учасників ринку існує, насамперед, у сфері попередження та вирішення конфліктів між учасниками, поліпшення управління ризиками, зниження можливостей для шахрайства й інших протиправних дій, підтримки ліквідності й стабільності ринку, удосконалення ринкової інфраструктури, запровадження стандартів професійної діяльності. Рішення зазначених завдань на базі саморегулівних організацій вимагає спеціалізації останніх за видами професійної діяльності, а характер вирішуваних завдань — формування стандартів професійної діяльності та примус до їхнього виконання — зумовлює необхідність відмови від принципу конкуренції в сфері саморегулювання.

При цьому ми виходимо з позиції, що фактична наявність в країні значного числа некомерційних організацій (союзів, асоціацій), що вже об'єднують підприємців не тільки з метою захисту й лобіювання їх інтересів, а й з метою саморегулювання їх діяльності, створює практичну основу для передачі СРО, що перебувають під контролем держави, тих його функцій, які вимагають більше тонких і специфічних механізмів регулювання конкретних видів діяльності. Водночас використання інституту саморегулювання в сучасних умовах надає можливість розвантажити державу як єдиного регулятора на ринку.

Для законодавців багатьох країн, які неохоче витрачають гроші платників податків на амбіційні проекти регулювання, саморегулювання є привабливим рішенням, оскільки СРО прямо фінансуються галуззю, яку вони регулюють. Ресурси цих організацій незалежні від державного бюджету через пов'язані з ним політичні міркування, що гарантує використання значних коштів на розвиток галузі за допомогою встановлення стандартів СРО і контролю за їхнім дотриманням. Більше того, наприклад, у Великій Британії мегарегулятор фінансового ринку — Відомство з фінансових послуг (Financial Services Authority — FSA), створене як симбіоз саморегулювання та державного регулювання, фінансується винятково за рахунок професійних учасників ринку. З огляду на самофінансування галузевого регулювання з боку СРО держава може сфокусуватися на своїх власних пріоритетах і спрямувати ресурси на вирішення завдань, у яких найбільш необхідна її участь. Тому на фінансових ринках розвинутих країн СРО є невід'ємною їх складовою, утворюючи самостійний рівень механізму регулювання.

Міжнародне професійне співтовариство визнає правомірність різних моделей саморегулювання. Загальними характеристиками саморегулівних організацій у більшості юрисдикцій є їх відокремленість від урядового регулятора. Міжнародна практика фондового ринку включає різні моделі регулювання, у тому числі моделі без СРО, з однією СРО, виділеною за функціональною ознакою, або з безліччю СРО.

Так, визначені Міжнародною організацією комісій з цінних паперів (IOSCO) в її програмному документі «Цілі та принципи регулювання фондового ринку» [3] базові принципи саморегулювання як складової частини державного регулювання фондового ринку полягають у такому:

- система регулювання повинна включати саморегулівні організації такою мірою, якою цього вимагають розмір та ступінь розвитку ринків;
- саморегулівні організації повинні знаходитись під контролем органу державного регулювання й дотримуватись всіх етичних норм та стандартів під час здійснення своїх функцій.

Відповідно до принципів, які декларуються щодо саморегулівних організацій, IOSCO визнає, що СРО можуть запропонувати учасникам ринку більш глибокий досвід щодо функціонування ринку та мають можливість значно швидше, ніж державний орган, пристосовуватись до зміни ринкових умов. Загальною позитивною характеристикою СРО є її певна віддаленість як регулятора від державного регулювання (хоча держава легітимізує СРО та здійснює за ними нагляд) і безпосередня участь СРО у функціонуванні галузі. IOSCO також вважає, що варто шукати форми діяльності саморегулівних організацій, прийнятні для кожної конкретної країни, і не наполягає на запровадженні єдиної моделі регулювання фондового ринку. Універсальної та стандартної для всіх країн моделі організації діяльності СРО й розподілу повноважень між державою, СРО й учасниками ринку не існує [4].

У наш час організаційна побудова сучасної системи регулювання фондового ринку в переважній більшості держав базується на концепції дворівневої системи органів регулювання. Перший рівень становлять органи державного регулювання, другий рівень утворюють саморегульовані організації, створені професійними учасниками ринку цінних паперів — різного роду союзи, асоціації, ліги професійних учасників, фондові біржі, організатори позабіржової торгівлі. Розподіл функцій і повноважень між державними органами та саморегулівними організаціями обумовлений культурними та історичними традиціями кожної країни, а також рівнем розвитку ринку цінних паперів.

Проте поширеною є модель ринку, в якій взагалі не існує саморегулювальних організацій (Австралія, Австрія, Бельгія, Бразилія, Угорщина, Німеччина, Індія, Іспанія, Данія, Тайвань, Туреччина, Швеція, Швейцарія). До країн з єдиною СРО відносяться Нова Зеландія, Польща, Корея. Прикладами країн з багатьма СРО можуть виступати США, Канада, Японія і Норвегія [5].

Досить поширене створення саморегулювальних організацій за функціональною ознакою (брокерсько-дилерська діяльність, депозитарно-реєстраторська діяльність), за ознакою інструменту (наприклад, емісійні цінні папери), закріпленості за певним ринком (біржі, позабіржовий ринок) або за інфраструктурою, що обслуговує певні ринки. В останніх випадках СРО виконують не тільки функції саморегулювання, а й функції організації ринку. Саме так організоване саморегулювання в США, у рамках якого створена Національна асоціація фондових дилерів (NASD) як СРО, за якою закріплений позабіржовий ринок і його торговельні системи, а фондові біржі США мають статус саморегульованих організацій на біржовому ринку. Фактично нині на американському ринку цінних паперів діють два різні типи саморегулювальних організацій [6].

Перший тип – це інфраструктурні організації, які самі є професійними учасниками ринку цінних паперів. Це, наприклад, Нью-Йоркська фондова біржа (NYSE), Національна клірингова корпорація з цінних паперів (National Securities Clearing Corporation – NSCC), Клірингова корпорація на ринку опціонів (Option Clearing Corporation – OCC) та інші інфраструктурні організації. Членство у таких СРО є добровільним, права й обов'язки такого саморегулювання виникають на засадах договору між учасниками ринку цінних паперів [7].

Другий тип СРО – це Національна асоціація фондових дилерів. Відповідно до законодавчих актів членство у цій СРО є обов'язковим для брокерів і дилерів. Без членства у NASD організація не може отримати дозвіл (ліцензію) на діяльність на ринку цінних паперів, стати членом біржі, клірингової чи депозитарної організації.

NASD — це модель СРО, яка передбачає делегування цій організації на основі закону певної частини повноважень державної влади з регулювання і контролю за діяльністю брокерів і дилерів. Проте головним регулятором і контролером на ринку цінних паперів залишається державний орган – Комісія з цінних паперів і бірж (SEC), який має великі повноваження виконавчої, представницької влади, почасти, і юрисдикційні повноваження.

Дещо відрізняється правове положення СРО у Великій Британії [8], де мегарегулятор ринку – Відомство з фінансових послуг (FSA) — було фактично створено шляхом надання саморегулюванню статусу державного органу. Під егідою FSA діє система саморегулювальних організацій, кожна з яких розробляє правила за напрямками діяльності її членів. Різними сферами професійної діяльності опікуються різні СРО. Так, The Securities and Futures Authority (SFA) об'єднує брокерів і дилерів. The Investment Management Regulatory Organisation (IMRO) регулює діяльність керуючих компаній, які організують функціонування схем колективного інвестування і пенсійних фондів. Personal Investment Authority (PIA) організує діяльність індивідуальних підприємців у сфері управління і консультування колективних інвестиційних, пенсійних і страхових схем. Формально у Великій Британії участь у СРО не є обов'язковою. Дозвіл на право здійснювати професійну діяльність компанії можуть отримувати в СРО або безпосередньо в FSA, проте на практиці другий варіант є винятком. При цьому одна й та сама компанія може бути членом двох і більше СРО. Подібно до США законодавство Великої Британії не вимагає від бірж, організаторів торгівлі, клірингових і депозитарних організацій членства у СРО. Зважаючи на досвід країн з розвинутими ринками цінних паперів та системами СРО, варто зазначити, що біржі і депозитарно-клірингові установи залишаються провідними саморегулювальними організаціями професійних учасників ринку цінних паперів у розвинених країнах, які забезпечують розроблення і дотримання ними високих стандартів професійної діяльності, генерують нові ідеї й технології на ринку цінних паперів. Зі свого боку державні органи цілком підтримують національні клірингові й розрахункові організації. Таким чином, розглянуті особливості функціонування СРО в США та Великій Британії свідчать, що існують моделі СРО як з обов'язковим, так і з добровільним членством учасників ринку, але завжди з реальним делегуванням таким СРО частини повноважень держави.

На українському ринку цінних паперів відповідно до чинної на сьогодні редакції ст. 2 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» [9] формально юридично можуть існувати лише саморегулювальні організації професійних учасників ринку, що здійснюють діяльність з торгівлі цінними паперами, діяльність з управління активами інституційних інвесторів та окремий сегмент депозитарної діяльності. Відповідно до законодавчих актів членство у таких СРО є обов'язковим для ліцензіатів визначених видів професійної діяльності. Без членства у СРО організація не може отримати (або позбавляється) ліцензії на діяльність на ринку цінних паперів, а, відповідно, бути членом фондової біржі.

Взагалі, якщо раніше були офіційно зареєстровані та визначались фахівцями 12 саморегулювальних організацій, перелік яких складався з асоціацій професійних учасників та бірж [10], то на сьогодні в

Україні відповідно до вимог Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» зареєстровані НКЦПФР та діють лише чотири саморегулювні організації. Це Українська асоціація інвестиційного бізнесу (УАІБ), що діє в сфері професійної діяльності з управління активами інституційних інвесторів і об'єднує 351 учасника, Професійна асоціація реєстраторів та депозитаріїв (ПАРД) охоплює регулюванням діяльність реєстраторів та зберігачів в кількості 460 учасників, Асоціація «Українські Фондові Торговці» (АУФТ): діяльність з торгівлі цінними паперами – 680 учасників, депозитарна діяльність – 333 учасники та Асоціація «Фондове партнерство»: діяльність з торгівлі цінними паперами – 278 учасників, депозитарна діяльність – 191 учасник [11]. Всі інші існуючі суб'єкти, в тому числі фондові біржі та Центральний депозитарій, Розрахунковий центр не відповідають існуючим законодавчим вимогам до СРО, а тому юридично не є саморегулювними організаціями.

В п. 4 ст. 16 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» визначено, що професійна діяльність учасників фондового ринку, крім депозитаріїв і бірж, здійснюється за умови членства щонайменше в одному об'єднанні професійних учасників або СРО. Положенням про об'єднання професійних учасників фондового ринку [12] визначено, що ОПУ та СРО утворюються в організаційно-правових формах, передбачених для об'єднань підприємств. Але відповідно до п. 2 ст. 118 ГК України об'єднання підприємств утворюються підприємствами на добровільних засадах [13]. Також зазначимо, що всі СРО в Україні діють у формі асоціацій. Відповідно до п. 2 ст. 120 ГК України асоціація – договірне об'єднання, створене з метою координації господарської діяльності підприємств. Відповідно до ст. 627 ЦК України «Свобода договору» сторони є вільними в укладенні договору. Таким чином, наведене свідчить, що примусове зобов'язання професійних учасників до членства в СРО як умови здійснення професійної діяльності на ринку (отримання відповідної ліцензії) є прямим порушенням норм господарського та цивільного законодавства. Вважаємо, що ситуація потребує виправлення шляхом відміни норм, що пов'язують здійснення професійної діяльності з обов'язковим членством у СРО. В Законі України «Про цінні папери та фондовий ринок» має бути встановлено норму-принцип щодо добровільності під час входження професійного учасника до СРО. Стимули для професійного учасника щодо членства у СРО мають визначатися в економічній, а не адміністративній площині. А задля цього можливим є запровадження певних пільгових умов, в тому числі щодо ліцензування, для членів СРО. Це може бути реалізовано також при делегуванні НКЦПФР окремих повноважень СРО, в тому числі щодо сертифікації фахівців та ліцензування.

З редакції ст. 48 і 49 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» випливає, що Законом встановлено порядок, згідно з яким НКЦПФР об'єднання професійних учасників (ОПУ) фондового ринку набуває статусу саморегулювної організації за певним видом професійної діяльності на фондовому ринку з дня надання йому статусу СРО Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку. На нашу думку, ОПУ, якому не делеговано жодне реальне повноваження на зразок вищенаведених прикладів, не є регулятором, а лише асоціацією із захисту інтересів, по суті – лобістським угрупованням. Правила набуття статусу саморегулювної організації зумовлені тим, що вона володіє, власне кажучи, функціями, що притаманні органам державної влади. Саме в цьому проявляються особливості правового статусу СРО. З одного боку, це юридична особа, заснована на добровільних засадах іншими юридичними особами. Суб'єкт господарсько-правових відносин, заснований на принципі рівності всіх учасників. Прикладом в недалекій за часом вітчизняній практиці були випадки, коли СРО (наприклад Асоціація ПФТС) здійснює професійну діяльність на ринку цінних паперів як організатор торгівлі. З іншого боку, як справедливо зазначив у своїй праці Е. А. Павлодський, реально юридична особа може бути віднесена до СРО тільки в тому випадку, коли на підставі закону окремі повноваження із здійснення державного регулювання переходять до такої організації [14]. Таким чином, наділення ОПУ окремими повноваженнями органів державного регулювання вступає у певне протиріччя з основними принципами цивільного права. Проте цей випадок є, на нашу думку, таким, що чітко виокремлює базові засади господарського права як галузі права, а саме – застосування в господарській діяльності особи окремих управлінських функцій, які є організаційно-господарськими за своєю природою, що, в свою чергу, є однією з основних ознак розмежування господарського та цивільного права.

Слід зазначити, що будь-яке саморегулювання нерозривно пов'язано з рівнем розвитку правової культури осіб, що його здійснюють, і розвиненістю самого ринку. У наших умовах, коли відбувається активне становлення фондового ринку, формуються правила гри на ньому, необхідно визначити оптимальний баланс розподілу повноважень між державними органами та СРО. Варто, з одного боку, щоб СРО дійсно мали визначений обсяг делегованих повноважень та одночасно обережно ставилися до надмірного наділення СРО адміністративними функціями. За умов існуючого рівня правової культури в Україні можливий ухил у бік саморегулювання може призвести до зловживання з боку СРО. Вони замість здійснення регулюючої функції можуть розпочати відігравати роль лобіста інтересів найбільших учасників СРО

на шкоду іншим учасникам ринку аж до рейдерських захоплень. Такі приклади є в закордонній практиці. Можна згадати скандал у США з корпорацією «Енрон», що був сприйнятий не інакше, як криза саморегулювання. Нові конфлікти виникають в останні роки навколо Нью-Йоркської фондової біржі. Основні претензії до неї з боку інвестиційних інститутів пов'язані з тим, що, з одного боку, біржа неефективно виконує регулятивні функції, а з іншого, користуючись своїм статусом саморегулятора, уникає прозорості біржових торгів. Саме тому існуючі в науковій літературі пропозиції щодо оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів із застосуванням критеріїв такого поєднання у вигляді максимізації економічних функцій, що випливають з кейнсіанської моделі, моделі системного втручання держави в економіку тощо, є об'єктивно необхідними і для застосування в сфері державного регулювання фондового ринку.

У зв'язку з цим в українських умовах правильним буде зберегти дворівневу систему регулювання ринку цінних паперів, коли здійснюється і повноцінне державне регулювання, і саморегулювання. Правове становище СРО, їхні функції, завдання і повноваження як не мають бути формальними, так і збігатись з компетенцією відповідних державних органів. Саморегулювання має стати дійсно самостійною ланкою в системі регулювання фондового ринку, проміжною між професійними учасниками та НКЦПФР та підконтрольною останній. Проте правовий зміст саморегулювання має бути уточнений та удосконалений в руслі розглянутих нами проблемних питань та запропонованих змін.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. – М.: «Статут», 1999. – С. 370–372.
2. Басова А. В. Правовой статус участников рынка ценных бумаг: проблемы регулирования: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. – 2008. – С. 45.
3. IOSCO (May 2003) «Objectives and Principles of Securities Regulation» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD154.pdf>.
4. Лагунов В. Я., Абрамов А. Е., Иванов К. В. СРО: идеи, практика и предложения // Право и экономика. – М. – 1999. – № 4. – С. 20.
5. Герасимов А. А. Современное саморегулирование за рубежом – законодательство, практика и тенденции [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://kalugatechnadzor.ru/analitika/362-sovremennoe-samoregulirovanie-za-rubezhom--zakonodatelstvo-praktika-i-tendenczii>.
6. Регулювання ринку цінних паперів у США // Фінансовий ринок України. – 2008. – № 7–8. – С. 33.
7. Депозитарно-трастова і клірингова установа США // Фінансовий ринок України. – 2011. – № 2. – С. 35.
8. Рынок ценных бумаг Великобритании [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.globfin.ru/articles/shares/uk.htm>.
9. Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23 лютого 2006 р. № 3480-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 31. – Ст. 268.
10. Шаров О. Концептуальні засади створення конкурентоспроможного ринку фінансових послуг // Фінансовий ринок України. – 2008. – № 7–8. – С. 12.
11. Реєстр саморегулювних організацій професійних учасників фондового ринку станом на 22 вересня 2014 р. Офіційний сайт НКЦПФР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.ssmc.gov.ua](http://www.ssmc.gov.ua).
12. Про затвердження Положення про об'єднання професійних учасників фондового ринку: рішення НКЦПФР від 27 грудня 2012 р. № 1925 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0182-13>.
13. Господарський кодекс України. Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18–22. – Ст. 144.
14. Павлодский Е. Л. Саморегулируемые организации: мода или тенденции // Право и экономика. – Москва. – 2003. – № 3 – С. 46–48.

*The article examines the issue of self-regulatory Ukraine's stock market. The features of the existing state of self-regulation, the ways of its improvement, defined the author's position on the latest legislation in this area.*

*В статье исследуются вопросы саморегулятивной деятельности на фондовом рынке Украины. Определены особенности существующего состояния правового регулирования саморегулирования, предложены пути его совершенствования, определена авторская позиция относительно новейшего законодательства в этой сфере.*

## ДЕРЖАВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТА УПРАВЛІННЯ У СФЕРІ ПІДПРИЄМНИЦТВА: ЗМІСТ ТА ФУНКЦІЇ

Сергійко О. В.,

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

*У статті досліджено теоретичні та практичні проблеми співвідношення державного регулювання та державного управління у сфері підприємницької діяльності. Отримала подальше вивчення проблема оптимізації державного регулювання підприємницьких відносин на сучасному етапі соціально-економічного розвитку суспільства.*

**Ключові слова:** державне регулювання, державне управління, підприємницькі відносини, функції, державна політика.

Державне регулювання економікою має довгу історію, починаючи з періоду раннього капіталізму, коли об'єктом державного впливу були ціни, якість товарів, процентні ставки, зовнішня торгівля. У сучасних умовах кожна держава здійснює державне регулювання національною економікою з різним ступенем втручання в економічні відносини. Щодо пропорцій державного та ринкового регулювання економіки існує широкий спектр думок та поглядів – від тотального державного монополізму до крайнього лібералізму. Проте ніхто ніколи не заперечував необхідність виконання державою функцій регулювання економіки.

Сьогодні і правова, і економічна науки ще не розробили алгоритму раціонального втручання держави у сферу регулювання економічних відносин. Ніхто не може встановити, раз і назавжди визначити достатні та необхідні межі участі держави в економічному житті країни. Будь-яка держава у кожний конкретний період повинна вирішувати це питання залежно від конкретних економічних умов розвитку, встановлених пріоритетів та загального програмного напрямку розвитку держави, визначеному у конституції або інших законах держави.

У літературі вивчення вищевказаного питання простежується у працях В. Б. Авер'янова, М. С. Бондаря, Л. Д. Восводіна, О. Ю. Кабалкіна, В. Ф. Котюка, В. В. Лаптева, В. К. Мамутова, М. І. Матузова, В. А. Патюліна, П. М. Рабіновича, А. М. Селіванова, А. П. Таранова, О. Ф. Фрицького, В. М. Чхиквадзе та ін. На початку 90-х рр. XX ст. цьому питанню також приділяли увагу В. М. Кампо, А. М. Колодій, Н. О. Саніахметова, В. Н. Денисов, М. І. Козюбра, М. П. Орзіх, В. Ф. Погорілко, П. Б. Стецюк, Ю. М. Тодика, А. А. Чувпило.

Історія розвитку ринкових відносин показала, що є проблеми, які ринок не може сам подолати внаслідок відсутності в нього відповідних механізмів регулювання і контролю. Серед них, зокрема, такі проблеми, як забезпечення ефективного використання ресурсів, розвиток конкуренції, соціальний захист населення. Це пов'язано з тим, що ринок сам по собі тягнє до монополізації, а ринкове розподілення доходів, що може бути справедливим з точки зору законів ринку, фактично призводить до нерівності та соціальної незахищеності окремих верств населення. У таких умовах необхідні відповідні важелі контролю та регулювання суспільних відносин, що виникають у сфері ринкових відносин для оцінки перспектив розвитку суспільства, виявлення та забезпечення реалізації регулюючих функцій ринку, які повинні застосовуватися самою державою.

**Мета і завдання статті.** Мета полягає у проведенні наукового аналізу питання державного регулювання та державного управління у сфері підприємницької діяльності.

Визначена мета зумовила постановку та розв'язання таких завдань: розкрити поняття державного регулювання та державного управління у сфері підприємницької діяльності; визначити їх роль та функції в забезпеченні розвитку підприємництва.

**Об'єктом дослідження** є суспільні відносини у сфері державного регулювання та державного управління у сфері підприємницької діяльності.

**Предметом дослідження** є державне регулювання та державне управління у сфері підприємництва та їх функції.

Таким чином, державне регулювання економіки є складовою її функціонування і заслуговує на увагу з боку вчених-юристів особливо сьогодні, коли необхідно завдяки правовому інструментарію та прогностичній функції правової науки визначити реальні чинники та розробити відповідні механізми, які здатні надати розвитку ринкових відносин в Україні необхідного динамізму, забезпечити незворотність прогресивних перетворень.

Найбільш загальним є визначення державного регулювання як встановлених та забезпечувальних державою правил поведінки суб'єктів суспільних відносин з подальшою зміною цих правил залежно від встановлених пріоритетів розвитку держави у кожний історичний період її розвитку [1, с. 150].

Інколи державне регулювання економіки визначається як система методів для здійснення підтримуючої, компенсаційної та регулюючої діяльності держави, що спрямовується на створення умов ефективного функціонування ринку і вирішення складних соціально-економічних проблем національної економіки [2, с. 87].

Наведені дефініції свідчать не лише про те, що кожен автор прагнув зосередити увагу на найбільш суттєвих, з його точки зору, ознаках та проявах державного регулювання, що розкривають його сутність, а й про те, що всі автори визнають його комплексний характер, який проявляється через багатогранність форм, методів та інститутів державного регулювання ринкової економіки.

При визначенні змісту та меж державного впливу на економічні відносини, а також можливих напрямів його розвитку доцільним вбачається аналіз співвідношення змісту категорій «державне регулювання» та «державне управління».

Загальноновизнаним є твердження, що і державне регулювання і державне управління є соціальними явищами, яким притаманні як спільні, так і відмінні ознаки, що мають по суті одну сферу застосування. Різниця між цими двома поняттями полягає у характері впливу на суспільні відносини та межах такого впливу. Спільні риси, що притаманні регулюванню та управлінню, зумовлені тим, що вони є різновидами організаційної діяльності держави, спрямованої на впорядкування певних суспільних явищ, процесів або об'єктів.

У загальнонауковому розумінні термін «регулювання» визнається за своїм змістом більш широким порівняно з терміном «управління» і означає вплив не на конкретні об'єкти управління, а на оточуюче середовище, по суті, на ту або іншу сферу спільних відносин. В той же час управління – цілеспрямований владний вплив саме на конкретні об'єкти завдяки використанню притаманних управлінню методів та засобів впливу. Якщо регулювання характеризується значним ступенем можливості обрання суб'єктами суспільних відносин альтернативних варіантів поведінки, то управління характеризується підпорядкуванням об'єктів управління управлінському впливу, що адресується ним суб'єктами управління [3].

Приймаючи до уваги наведені визначення категорій «управління» і «регулювання» та підходи до розуміння їх співвідношення, спробуємо виявити загальне та особливе, що характеризує «державне управління в сфері підприємництва» та «державне регулювання в сфері підприємництва» як різні види організаційної діяльності держави, спрямованої врешті-решт на забезпечення балансу інтересів держави та інших суб'єктів суспільних відносин, що виникають в сфері підприємницької діяльності. При вирішенні питання щодо співвідношення державного регулювання економіки і державного регулювання підприємницької діяльності слід виходити з того, що згідно зі ст. 42 Господарського кодексу України підприємництво є видом господарської діяльності. Оскільки, у свою чергу, господарська діяльність є видом економічної діяльності, слід дійти висновку, що державне регулювання підприємницької діяльності є складовою частиною державного регулювання економічної діяльності.

Цілі державного регулювання прямо або опосередковано знаходять своє відображення у актах регулювання. Останні, в свою чергу, є правовою формою і закріплення, і реалізації політичних рішень. Акт регулювання є, в той же час, і формою реалізації прогностичної функції права, покликаний створити відповідні умови, побудувати правову основу для виникнення та розвитку у майбутньому суспільних відносин або соціальних процесів, в яких суспільство зацікавлено у кожному конкретний період свого розвитку, або навпаки, гальмувати розвиток відповідних негативних, з точки зору публічних та приватних інтересів, явищ.

Засоби державного регулювання господарської діяльності сьогодні знайшли своє правове закріплення у ч. 2. ст. 12 Господарського кодексу України. До основних з них законодавець відніс: державне замовлення; ліцензування, патентування і квотування; сертифікацію та стандартизацію; застосування нормативів та лімітів; регулювання цін і тарифів; надання інвестиційних, податкових та інших пільг; надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій та субсидій.

Умови, обсяги, сфери та порядок застосування зазначених засобів, що відображують відповідні методи державного регулювання та управління, весь час змінюються: регулюючі функції держави то посилюються, то, навпаки, характеризуються значним лібералізмом.

Основні цілі економічного розвитку, що визначаються державою у кожному конкретний період, знаходять своє вираження у функціях державного регулювання та державного управління. У науковій літературі визначають:

- **цільову функцію**, яка спрямована на визначення основної мети, напрямів та пріоритетів розвитку національної економіки;
- **нормативну**, спрямовану на встановлення певних стандартів поведінки господарюючих суб'єктів, створення певного середовища для їх діяльності шляхом нормативно-правового регулювання;
- **соціальну**, спрямовану на створення соціальних систем захисту суб'єктів права, в тому числі і суб'єктів господарювання;
- **безпосереднього управління**, спрямовану на регулювання державного сектору економіки та створення суспільних благ;
- **контрольну**, яка передбачає державний нагляд та контроль за дотриманням законності у сфері державного управління [3, с. 65].

Сьогодні представники і економічної, і юридичної науки відзначають надзвичайну важливість **гуманітарної функції державного регулювання**, що полягає у формуванні соціальної спрямованості розвитку економіки. Ця функція знайшла своє закріплення в ст. 1 Основного Закону України.

До функцій державного регулювання інколи відносять забезпечення реалізації *фіскальної політики* (бюджет та податки) та забезпечення реалізації *монетарної політики* (грошові кошти та кредити), зовнішню торгівлю, розподіл прибутку [4, с. 90].

У всіх країнах світу однією з основних функцій державного регулювання підприємницької діяльності є *функція підтримки підприємництва*, що спрямована на створення умов та механізму надання субсидій та інших форм фінансової допомоги, що призначені для сприяння розвитку окремих галузей промисловості, регіонів країни, а інколи – окремих підприємців [5, с. 262].

У промислово розвинутих країнах суть державної підтримки підприємництва як функції державного регулювання зводиться до розробки конкретних заходів за трьома напрямками: консультаційний супровід процесу створення і функціонування фірм на початковому етапі їх існування; надання певної фінансової підтримки вперше створюваній структурі або надання такої структурі певних пільг (зазвичай у сфері оподаткування); надання технічної, науково-технічної або технологічної допомоги малопотужним у фінансовому відношенні підприємницьким структурам [6, с. 109–112].

Щодо об'єктів державного регулювання, то в якості загальних об'єктів слід визначити сфери, галузі, процеси, системи, регіони, явища, окремі ситуації соціально-економічного розвитку країни, коли виникає потреба втручання держави для забезпечення нормального функціонування економіки та соціальної стабільності держави. Кожен із зазначених загальних об'єктів державного регулювання може бути, у свою чергу, структурований і характеризуватися низкою об'єктів, що входять до його складу.

Щодо видів державного регулювання, одним із критеріїв його класифікації може бути інтерес, на задоволення якого спрямовується державне регулювання. Державне регулювання можна також класифікувати залежно від меж впливу на вузькогалузеве (транспорт, зв'язок, агропромисловий комплекс) та таке, що має загальноекономічне спрямування. Причому другий вид державного регулювання є переважаючим.

Виходячи із запропонованих та розглянутих чинників систематизації функцій державного регулювання, їх систему можна представити у вигляді таких функцій: вибір соціальних орієнтирів розвитку держави і суспільства (в тому числі й економіки), прогнозування, моделювання, забезпечення реалізації політичних рішень (організація), координація та контроль.

В системі державного регулювання функція організації як самостійна практично не існує. Окремі її елементи розкриваються при реалізації інших «стратегічних» функцій, наприклад, при прогнозуванні розвитку організаційних структур, при моделюванні розвитку певних процесів та визначенні у зв'язку з цим ролі та переваги певних організаційних утворень.

Сучасна економічна та управлінська ситуації в Україні характеризуються суттєвими змінами у взаємовідносинах між органами державної влади та суб'єктами господарювання. Самостійність господарюючих суб'єктів, свобода підприємницької діяльності, заборона незаконного втручання органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у господарські відносини, що знайшли своє закріплення на рівні правових принципів господарювання, обумовлюють необхідність вироблення інших правових зв'язків між суб'єктами господарювання та державними органами. У свою чергу, комплексне регулювання публічного та приватного секторів економіки вимагають нових підходів до визначення форм та методів державного впливу [7, с. 112].

В сучасних умовах особливе значення набувають режими економічної діяльності, що встановлюються законами – від жорстких, обмежуючих до ліберальних, стимулюючих. Нормативне регулювання виражається в актах про державну підтримку галузей, виробництв, окремих підприємств, установ та організацій, в механізмах державної реєстрації, обліку.

Виходячи з викладеного, залежно від характеру, обсягу та ступеня самостійності суб'єкта господарювання, методи державного регулювання можна представити у такому вигляді: загальнонормативного регулювання – закріплення загальних правил для всіх суб'єктів господарювання, встановлення правил створення, реорганізації та ліквідації суб'єктів господарювання, визначення правових основ їх діяльності; програмні; нормативно-кількісні (квоти, ціни, тарифи, нормативи, ліміти, податки та збори, мито); підтримки відповідного рівня діяльності – пільги, дотації, субсидії, надбавки; контрольно-облікові – заборони, приписи, обмеження, санкції. Зазначені методи відрізняються один від одного за своїм призначенням та змістом. Їх конкретний прояв залежить від завдання, яке вирішується за їх допомогою.

Новим в практиці регулювання економічних відносин є використання методів договірної регулювання в публічних інтересах у взаємовідносинах між органами публічної влади і суб'єктами господарювання. Одним з нових явищ є використання інституту поруки у публічно-правовому регулюванні (укладення контрактів під гарантію уряду).

Викладене дає підстави зробити висновок, що державне регулювання підприємництва по своїй суті є способом нормативно-правового впорядкування діяльності суб'єктів господарювання з використанням функцій та методів непрямого впливу, включаючи прогнозування, стимулювання, інформаційне обслуговування, кадрове забезпечення. По суті йдеться про управління процесами.

Формується тенденція до звуження об'єктів, що безпосередньо відчували б на собі вплив державного управління. Відбувається перехід від прямого управління галузями, сферами, підприємствами, організаціями, установами до управління суспільними процесами. Конституційний принцип верховенства права зумовлює посилення ролі загальнононормативного регулювання економічної сфери і підприємництва. З цим, у свою чергу, пов'язано зміна співвідношення нормативних та індивідуально-розпорядчих актів на користь перших.

Таким чином, *державне регулювання підприємництва* – це сукупність форм, методів і інструментів, за допомогою яких держава впливає на діяльність суб'єктів господарювання, ринкову кон'юнктуру з метою створення сприятливих умов для функціонування ринку й задоволення соціально-економічних потреб суспільства. У свою чергу, *державне управління у сфері підприємництва* – це адресна, цілеспрямована, владна, систематична діяльність органів виконавчої влади з реалізації функцій управління, яка знаходить свій вияв у відповідній системі управління та реалізується завдяки використанню спеціального інструментарію – форм та методів управлінської діяльності. В теорії адміністративного права поруч з «вузьким» розумінням державного управління сформувалось і його «широке» розуміння як владного впливу на суспільну соціальну систему, що дозволяє розкрити природу влади, її функціональне призначення та владний характер управління, його прояв у цілеспрямованій діяльності всіх органів держави з забезпечення соціального та економічного розвитку держави. Таке розуміння державного управління виявляє і притаманні йому риси: цілеспрямованість, наукову обґрунтованість, систематичність впливу, державно-владний характер, універсальність, практичність, різноманітність організаційних форм. Широке розуміння державного управління більшою мірою характеризує державне регулювання, ніж управління як специфічну діяльність держави, що можна розглядати як закономірний процес.

При такому підході, зрозуміло, що ефективність державного впливу на сферу підприємництва, створення сприятливих умов для розвитку ринкових відносин, забезпечення соціальної спрямованості економіки пов'язано із системним, комплексним підходом до державного регулювання та державного управління як різновидів організаційної діяльності держави. Такий підхід вимагає узгодженості актів регулювання та актів управління, універсалізації форм та методів державного впливу, забезпеченості виконання функцій управління відповідними організаційними структурами та наділення останніх достатньою та необхідною компетенцією з урахуванням специфіки об'єкта управління.

Виявлення вказаних тенденцій має не лише теоретичне, а й практичне значення, оскільки дозволяє з урахуванням суспільних інтересів та використанням форм, методів, засобів та актів державного регулювання та державного управління впливати на подальший їх розвиток, встановлювати певні пропорції такого розвитку, прогнозувати ступінь ефективності державного впливу на підприємництво та економіку країни в цілому.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Теория государства и права*. Курс лекцій / Под ред. Н. М. Марченко: 2-ге вид. – М., 1996. – С. 143–156.
2. *Государственное регулирование экономики*. Конспект лекцій / Составитель: Т. А. Пушкар. – Харьков. – ХНАГХ, 2006. – С. 86–89.
3. *Адміністративне право України*. Академічний курс: підручник: у двох томах. – Том 1. Загальна частина / Ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова). – К., 2004. – С. 64–66.
4. *Добровольська В.* Засоби державного регулювання підприємницької діяльності // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 2. – С. 89–94.
5. *Павліщенко І. Б., Босик О. В.* Державне регулювання підприємництва в Україні: напрямки та пріоритети // Збірник науково-технічних праць. – Львів, 2009. – С. 258–263.
6. *Лічак Д. В.* Узгодження приватних і публічних інтересів в сфері господарської діяльності (на прикладі державної підтримки суб'єктів господарювання) // Наше право. – 2011. – № 2. – Ч. 2. – С. 107–113.
7. *Щербина В. С.* Господарське право: підручник / В. С. Щербина: 6-те вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 112–113.

*This article explores the theory and practice of the relationship between state regulation and governance in the field of entrepreneurship. Was further exploring the problem of optimization of state regulation of business relations at the present stage of socio-economic development.*

*В статье исследованы теоретические и практические проблемы соотношения государственного регулирования и государственного управления в сфере предпринимательской деятельности. Получила дальнейшее изучение проблема оптимизации государственного регулирования предпринимательских отношений на современном этапе социально-экономического развития общества.*

## ПРОБЛЕМА ЗАКОНОДАВЧОГО ВИЗНАЧЕННЯ ОБХОДУ ЗАКОНУ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

**Боярський Є. Д.,**

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

*У статті піддається критиці чинне визначення обходу закону, закріплене в Законі України «Про міжнародне приватне право», з точки зору традиційної концепції обходу закону та надаються пропозиції щодо його удосконалення.*

**Ключові слова:** обхід закону, колізійна норма, намір, вибір права, автономія волі.

*Актуальність проблеми.* Ринкові засади економіки України з набуттям незалежності у 1991 р. зумовили необхідність реформування галузі міжнародного приватного права (далі – МПрП), оскільки, з одного боку, встановлення свободи зовнішньоекономічної діяльності вимагало розширення сфери можливого застосування іноземного права, а з іншого – останнє вимагало розширення правового інструментарію для забезпечення відповідного контролю з боку держави в цілях захисту публічних та приватних інтересів. Тривалий процес кодифікації МПрП, розпочатий в Україні ще на початку 90-х рр. XX ст., завершився прийняттям 23 червня 2005 р. Закону України «Про міжнародне приватне право» (далі – Закон України «Про МПрП»), яким до вітчизняної правової системи було привнесено низку раніше не відомих інститутів права, зокрема інститут обходу закону. Однак через недостатню увагу, приділену з боку вітчизняного законодавця до розробки даного Закону, деякі його положення, в тому числі й ті, що стосуються обходу закону, характеризуються неточностями та/або помилками, що створюють загрозу для належного функціонування всієї системи вітчизняного МПрП.

*Метою даної статті є встановлення сутності та основних ознак обходу закону, аналіз визначення обходу закону, закріпленого в Законі України «Про МПрП», та розробка пропозицій щодо його вдосконалення.*

*Аналіз наукових джерел і публікацій.* Теоретичним підґрунтям для розробки теми дослідження стали праці таких науковців: В. В. Балдинюка, В. І. Кисіля, Є. О. Крутій, В. В. Кудашкіна, Л. А. Лунца, Л. Раапе, Є. Д. Суворова та інших.

*Зміст традиційної концепції обходу закону в МПрП.* Як відомо, об'єктивною передумовою для виникнення колізії правопорядків у МПрП є утворення такого складу приватноправових відносин, в якому хоча б один з елементів (суб'єкт, об'єкт та/або юридичний факт) матиме правовий зв'язок з іноземною державою. За наявності такого складу виникає проблема вибору найбільш компетентного права для врегулювання відповідних правовідносин, що, за відсутності чинних міжнародних договорів відповідного змісту, вимагає застосування колізійного права. При цьому існують випадки, коли іноземний елемент (реальний або штучний) навмисно привноситься до/виключається зі складу приватноправових відносин з єдиною метою їх підпорядкування такому правопорядку, який забезпечує найбільш вигідне стороні/сторонам матеріально-правове регулювання. Такі дії традиційно відомі у сфері МПрП під назвою «обхід закону».

Виникнення обходу закону в МПрП зумовлено неможливістю заборонити учасникам міжнародних приватноправових відносин (далі – «МПрП-відносин») здійснювати дії, що можуть вплинути на прив'язку правовідносин до певного правопорядку. Інакше, міжнародне спілкування, для забезпечення якого функціонує колізійне право, було б взагалі неможливо, а, наприклад, змінити громадянство можна було б не інакше, як шляхом правонаступництва держав.

Більшість позицій дослідників інституту обходу закону в МПрП збігаються у тому, що його склад утворюється такими елементами:

1) об'єктивний – свідоме привнесення до складу правовідносин іноземного елемента, що має наслідком зміну їх підпорядкування;

2) суб'єктивний – зазначена зміна правопорядків здійснена навмисно та штучно.

Першим елементом є факт вилучення приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, із сфери дії правопорядку, якому вони підпорядковуються за звичайних умов, і передання їх під дію іншого правопорядку внаслідок свідомої дії учасників/учасника цих правовідносин. Такі дії є можливими у сфері суспільних відносин, які регулюються двосторонніми колізійними нормами із жорсткими прив'язками, даючи учасникам МПрП-відносин можливість маніпулювати ними при використанні власних свобод. Серед таких прив'язок, зазвичай, виділяють особистий закон фізичної/юридичної особи, закон держави місця вчинення акта, закон держави місця укладення правочину, закон держави місцезнаходження рухомого майна. При цьому факт вилучення має бути саме реальним, оскільки інститут обходу закону не поширює дію на випадки, коли прив'язка до певного правопорядку створюється учасниками МПрП-відносин фіктивно, наприклад, при зазначенні

у тексті правочину іноземної держави як місця його вчинення, коли насправді іноземний елемент у складі відповідних відносин відсутній.

Другим і вирішальним елементом для встановлення обходу закону в МПрП є намір учасника МПрП-відносин уникнути застосування об'єктивно компетентного правопорядку. Як констатує Є. Д. Суворов, *«обійти закон без мотиву неможливо. Інакше це буде не обхід закону, а випадок. Обхід закону завжди є цілеспрямованою дією»* [9, с. 162]. Таким чином, обхід закону в МПрП має протиправний характер не через факт створення/зміни колізійної прив'язки правовідносин до певного правопорядку, а саме через намір, що лежить в основі такої прив'язки. В. В. Балдинюк з цього приводу сформулював положення про те, що теорія обходу закону показує, що *«значення акту є невід'ємним від його мети в момент, коли такий акт вчинюється. Законна мета не узаконює незаконний акт: мета не виправдовує засоби, але незаконна мета робить недійсним, власне, законний акт»* [3, с. 132].

*Практика законодавчого регулювання питання обходу закону в МПрП.* Застереження про неприпустимість обходу закону в МПрП на законодавчому рівні почали закріплюватися ще у кінці XIX ст. Перші відповідні норми з'явилися у законодавствах Іспанії, Швейцарії, держав Латинської Америки.

Як узагальнював ще Л. А. Лунц, значна більшість законодавств не регулює питання про наслідки обходу закону в МПрП [7, с. 234]. Більше того, В. І. Кисіль, досліджуючи процес кодифікації МПрП, констатував, що у досвіді іноземних кодифікацій та міжнародної уніфікації МПрП простежується тенденція відмови від концепції обходу закону. Зокрема, положення про обхід закону відсутнє у найновіших кодифікаціях МПрП Австрії, ФРН та Швейцарії [4, с. 208–209]. Однак такий висновок є дещо перебільшеним, оскільки, починаючи з 1989 р. по 2012 р., положення про обхід закону в МПрП було закріплено у відповідних законах Буркіна-Фасо, Румунії, Ліхтенштейну, Тунісу, Бельгії та Чехії. Окремо до цього переліку слід також додати шість пострадянських держав – Азербайджан, Казахстан, Киргизька Республіка, Республіка Білорусь, Узбекистан та Україна. Російська дослідниця Є. О. Крутії навіть зробила припущення про зростання популярності такого законодавчого способу вирішення даної проблеми [5, с. 185].

*Проблема визначення обходу закону в законодавстві України.* У п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про МПрП» визначено, що під обходом закону слід розуміти *«застосування до правовідносин з іноземним елементом права іншого, ніж право, передбачене відповідним законодавством»* [1]. Аналіз даного визначення дає змогу дійти таких висновків.

По-перше, з теорії права відомо, що застосування норм права є діяльністю компетентних органів держави з реалізації норм права щодо конкретних життєвих обставин через винесення індивідуально-конкретних правових приписів. Оскільки суб'єктом застосування колізійно-правових норм є, в першу чергу, суд, то з вищенаведеного визначення випливає, що саме суд виявляється суб'єктом обходу закону в МПрП, а не учасники МПрП-відносин.

По-друге, дане визначення вступає в протиріччя із закріпленням у ст. 5 Закону України «Про МПрП» принципом автономії волі, згідно з яким у випадках, передбачених законом, учасники МПрП-відносин можуть самостійно здійснювати вибір права до таких правовідносин, відходячи, по суті, від встановлених законодавцем колізійно-правових приписів [1].

По-третє, дане визначення не містить ключових ознак, характерних для інституту обходу закону в МПрП.

Не дивно, що і у судовій практиці України інститут обходу закону в МПрП одержав досить своєрідну інтерпретацію шляхом поширення його дії на випадки здійснення учасниками МПрП-відносин вибору права, коли такий вибір за законодавством України є неприпустимим. Для ілюстрації можна навести п. 9 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24 жовтня 2008 р. № 13, де встановлено, що угода про підпорядкування іноземному праву відносин між акціонерами – іноземними фізичними та/або юридичними особами – а також між акціонерами та українським акціонерним товариством щодо діяльності товариства, є нікчемною на підставі ст. 10 Закону України «Про МПрП» (стосовно наслідків обходу закону) [2]. Даний висновок ґрунтується на тому, що *«діяльність АТ, зареєстрованого в Україні як юридична особа, відносини між товариством та акціонерами, між акціонерами АТ щодо його діяльності, а також корпоративного управління регулюються виключно законами та іншими нормативно-правовими актами України»* [2]. Іншими словами, принцип автономії волі підлягає поширенню на дані правовідносини.

Однак, на нашу думку, застосування інституту обходу закону в даному випадку є невинуватим, оскільки обмеження принципу автономії волі/свободи учасників МПрП-відносин самостійно здійснювати вибір права до правовідносин між ними реалізується, насамперед, за допомогою імперативного правового регулювання – колізійного та матеріального, від яких сторони не мають права відступати. Відповідно, суду достатньо лише пересвідчитися, що сфера застосування угоди про вибір права не поширюється на правовідносини, стосовно яких вибір права є неприпустимим (інакше суду достатньо просто не враховувати зміст такої угоди). В будь-якому випадку на сьогодні в правовій системі жодної держави світу інститут обходу закону не використовується як санкція за відступ учасників МПрП-відносин від встановлених законодавцем меж для реалізації принципу автономії волі.

З цього приводу варто процитувати узагальнення, зроблене німецьким вченим Л. Раапе: «сутність справжнього обходу закону полягає в тому, що закон зовнішньо, формально дотримується, а порушується лише внутрішньо, по суті [...]. При справжньому обході закону дотримуються літери закону, але нехтують його духом, при несправжньому обході не дотримуються також і літери закону. Справжній обхід закону завуальовано, несправжній обхід закону є очевидним» [8, с. 138]. Тобто основою обходу закону виявляються виключно правомірні дії.

При цьому слід відмітити, що, на думку багатьох науковців з різних держав, інститут обходу закону в МПрП охоплює випадки зловживання принципом автономії волі, коли учасники МПрП-відносин укладають угоду про вибір права з метою уникнути застосування до їх правовідносин матеріальних норм права певного правопорядку. Однак на прикладі Закону України «Про МПрП» нескладно довести, що такий підхід є хибним (принаймні в МПрП України).

Стаття 33 та 47 Закону України «Про МПрП» визначають, що сфера дії права, що підлягає застосуванню до правочину та/або договору, охоплює, серед іншого, питання дійсності правочину та/або договору [1]. При цьому на підставі ст. 32 та 44 Закону України «Про МПрП» учасники МПрП-відносин мають право самостійно визначати право, застосовне до змісту їх правочину та/або договору. Враховуючи те, що норми права щодо дійсності правочинів/договорів мають імперативний характер, Закон України «Про МПрП», по суті, прямо дає можливість уникнути їх застосування. Адже вирішуючи питання про те, яке право погодити для застосування до змісту правочину/договору, зокрема для регулювання відносин його дійсності, учасники МПрП-відносин в будь-якому випадку змушені обирати з-поміж правопорядків, норми яких встановлюють недійсність відповідного правочину/договору, та правопорядками, норми яких визнають такі правочини/договори дійсними. Звідси поширення сфери дії обходу закону в МПрП України на випадки цілком правомірного вибору права є неможливим.

Аналогічної думки дотримується російський вчений В. В. Кудашкін, який зазначає, що питання про обхід закону не виникає у сфері диспозитивного колізійного регулювання, насамперед, у тих сферах МПрП, в яких діє автономія волі сторін [6, 72–73].

Варто відмітити, що автор даної статті не є першим, хто піддає критиці визначення обходу закону, закріплене в п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про МПрП». Так, вітчизняний дослідник інституту обходу закону в МПрП В. В. Балдинюк також пропонує змінити формулювання даного визначення і викласти його в такій редакції: «обхід закону – це дії осіб (особи) по порушенню правил цього Закону з умислом або без нього, по умисному створенню фактичних обставин (обсягу колізійної норми) через прихований намір, волю (удавані дії), по помилковій кваліфікації» [3, с. 170]. Однак запропоноване визначення є абсолютно неприпустимим з огляду на таке.

У даному визначенні В. В. Балдинюк намагається охопити одразу всі відомі йому концепції обходу закону в МПрП, які існують як у вітчизняній, так і в іноземній правовій науці, незважаючи на те, що вони суперечать одна одній. В результаті склад обходу закону взагалі стає неможливо чітко встановити, оскільки обхід закону можуть становити як реальні дії учасників МПрП-відносин, так і удавані, такі дії можуть бути вчинені як з умислом, так і без умислу. Більше того, оскільки кваліфікація в МПрП може здійснюватися лише судом та/або іншим органом правозастосування, дивною виглядає вказівка на помилкову кваліфікацію в запропонованому визначенні. Як наслідок, даний правовий засіб потенційно може використовуватися органами правозастосування для уникнення застосування іноземного права та/або учасниками судових процесів для затягування розгляду відповідних справ.

Пропозиції щодо вдосконалення законодавства. З огляду на вищенаведене пропонуємо викласти п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про МПрП» таким чином: «обхід закону – це дії учасників приватноправових відносин щодо створення та/або припинення одного або кількох іноземних елементів з метою застосування до таких приватноправових відносин права іншого, ніж право, передбачене відповідним законодавством». Вважаємо, що дане визначення більшою мірою відображає сутність даного правового засобу і сприятиме його належному впровадженню у правозастосовну діяльність компетентних органів влади України, насамперед судових.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. № 2709-IV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – С. 1278.
2. Постанова «Про практику розгляду судами корпоративних спорів, Верховний Суд України» від 24.10.2008 р. № 13 [Текст] // Вісник Верховного господарського судочинства. – 2009. – № 2. – С. 7.
3. Балдинюк В. В. Забезпечення застосування колізійної норми: кваліфікація, зворотне відсилання, обхід закону в міжнародному приватному праві [Текст]: дис... канд. наук: 12.00.03. – 2008. – 194 с.
4. Кисіль В. І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації [Текст]. – К.: Україна, 2000. – 430 с.

5. Крутий Е. А. Современные кодификации международного частного права [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. – М., 2012. – 236 с.
6. Кудашкин В. В. Актуальные проблемы доктрины обхода закона в МЧП [Текст] // Законодательство. – 2004. – № 3. – С. 65–73.
7. Лунц Л. А. Курс международного частного права [Текст]: в 3-х т. – М.: Спарк, 2002. – 1007 с.
8. Раане Л. Международное частное право / Под ред. и с пред. Л. А. Лунца [Текст] / Сокр. пер. с 4 нем. издания А. М. Гурвича. – М.: Изд-во Иностранной Литературы, 1960. – 607 с.
9. Суворов Е. Д. Обход закона. Сделка, оформляющая обход закона [Текст] / Суворов Е. Д. – М.: Издат. дом В. Ема, 2008. – 188 с.

*The article provides for criticism of current definition of evasion of law, embodied in the Law of Ukraine «On Private International Law», from the standpoint of traditional concept of evasion of law and outlines suggestions for its improvement.*

*В статье отражена критика действующего определения обхода закона, закрепленного в Законе Украины «О международном частном праве», с точки зрения традиционной концепции обхода закона и изложено предложения по его усовершенствованию.*

## МІСЦЕ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ УКРАЇНИ В СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ СІМЕЙНОГО ПРАВА

**Ватрас В. А.,**

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

*Стаття присвячена дослідженню місця міжнародного договору України в системі джерел сімейного права. Автор аналізує правове регулювання застосування міжнародного договору при регулюванні сімейних відносин, з'ясовує його поняття, сутність та юридичну природу. Важливе місце відводиться класифікації міжнародних договорів та їх ролі у регулюванні сімейних відносин з урахуванням принципу пріоритету міжнародного договору над іншими актами сімейного законодавства.*

**Ключові слова:** міжнародний договір України, сімейні відносини, джерела права, конвенція, двосторонній договір про правову допомогу.

У системі джерел сімейного права важливе місце займають міжнародні договори України, які є не лише частиною національного законодавства, а й мають перевагу у застосуванні порівняно з правилами, встановленими в інших актах сімейного законодавства. Незважаючи на досить детальну увагу до міжнародного договору як регулятора суспільних відносин з боку теорії права та вчених-міжнародників (Я. Броунлі, О. В. Буткевич, В. І. Кузнецов, І. І. Лукашук, Ф. Ф. Мартенс, О. О. Мережко, Л. Оппенгейм, А. М. Талалаєв, Г. І. Тункін та ін.), у сімейному праві це питання залишається малодослідженим. У зв'язку з вищенаведеним спробуємо дослідити питання місця міжнародного договору в системі джерел сімейного права, з'ясувати його особливості та дослідити стан участі України у міжнародно-правовому регулюванні сімейних відносин, що й визначено нами за мету в даному науковому проекті.

Правове закріплення міжнародного договору України як частини національного законодавства відбулося ще під час попередньої кодифікації законодавства про шлюб та сім'ю. Так, у ч. 2 ст. 203 КпШС УРСР 1969 року було вказано, що якщо міжнародним договором України встановлені інші правила, ніж ті, що їх містить законодавство про шлюб та сім'ю України, то застосовуються правила відповідного міжнародного договору [9]. Із прийняттям Конституції України у 1996 році закріплено правило, за яким Укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України, що стало приводом для запровадження заборони у застосуванні міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, в тому числі і в сфері сімейних відносин [10]. Це також впливає з п. 4 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 року № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя», згідно з яким, виходячи з положення ст. 9 Конституції України про те, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України, суд не може застосувати закон, який регулює правовідносини, що розглядаються, інакше як міжнародний договір. У той же час міжнародні договори застосовуються, якщо вони не суперечать Конституції України [20]. Таким чином, принцип пріоритету міжнародного договору над національним законодавством було обмежено положенням щодо відповідності його

Конституції України. Натомість стати частиною законодавства України міжнародний договір, що суперечить Основному Закону, матиме змогу лише після внесення змін до останнього.

Законодавець у чинному СК України норми про міжнародні договори розмістив у розділі 1 «Загальні положення» [24]. Причому первісна редакція ст. 13 «Міжнародні договори України» складалася з однієї частини в такому вигляді: «Частиною національного сімейного законодавства України є міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України». В подальшому дана стаття була викладена в новій редакції: «1. Частиною національного сімейного законодавства України є міжнародні договори, що регулюють сімейні відносини, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. 2. Якщо в міжнародному договорі України, укладеному в установленому порядку, містяться інші правила, ніж ті, що встановлені відповідним актом сімейного законодавства, застосовуються правила відповідного міжнародного договору України [21]». Як свідчить нова редакція ст. 13 СК України, законодавець в частині першій конкретизував, що в даній нормі йдеться про міжнародні договори, які регулюють саме сімейні відносини. У свою чергу, частина друга статті закріплює пріоритет міжнародного договору як джерела сімейного права над іншими актами сімейного законодавства у разі укладення такого договору в установленому порядку та наявності у ньому відмінних правил, ніж в інших правових актах. Отже, Україна не лише визначила міжнародний договір частиною національного законодавства, а й у застосуванні надала йому перевагу над іншими актами сімейного законодавства. Причому такі правила законодавчо закріплені як у СК України, так і в інших спеціальних законах.

Нормативне визначення міжнародного договору міститься у Віденській конвенції про право міжнародних договорів від 23.05.1969 р. (Україна приєдналась 14.04.1986 р.) [5]. Так, «договір» означає міжнародну угоду, укладену між державами в письмовій формі і регульовану міжнародним правом незалежно від того, чи викладена така угода в одному документі, у двох чи кількох зв'язаних між собою документах, а також незалежно від її конкретного найменування. Аналогічне визначення міжнародного договору містить Віденська конвенція про право договорів між державами і міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями від 21.03.1986 р. з уточненням щодо суб'єктного складу шляхом включення до учасників договору міжнародних організацій [6]. За основу таке визначення взяте і Законом України «Про міжнародні договори України» [22], у якому міжнародний договір України – це укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, який регулюється міжнародним правом незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо). Фактично український законодавець до міжнародно-правової конструкції додав лише перелік найменувань міжнародних договорів.

Таким чином, нормативна правова конструкція міжнародного договору як джерела права вказує на те, що, по-перше, це угода між визначеними суб'єктами (державами, міжнародними організаціями), яка відображає їх волю та спільні інтереси; по-друге, вона (угода) оформлена у письмовій формі в одному чи кількох документах (договір, угода, конвенція, пакт, протокол, трактат, декларація тощо); по-третє, така угода регулюється міжнародним правом, тобто підкреслюється її міждержавний характер. Аналіз вищезгаданих Віденських конвенцій також дає можливість дійти висновку про те, що міжнародні договори не мають зворотної сили і застосовуються тільки до договорів, що укладені після вступу в силу для тієї чи іншої держави. Вагомим засобом захисту національних інтересів при укладенні міжнародних договорів є забезпечення права сторони договору на застереження щодо її окремих положень міжнародного договору. Однак чи не найважливішим аспектом у застосуванні права міжнародних договорів є наявність механізму забезпечення їх виконання, тобто дія правила «*Pacta sunt servanda*». Ф. Ф. Мартенс у зв'язку з цим зауважував: «Не підлягає жодному сумніву, що трактати мають дотримуватися договірними сторонами» [13, с. 264].

Досить велика увага до розробки поняття міжнародного договору та з'ясування його сутності й юридичної природи приділяється юридичною наукою. На думку І. І. Лукашука, міжнародний договір – це угода між суб'єктами міжнародного права, укладення, дія і припинення якої регулюються міжнародним правом [12, с. 77]. Автори підручника з міжнародного права за редакцією В. І. Кузнецова розуміють міжнародний договір як досягнуту внаслідок переговорів явно виражену угоду між двома чи кількома суб'єктами міжнародного права, покликану регулювати їх взаємовідносини шляхом встановлення зобов'язань [16, с. 24]. Один з фундаторів радянської доктрини міжнародного права А. М. Талалаєв вважає, що міжнародний договір – це переконливо виражена угода класово-державних воель суб'єктів міжнародного права, насамперед і головне держав, укладена з питань, які мають для них загальний інтерес, і покликана регулювати їхні відносини шляхом створення взаємних прав і обов'язків відповідно до основних принципів міжнародного права [25, с. 61]. Вищевказані вчені за основу дефініції беруть категорію угоди, тобто домовленості між сторонами. Як вірно підкреслює М. М. Марченко, «міжнародний договір за своєю суттю це насамперед угода (в оригіналі «соглашение»),

укладена державами, тобто сторонами, що вільно виразили і узгодили між собою свою волю і, власне, свої взаємні вимоги та інтереси [14, с. 316].

Ф. Ф. Мартенс вважав, що міжнародний договір – це угода волі двох чи кількох держав, яка встановлює відомі зобов'язальні відносини між державами, що уклали договір і яка є одним із найкращих засобів для з'ясування і визначення правовідносин, навіть принципів права, що повинні панувати в сфері міжнародних відносин [13, с. 267]. Даний вчений основну увагу у визначенні приділяє зобов'язальним відносинам, що виникають внаслідок укладення міжнародного договору, тобто власне змісту самого зобов'язання сторін, конкретним правам і обов'язкам, встановленим у договорі.

Англійський вчений Я. Броунлі застосовує дефініцію «правоутворюючі міжнародні договори». На його думку, це договори, які створюють правові зобов'язання і виконання яких не припиняє правові зобов'язання. Зокрема, договір про спільне виконання одиничного заходу не є «правоутворюючим», оскільки з його виконанням зобов'язання припиняється. «Правоутворюючі договори» створюють загальні норми для майбутньої поведінки сторін, що виражені у формі правових положень, і зобов'язання за змістом є однаковими для всіх [3, с. 36]. Таким чином, Я. Броунлі акцентує увагу на нормативності як основній ознаці міжнародного договору, норми якого мають бути загальнообов'язковими для всіх сторін та розраховані на багаторазове застосування.

Відомий вчений-міжнародник Л. Оппенгейм при визначенні поняття міжнародного договору основну увагу зосереджував на його ролі як джерела міжнародного права і визначення його місця серед інших джерел права. На його думку, тоді як звичай є першочерговим джерелом міжнародного права, договори є джерелами, сила яких походить від звичаю. Адже той факт, що договори взагалі можуть встановлювати норми міжнародної поведінки, базується на звичасвій нормі міжнародного права, в силу якої договори мають обов'язкову силу для договірних сторін [19, с. 48]. М. М. Марченко, розвиваючи вищевказану думку, доходить висновку, що в результаті інтегрованого підходу до розуміння міжнародного договору створюється цілісна і разом з тим повна картина міжнародного договору як джерела не лише міжнародного, а й національного права [14, с. 318]. Ще одна схожа позиція розуміння міжнародного договору як джерела права та способу правотворчості належить Г. І. Тункіну, який аналізував міжнародні договори, насамперед, як спосіб створення норм міжнародного права та як явно виражену угоду між державами щодо визнання того чи іншого правила нормою міжнародного права, зміни чи ліквідації існуючих норм міжнародного права [14].

Таким чином, міжнародний договір в юридичній науці розглядається крізь призму різних думок та концепцій, де за основу беруться різні чинники та категорії. Що ж стосується визначальних аспектів, які ті чи інші вчені покладають за основу розуміння сутності міжнародного договору як правової категорії, то варто зазначити, що його розглядають крізь призму особливої угоди (домовленості), особливого виду зобов'язання між державами та міжнародними організаціями, певного правоутворюючого, нормативного, зобов'язального, багаторазового акта, способу правотворчості та особливого джерела міжнародного та національного права. В межах нашого дослідження за основу береться розуміння міжнародного договору як джерела права та його місця в системі таких джерел.

Юридична природа міжнародних договорів носить подвійний характер, тобто вони водночас можуть виступати як джерела міжнародного права, так і як джерела національного права в тій чи іншій галузі. У зв'язку з цим, якщо Україна взяла на себе певні міжнародно-правові зобов'язання, уклавши той чи інший договір, останній не лише стає частиною нашого національного законодавства, а й за ознакою нормативності має перевагу над іншими актами законодавства.

Не менш важливим є питання юридичної сили міжнародних договорів в розумінні того, чи всі міжнародні договори є частиною національного законодавства України та є загальнообов'язковими для виконання. Для вирішення цього питання слід визначитися з класифікацією міжнародних договорів. Так, за кількістю учасників вони поділяються на двосторонні (договори про правову допомогу) та багатосторонні (конвенції); за об'єктами регулювання (політичні, економічні, соціальні тощо); за суб'єктами (міждержавні, міжурядові, змішані тощо); за строком дії (строкові та безстрокові) [2, 17, 26, 27]. За характером юридичного змісту міжнародні договори поділяються на правоутворюючі та неправоутворюючі. Правоутворюючі договори, на думку М. М. Марченко, передбачають нові загальні норми майбутньої міждержавної поведінки [14, с. 318] або ж підтверджують, визначають чи відмінюють існуючі звичасві чи конвенційні норми загального характеру [19, с. 47]. Натомість неправоутворюючі договори джерелами міжнародного права не визнаються, оскільки по суті є приватноправовими угодами, що укладаються з конкретних питань та не створюють загальних норм права. Дещо подібна позиція Я. Броунлі уже нами аналізувалась вище щодо поділу договорів на правоутворюючі та інші. Причому до інших він відносить двосторонні міжнародні договори [3, с. 38]. Такої ж думки дотримувався М. М. Коркунов, який виділяв міжнародні договори, що містять загальні правила поведінки та договори, що не містять загальних норм для всіх однорідних відносин [11, с. 119–123]. Існує і протилежна точка зору (Ф. І. Кожевников, Є. О. Коровін.), яка полягає у тому, що всі міжнародні договори незалежно від того, чи це договори-закони чи договори-угоди, мають

правоутворюючий характер, так як встановлюють обов'язкові для їх сторін правила поведінки. Окрім цього вони походять від держави і їх функцією є формування загальної та конкретної норми права [15]. Про те, що всі міжнародні договори є тою чи іншою мірою нормативними, зазначає і М. М. Марченко, особливо, якщо врахувати, що їх суб'єкти-держави, глави держав, уряди володіють як всередині країни, так і на міжнародній арені стосовно інших суб'єктів договірних актів правотворчими прерогативами [14, с. 324]. Важко не погодитись з такою позицією, оскільки Україна, укладаючи той чи інший міжнародний договір, не лише бере на себе зобов'язання його виконувати, а й шляхом державного примусу повинна забезпечувати його неухильне виконання в межах своєї юрисдикції усіма суб'єктами права незалежно від правового статусу останніх. Причому багатосторонній цей договір чи двосторонній, він у будь-якому разі стає частиною національного законодавства України та має пріоритет над іншими джерелами права. Інша ситуація щодо юридичної сили та поширення міжнародних договорів України за межами її юрисдикції. Тут сфера їх дії обмежується виключно учасниками таких договорів.

Питання міжнародних договорів як джерел сімейного права комплексно не вирішувалось у юридичній науці. Відсутні дисертаційні та монографічні дослідження з цього приводу. Лише у дисертаційному дослідженні І. В. Білоус «Джерела російського сімейного права» кілька сторінок присвячено аналізу міжнародних договорів у ієрархії федеральних джерел сімейного права РФ [1]. Окремі аспекти цього питання піднімалися Я. Ф. Фархдіновим та Л. Л. Камалдіновим у спільних наукових статтях, присвячених поняттю джерел сімейного права та взаємодії з джерелами інших галузей права [28; 8]. Автори підручників та посібників з сімейного права в цілому обмежуються лише питанням місця міжнародного договору в ієрархії джерел сімейного права та перерахуванням ратифікованих Україною конвенцій та договорів про правову допомогу. У зв'язку з цим для визначення міжнародного договору як джерела сімейного права, з'ясування його сутності, природи та місця в системі національних джерел будемо використовувати результати наукових досліджень вчених-теоретиків та представників науки міжнародного права. Для того, щоб міжнародний договір став джерелом сімейного права, необхідно: 1) щоб він став частиною національного законодавства, тобто згоду на його обов'язковість надала Верховна Рада України або така згода уже була надана в порядку правонаступництва згідно з Віденською конвенцією про правонаступництво держав щодо договорів від 23.08.1978 р. [7] та Закону України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 р., яким Україна підтвердила свої зобов'язання за міжнародними договорами, укладеними Українською РСР до проголошення незалежності України (ст. 6) [23]; 2) щоб він регулював сімейні відносини, коло яких визначено в СК України та інших актах сімейного законодавства, а саме: сімейні особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, між батьками та дітьми, усиновлювачами та усиновленими, між матір'ю та батьком дитини щодо її виховання, розвитку та утримання; сімейні особисті немайнові та майнові відносини між бабою, дідом, прабабою, прадідом та внуками, правнуками, рідними братами та сестрами, мачухою, вітчимою та падчеркою, пасинком; сімейні особисті немайнові та (або) майнові відносини між іншими членами сім'ї, визначеними у ньому (ст. 2 СК України); 3) щоб він не суперечив Конституції України (ст. 9), де закріплено правило, за яким укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливо лише після внесення відповідних змін до Конституції України.

Подальші наші наукові розвідки будуть спрямовані на більш детальне дослідження особливостей правового регулювання міжнародними договорами окремих видів сімейних відносин та діяльності України у сфері міжнародної договірної правотворчості.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Білоус І. В. Источники российского семейного права: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Білоус Ирина Владимировна. – Ростов-на-Дону, 2004. – 195 с.
2. Бирюков П. М. Международное право / П. М. Бирюков. – М.: Юристъ, 1998. – С. 22.
3. Броунли Я. Международное право (в двух книгах). – Книга первая / Под ред. и с вступительной статьёй Г. И. Тункина. – М.: Изд-во Прогресс, 1977. – С. 36.
4. Ватрас В. А. Суб'єкти сімейних правовідносин / В. А. Ватрас: автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03 — цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. — Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України. – Київ-Хмельницький, 2008. – 19 с.
5. Віденська конвенція про право договорів між державами і міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями від 21.03.1986 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\_a04.
6. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23.05.1969 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\_118.

7. *Віденська конвенція про правонаступництво держав щодо договорів від 23.08.1978 р. (дата приєднання України 17.09.1992 р.)* // Офіційний вісник України. – 2008. – № 20. – Ст. 584.
8. *Камалдинов Р. Р.* Взаимодействие источников семейного права с источниками других отраслей права / Р. Р. Камалдинов, Я. Ф. Фархтдинов // Вестник ТИСБИ. – 2002. – № 1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.tisbi.ru/science/vestnik/2002/issue1/jurisprud\[2\].php](http://www.tisbi.ru/science/vestnik/2002/issue1/jurisprud[2].php).
9. *Кодекс про шлюб та сім'ю України від 20.06.1969 р.* // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1969. – № 26. – Ст. 204.
10. *Конституція України від 28.06.1996 р.* // ВВР. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
11. *Коркунов Н. М.* Международное право: лекции / Н. М. Коркунов. – СПб.: Издание лейтенанта Шидловского, 1886. – С. 119–123.
12. *Лукашук И. И.* Современное право международных договоров. – В двух томах. – Т. 1. Заключение международных договоров / И. И. Лукашук. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 77.
13. *Мартенс Ф. Ф.* Современное международное право цивилизованных народов (по изданию 1904 г.). – Т. 1 / Ф. Ф. Мартенс / Слово об авторе и общ. ред. Л. Н. Шестакова. – М., 1996. – С. 267.
14. *Марченко М. Н.* Источники права: учебное пособие / М. Н. Марченко. – М.: Проспект, 2009. – С. 316.
15. *Международное право* / Отв. ред. Ф. И. Кожевников. – М., 1957. – С. 243–246.
16. *Международное право* / Отв. ред. В. И. Кузнецов. – М.: Юрист, 2001. – С. 24.
17. *Международное публичное право: учеб.* / Отв. ред. К. А. Бякишев. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – С. 209–210.
18. *Мережко О.* Співвідношення міжнародного і національного права / О. Мережко // Юридичний журнал. Юстиніан. – 2009. – № 2.
19. *Оппенгейм Л.* Международное право. – Том 1. – Полутом 1. /Л. Оппенгейм. – М.: Мир, 1948. – С. 48.
20. *Постанова Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя»* // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2000. – № 4.
21. *Закон України «Про внесення змін до Сімейного та Цивільного кодексів України» від 22.12.2006 р. № 524-V* // ВВР України. – 2007. – № 10. – Ст. 87.
22. *Закон України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906-IV* // ВВР України. – 2004. – № 50. – Ст. 540.
23. *Закон України «Про правонаступництво України» від 12.09.1991 р. № 1543-XII* // ВВР України. – 1991. – № 46. – Ст. 617.
24. *Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р.* // ВВР України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.
25. *Талалаев А. Н.* Право международных договоров. Общ. вопр. – М.: Междунар. отношения, 1980. – 312 с
26. *Тимченко Л. Д.* Международное право / Л. Д. Тимченко. – Харьков, Косум, 1999. – С. 85–86.
27. *Ушаков Н. А.* Международное право: учебник / Н. А. Ушаков. – М.: Юрист, 2000. – 304 с.
28. *Фархтдинов Я. Ф.* О понятии источников семейного права / Я. Ф. Фархтдинов, Р. Р. Камалдинов // Вестник ТИСБИ. – 2000. – № 3 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.tisbi.ru/science/vestnik/2000/issue3/20.php>.

*In the scientific article explores the peculiarities of legal regulation of family relations through an international treaty. Analyzes the place of the contract in the sources of family law in Ukraine. The author defines the concept of an international treaty, its essence and legal nature. On the basis of the principle of the primacy of contract over other sources of law the author defines its role in the regulation of family relations.*

*В научной статье исследуются особенности правового регулирования семейных отношений по международному договору. Анализируется место такого договора в системе источников семейного права Украины. Автор определяет понятие международного договора, его сущность и юридическую природу. На основании принципа примата договора над иными источниками права автор определяет его роль в регулировании семейных отношений.*

## ПРАВОВІ РИЗИКИ ЗМІНИ РЕЖИМУ ІМПОРТУ УКРАЇНСЬКИХ ТОВАРІВ У МЕЖАХ ЗОНИ ВІЛЬНОЇ ТОРГІВЛІ ДЕРЖАВ СНД

**Король В. І.,**

доктор юридичних наук,

завідувач відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

*Статтю присвячено аналізу правових ризиків скасування преференційного торговельного режиму для товарів походженням з України відповідно до норм Договору про зону вільної торгівлі держав*

*СНД. Проблему запровадження країнами Митного союзу, насамперед Росією, режиму найбільшого сприяння досліджено у контексті імплементації Україною Угоди про асоціацію з Європейським Союзом.*

**Ключові слова:** преференційний режим, режим найбільшого сприяння, товари походженням з України, міжнародні договори.

Стратегічні інтереси Росії, які конкретизуються в реалізації євразійського інтеграційного проекту в межах Митного союзу та Єдиного економічного простору, а з 2015 р. – Євразійського економічного союзу, вимагали включення України до сфери її домінуючого економічного впливу та контролю.

Загроза програшу геоекономічної боротьби за Україну Європейському Союзу, яка реально актуалізувалась у правовій площині у контексті синхронної ратифікації восени 2014 р. Європарламентом та Верховною Радою України Угоди про асоціацію [1], стала одним із факторів переведення Росією процесів у нецивілізовану геополітичну площину, в якій «сила права» поступається першістю «праву сили», насамперед військової при анексії Криму та дестабілізації ситуації на сході України.

Це призвело до запровадження відповідних економічних санкцій з боку ЄС, США, інших держав, що актуалізує й для України загальну проблему чіткого визначення власної позиції щодо правових засад зовнішньоторговельної тактики і стратегії щодо «дружньої» Росії, що матиме безпосередній зв'язок та вплив на реалізацію внутрішньої модернізації України у межах Стратегії реформ – 2020 [2] як суттєвий екзогенний чинник.

В економіко-правовій площині до тактичних перемог Росії можна віднести несподіване відстрочення ЄС та Україною моменту початку функціонування поглибленої всеосяжної зони вільної торгівлі, передбаченої Угодою про асоціацію, до 1 січня 2016 р. Значною мірою негативний ефект від такого втручання Росії вдалося компенсувати Європейському Союзу шляхом прийняття та пролонгації до 31 грудня 2015 р. спеціального акта вторинного законодавства – Регламенту 374/2014 [3], відповідно до ст. 1 якого для переважної більшості товарів походженням з України в односторонньому порядку надано преференційний режим доступу на спільний ринок ЄС через скасування або зменшення мит.

Як наголошено вище, вирішення окресленої проблеми на євразійському напрямі слід розглядати у нерозривному зв'язку із загальними засадами та особливостями реалізації Україною євроінтеграційної стратегії, що для вітчизняної правової науки зберігає значущість нового напрямку досліджень міжрегіонального спрямування.

У межах загальної проблеми може бути виділена окрема її складова, яка є більш притаманною для мирного часу, але зберігає значення й у сучасних умовах, оскільки відсутність України у переліку країн, щодо товарів походженням з яких Росією у відповідь також запроваджено санкції щодо заборони або обмеження імпорту на її митну територію, обумовлює збереження поки що для українських товарів правового режиму, передбаченого, у тому числі чинними для обох держав міжнародними договорами.

Відповідно метою даної статті є виявлення причинно-наслідкового зв'язку між діями України щодо укладення й імплементації Угоди про асоціацію з ЄС та ризиками скасування державами – учасниками Митного союзу преференційного режиму імпорту для товарів походженням з України у межах Договору про зону вільної торгівлі держав СНД.

Для досягнення поставленої мети необхідним є проведення аналізу позицій фахівців у сфері міжнародного економічного права, норм багатосторонніх угод Світової організації торгівлі, Угоди про Асоціацію з ЄС, Договору про зону вільної торгівлі держав СНД, актів вторинного законодавства ЄС щодо України, релевантних нормативно-правових актів Росії тощо.

Попри важливість зазначених міжнародних договорів розгляд проблеми доцільно розпочати зі спеціального нормативно-правового акта Росії, Урядом якої було прийнято постанову від 19 вересня 2014 р. № 959 «Про введення ввізних мит щодо товарів, країною походження яких є Україна» (надалі – Постанова) [4], в якій варто виділити декілька ключових аспектів.

Насамперед звертаємо увагу, що прийняття зазначеного підзаконного акта одним суверенним суб'єктом міжнародного економічного права – Росією публічно пов'язано з міжнародним договором, сторонами якого є не менш суверенні суб'єкти МЕР – Європейський Союз, його держави-члени, Європейське Співтовариство з атомної енергії, з одного боку, та Україна – з іншого. Відповідно до п. 2 цієї Постанови запроваджується контрольний механізм щодо постійного спостереження за виконанням економічної частини Угоди про асоціацію України та ЄС.

У свою чергу, у п. 1 Постанови чітко артикульована загроза настання певних негативних економічних наслідків, безпосереднім адресатом якої є українські експортери товарів на ринок Росії, а опосередковано, але водночас головним – держава Україна, основні причини чого підлягатимуть розкриттю у межах статті. Зазначені негативні наслідки можуть бути спричинені скасуванням преференційного режиму доступу товарів походженням з України на ринок РФ та натомість введенням щодо таких товарів мит у розмірі ставок Єдиного митного тарифу Митного союзу, що відповідає режиму найбільшого сприяння.

Основні тези, які щойно наведено, носять яскраво виражений імовірнісний характер, що не випадково, оскільки ця Постанова Уряду РФ лише може набрати чинність за певних умов, що привертає особливу увагу до їх сутності. Отже, ця Постанова набиратиме юридичної сили відповідно до окремого рішення Уряду РФ не раніше ніж через 10 днів після одержання ним повідомлення щодо дій Уряду України щодо практичного застосування Угоди про асоціацію або її імплементації.

У даному контексті актуалізується питання, наскільки правомірними є наміри Росії із запровадження режиму найбільшого сприяння, по-перше, лише за наявності виявлених фактів щодо практичного застосування або імплементації Україною Угоди про асоціацію, по-друге, в односторонньому порядку через прийняття навіть не закону, а нормативно-правового акта на підзаконному рівні.

Режим найбільшого сприяння щодо імпорту товарів походженням з України нерозривно пов'язаний з іншим правовим режимом – преференційним, який передбачено нормами Договору про зону вільної торгівлі держав СНД [5], який відповідно до ч. 1 ст. 9 Конституції України з 2012 року є частиною національного законодавства нашої держави. Отже, за певних умов запровадження Росією режиму найбільшого сприяння може бути не тільки теоретично, а й практично можливим, крім того цілком правомірним, що вимагає виявлення таких умов, кожна з яких є необхідною, а їх сукупність достатньою для зміни зовнішньоторговельного режиму.

У такому контексті ключового значення набувають норми не тільки безпосередньо Договору про зону вільної торгівлі, а й закріплені у Додатках до нього, насамперед Додатку № 6. Так, у ньому передбачено, що у випадку, якщо участь однієї з країн в іншій угоді, зокрема про зону вільної торгівлі, призводить до зростання імпорту з такої країни у таких обсягах, які наносять шкоду або загрожують нанести шкоду промисловості Митного союзу, то держави – учасниці Митного союзу після попередніх консультацій залишають за собою право ввести мита щодо імпорту відповідних товарів з такої першої країни у розмірі ставки режиму найбільшого сприяння.

У межах Митного союзу прийнято Угоду про застосування спеціальних захисних, антидемпінгових та компенсаційних заходів щодо третіх країн (надалі – Угода Митного союзу) [6], до якої Протоколом від 18 жовтня 2011 р. були внесені зміни та доповнення. У контексті приведення угод Митного союзу відповідно до принципів і норм СОТ варто зазначити, що у випадку виникнення колізій між ними примат належить нормам багатосторонніх угод СОТ.

Відповідно до ст. 2 Угоди СОТ про захисні заходи [7], якою розвиваються та конкретизуються норми, закріплені у ст. XIX ГАТТ, члени СОТ дійсно мають право на застосування захисного заходу щодо конкретного товару, але виключно у випадку, якщо такий товар імпортується на його територію у такій збільшеній кількості в абсолютному чи відносному вигляді до вітчизняного виробництва та на таких умовах, що завдає серйозної шкоди або створює загрозу її завдання галузі вітчизняного виробництва аналогічних або безпосередньо конкуруючих товарів.

При цьому можна звернути увагу на певну особливість, яка полягає у тому, що при застосуванні захисного заходу митним союзом як єдиним суб'єктом всі вимоги щодо визначення серйозної шкоди (або її загрози) повинні ґрунтуватись на умовах, що існують у митному союзі.

Відповідно до ст. 1 Угоди Митного союзу під матеріальною розуміється підтверджене доказами погіршення становища галузі економіки, яке виражається у економічній та соціальній площинах – скороченні обсягу виробництва аналогічного товару, зменшенні обсягу його реалізації, зниженні рентабельності виробництва, а також у негативному впливі на товарні запаси, зайнятість, рівень заробітної плати у даній галузі, рівень інвестицій тощо. У свою чергу, шкода визнається серйозною у випадку суттєвого погіршення виробничого, торговельного та фінансового становища галузі економіки, яке виражається у загальному погіршенні ситуації, пов'язаної з виробництвом аналогічного або безпосередньо конкуруючого товару.

Оскільки захисний захід може бути застосований також у випадку загрози серйозної шкоди, зазначимо, що в Угоді Митного союзу міститься офіційне автентичне тлумачення понять «загроза завдання матеріальної шкоди галузі економіки» як підтверджена доказами невідворотність вчинення такої шкоди та «загроза вчинення серйозної шкоди галузі економіки» як підтверджена доказами невідворотність її вчинення.

Незважаючи на те, що у Додатку 6 до Договору про зону вільної торгівлі держав СНД використовується категорія «промисловість Митного союзу», для понятійного апарату угод Митного союзу, у тому числі щодо застосування спеціальних захисних заходів, більш характерною є інша категорія – «галузь економіки». При цьому під галуззю економіки розуміються усі виробники аналогічного або безпосередньо конкуруючого товару або ті з них, частка яких у загальному обсязі виробництва відповідного товару складає суттєву частку, але не менше двадцяти п'яти відсотків.

Росією прогнозується, що після початку функціонування поглибленої всеосяжної зони вільної торгівлі України та Європейського Союзу суттєво зросте обсяг імпорту, по-перше, українських товарів, які є менш конкурентоздатними порівняно з товарами з ЄС, по-друге, безпосередньо європейських товарів, які імпортуватимуться під виглядом українських. У даному контексті ключовим у правовій

площині є системи норм щодо правил визначення походження товарів, які містяться як у спеціальній угоді СОТ, так і Договорі про зону вільної торгівлі держав СНД, бланкетна норма якого, яка закріплена у п. 1 ст. 4, відсилає до Правил визначення країни походження товарів, що є невід'ємною частиною ратифікованої Україною Угоди про Правила визначення країни походження товарів у Співдружності Незалежних Держав від 20 листопада 2009 р [8].

Отже, відповідно до розділу 2 зазначених Правил товари вважатимуться походженням з України, якщо вони, насамперед, повністю вироблені на її території.

У тому випадку, якщо у виробництві товару, який підлягатиме подальшому імпорту на митну територію Росії з території України, братимуть участь суб'єкти підприємництва з держав-учасниць ЄС та України, ключового значення набуватиме критерій достатньої обробки чи переробки. При цьому товар вважатиметься таким, що походить з України, якщо на її території він був підданий останній суттєвій обробці чи переробці, достатній для надання товару його характерних якостей. Критерій достатньої обробки/переробки може виражатись через виконання таких умов:

- 1) зміну позиції за Товарною номенклатурою зовнішньоекономічної діяльності на рівні хоча б одного з перших чотирьох знаків, що вважається основною умовою зазначеного критерію;
- 2) виконання необхідних умов, виробничих та технологічних операцій, при виконанні яких товар вважається як такий, що походить з території тієї країни, на території якої ці операції мали місце;
- 3) дотримання правила авалорної частки, коли вартість використаних матеріалів іноземного походження досягає певної фіксованої частки у відсотках у ціні кінцевої продукції.

У правових механізмах – спеціальному, передбаченому в Додатку № 6 до Договору про зону вільної торгівлі щодо зміни зовнішньоторговельного режиму, та загальному відповідно до Угоди Митного союзу щодо захисних заходів можна виявити як спільні, так відмінні риси.

До спільних можна віднести: по-перше, підставу запровадження – непропорційне зростання імпорту, по-друге, наслідки – завдання або загроза завдання шкоди певній галузі промисловості, по-третє, мету – захист інтересів національних товаровиробників.

Для виявлення ключових відмінних рис необхідно виходити з того, що спеціальні захисні заходи підлягають застосуванню: 1) щодо конкретного імпортованого товару; 2) на тимчасовій основі (на період, як правило, до 4 років, а у випадку обґрунтованої пролонгації цей період не може перевищувати 8 років); 3) на нетарифній основі – шляхом введення кількісних обмежень через запровадження імпоротної квоти або на тарифній – через введення спеціального мита, у тому числі спеціального попереднього мита.

У контексті щойно наведеного необхідно акцентувати увагу на особливостях змісту зазначеного Додатку, які полягають у тому, що скасування преференційного режиму та запровадження режиму найбільшого сприяння стосуватиметься усього товарного імпорту, щодо якого не передбачаються будь-які часові межі, при тому, що не йдеться ні про імпортні квоти, ні про введення спеціального мита.

На думку урядового уповноваженого з питань європейської інтеграції В. П'ятницького, ситуація певним чином ускладнюється тим, що відсутня чітко виписана процедура застосування Додатку № 6 до Договору про зону вільної торгівлі СНД, яким має намір скористатись Росія щодо України для підвищення мита після підписання Угоди про асоціацію з Європейським Союзом з наступним створенням ЗВТ [9].

Виходячи зі змісту п. 1 ст. 18 Договору про зону вільної торгівлі держав СНД, він не створює юридичних перешкод для участі України в інших угодах про вільну торгівлю відповідно, зокрема, до ст. XXIV ГАТТ-94. Отже, цілком зрозумілою та правомірною можна було б вважати позицію Уряду Росії щодо захисту внутрішнього ринку через застосування спеціальних захисних заходів у випадку такого непропорційного зростання імпорту українських товарів, які б загрожували її виробникам аналогічних або безпосередньо конкуруючих товарів. Принципово в іншій, юридично некоректній площині перебуває рішення Уряду Росії, яким зміна зовнішньоторговельного режиму щодо товарів іншого члена СОТ – України поставлена у безпосередню залежність від належного виконання міжнародно-правових зобов'язань за економічною частиною Угоди про асоціацію з ЄС. Відповідно, такий підхід прямо суперечить змісту норми, закріпленої у ч. 1 ст. 18 Договору.

Оскільки Україною, безумовно, здійснюватимуться заходи з імплементації економічної частини Угоди про асоціацію з ЄС, навіть немає потреби застосовувати методологію правового прогнозування для передбачення того, чи набере чинність постанова Уряду Росії, питання лише у конкретній даті, що не є у даній ситуації принциповим аспектом. Більш вагомим є невідповідність норм цієї постанови нормам Конституції РФ, зокрема ч. 4 ст. 15, в якій закріплено примат норм міжнародних договорів, у даному випадку Договору про зону вільної торгівлі держав СНД, над нормами нормативно-правових актів Росії.

Поряд з цим у більш широкому контексті маємо констатувати, що якщо Росією щодо України відверто порушуються фундаментальні принципи міжнародного права, закріплені у Статуті ООН, Декларації про принципи міжнародного права, прийнятій Генеральною Асамблеєю ООН 1975 р., Заключному акті Ради з безпеки та співробітництва в Європі – принцип непорушності кордонів,

територіальної цілісності, невтручання, незастосування сили або загрози сили, то питання відповідності своїх законів і підзаконних актів власній Конституції у зовнішньоторговельній сфері набуває характеру суто риторичних.

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити такий основний висновок, сутність якого полягає у тому, що високо імовірно скасування для українських товарів преференційного режиму доступу на російський ринок призведе до погіршення умов ведення зовнішньоторговельної діяльності, що, однак, не носитиме катастрофічного характеру. Це обумовлюватиметься тим, що захист національних товаровиробників РФ від зростаючого імпорту здійснюватиметься Росією не через запровадження кількісних обмежень, які визнаються заходами, що мають абсолютно руйнівний характер для міжнародної торгівлі позаяк суб'єктивно експортерами не можуть бути подолані. Такий захист натомість здійснюватиметься шляхом повернення до режиму найбільшого сприяння щодо нарахування та стягнення мит з українських товарів, що конститує один із основних принципів СОТ щодо найбільш сприятливої нації та вимагатиме підвищення конкурентоздатності таких товарів, що значною мірою перебуває у сфері компетенції вітчизняних експортерів.

У Програмі діяльності Уряду України, схваленій постановою Верховної Ради України від 11 грудня 2014 р. № 26-VIII, передбачено підписання до 2018 р. угод про створення зон вільної торгівлі з низкою держав та регіональних інтеграційних об'єднань, що обумовлює доцільність проведення у подальшому досліджень механізмів правового забезпечення інтересів українських експортерів на зовнішніх ринках відповідно до норм як таких угод, так і багатосторонніх угод СОТ.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and Their Member States, of one part, and Ukraine, of the other part* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://eeas.europa.eu/ukraine/assoagreement/assoagreement-2013\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/ukraine/assoagreement/assoagreement-2013_en.htm).
2. Президент представив «Стратегію реформ – 2020». Мета реформ – членство в ЄС [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/ru/news/31289.html>.
3. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 374/2014 on the reduction or elimination of customs duties on goods originating in Ukraine 2014/0279 (COD)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/documents/com/com\\_com%282014%290597\\_/com\\_com%282014%290597\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com%282014%290597_/com_com%282014%290597_en.pdf).
4. *Постановление Правительства РФ от 19 сентября 2014 г. № 959 «О введении ввозных таможенных пошлин в отношении товаров, страной происхождения которых является Украина»* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.garant.ru/hotlaw/federal/566022/#ixzz3E2rPbmmr>.
5. *Договор о зоне свободной торговли государств СНГ* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.kmu.gov.ua/document/244693335/Dogovor-1.pdf](http://www.kmu.gov.ua/document/244693335/Dogovor-1.pdf).
6. *Соглашение о применении специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мер по отношению к третьим странам* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.tsouz.ru/DOCS/INTAGRMNTS/Pages/S\\_antidempmeri.aspx](http://www.tsouz.ru/DOCS/INTAGRMNTS/Pages/S_antidempmeri.aspx).
7. *WTO Agreement on Safeguards* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/25-safeg.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/25-safeg.pdf).
8. Пятницький В. ТС не имеет права повышать пошлины для Украины после подписания Ассоциации с ЕС [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://inpress.ua/ru/economics/18936-u-ts-net-yuridicheskogo-mekhanizma-povysheniya-poshlin-dlya-ukrainy-posle-podpisaniya-soglasheniya-ob-assotsiatsii-s-es-pyatnitskiy>.
9. Закон України «Про ратифікацію Угоди про Правила визначення країни походження товарів у Співдружності Незалежних Держав» від 06.07.2011 № 3592-VI // Голос України. – 2011. – № 142.

*The article is dedicated to the analysis of the legal risks of preferential trade treatment abolishing towards goods originated from Ukraine under the rules of Free Trade Agreement of CIS states. The issue of most-favored nation treatment providing by the Custom Union states in particular Russia is researched in the context of Association Agreement with European Union by Ukraine implementation.*

*Статья посвящена анализу правовых рисков отмены преференциального торгового режима для товаров, страной происхождения которых является Украина, в соответствии с нормами Договора о зоне свободной торговли государств СНГ. Проблема введения режима наибольшего благоприятствования изучена в контексте имплементации Украиной Соглашения об ассоциации с Европейским Союзом.*

## ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ТЕРМІНОЛОГІЇ У ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ ПОЗОВНОГО ПРОВАДЖЕННЯ З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

**Косовський Л. М.,**

*здобувач НДІ приватного права і підприємництва  
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*Стаття присвячена дослідженню деяких проблемних аспектів застосування юридичної термінології у цивільних справах позовного провадження з іноземним елементом в цивільному судочинстві України. Розроблено та запропоновано висновки щодо вдосконалення понятійного апарату цивільного процесуального законодавства.*

**Ключові слова:** іноземний елемент, цивільний процес, позовне провадження, позов, заява.

Одним з важливих питань, безпосередньо пов'язаних з проблемою визначення підсудності у приватноправових міжнародних відносинах та їх вирішенні в судовому порядку, є дотримання умов та порядку подання позову та порушення провадження у цивільній справі з іноземним елементом.

У той же час аналіз норм чинного цивільного процесуального законодавства свідчить, що юридична термінологія, яка закріплена в його нормах та застосовується в цивільному судочинстві, зокрема щодо визначення поняття «позов», «позовна заява», є неоднозначною, дозволяє поширене тлумачення й у цивільних справах з іноземним елементом, істотним чином впливає на судовий процес.

У тій чи іншій частині проблемні питання правової природи позову в позовному провадженні у цивільних справах були предметом досліджень таких вітчизняних та іноземних вчених: А. А. Демича, О. І. Євтушенко, О. В. Ісаєнкова, В. В. Комарова, М. Ю. Порохова, Т. В. Соловйова, В. І. Тertiшнікова, М. М. Ткачова, С. Я. Фурси, Ю. В. Черняка, Н. О. Чучкової, М. Й. Штефана, С. В. Щербака та ін.

Проте проблемним аспектам застосування юридичної термінології у позовному провадженні, зокрема щодо позову, зазначеними вище вченими не було приділено уваги, тому вказані аспекти потребують окремого дослідження.

Метою статті є визначення та вирішення окремих проблемних аспектів застосування юридичної термінології щодо поняття «позов», «позовна заява» у цивільних справах позовного провадження з іноземним елементом у цивільному судочинстві України.

Сучасну систему захисту прав людини у порядку позовного провадження у цивільному судочинстві пов'язують з прийняттям Генеральною Асамблеєю ООН у грудні 1948 р. Загальної декларації прав людини [7], а в листопаді 1950 р. Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [9]. Норми Конвенції закріплюють певне коло процесуальних прав особи, а саме: право на справедливий суд (ст. 6 Конвенції про захист прав людини), право на ефективний засіб юридичного захисту (ст. 13 Конвенції про захист прав людини) тощо.

Питання забезпечення цивільних прав на судовий захист у країнах СНД було узгоджено та врегульовано Конвенцією про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 р., відповідно до ст. 1 якої передбачено право на судовий захист не тільки громадян кожної із держав-учасниць Конвенції, а й інших осіб, які проживають на території договірних держав [10].

Норми згаданих конвенцій відповідно до ч. 1 ст. 9 Конституції України є частиною національного законодавства України, тому є обов'язковими для застосування при розгляді судових справ.

Право іноземних осіб на судовий захист та їх право на звернення до суду врегульовані умовами міжнародних двосторонніх договорів, зокрема договорів про надання правової допомоги, якими, в тому числі, гарантовано право громадян-нерезидентів на звернення за судовим захистом порушених прав у країні перебування або знаходження майна. Наприклад, відповідно до ст. 1 Договору між Україною та Корейською Народно-Демократичною Республікою про правову допомогу в цивільних та кримінальних справах від 13 жовтня 2003 р. громадяни однієї Договірної Сторони мають право вільно і без перешкод звертатися до суду, прокуратури, нотаріату та інших установ другої Договірної Сторони, до компетенції яких належать цивільні і кримінальні справи (далі – «установи юстиції»), порушувати клопотання, подавати позови і здійснювати інші процесуальні дії на тих самих умовах, що й громадяни цієї Договірної Сторони [5]. Аналогічна умова міститься й у ст. 1 Договору між Україною і Республікою Молдова про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 13 грудня 1993 р. [4], у ст. 1 Договору між Україною та Об'єднаними Арабськими Еміратами про взаємну правову допомогу у цивільних та комерційних справах від 26 листопада 2012 р. [6] та ін.

Частина 1 ст. 55 Конституції України передбачає, що права й свободи громадянина захищаються судом. У системі захисту прав і свобод людини ця стаття визнається стрижневою, оскільки в ній

закріплюється право на судовий захист, яке в міжнародній практиці дістало назву «право на суд» або «право на правосуддя».

Як правильно зазначає В. В. Комаров, це право за своїм статусом належить до основних конституційних прав людини і громадянина, має загальний характер і не може бути обмежене, а також виступає як загальновизнана норма і принцип міжнародного права [12, с. 11–12].

У той же час реалізація згаданого права можлива лише за умов дотримання певної процедури, передбаченої чинним процесуальним законодавством. Однією з таких процедур є відкриття судового провадження, яке є єдиним для всіх, навіть за умови наявності іноземного елемента.

Захист цивільних прав у суді у позовному порядку передбачає подання до відповідного суду позову, що в майбутньому є підставою для відкриття провадження у цивільній справі. Проте вважаємо, що чинне цивільне процесуальне законодавство внаслідок відсутності єдиної уніфікованої термінології допускає неоднозначне розуміння певних процесуальних дій та правових термінів. Це стосується й позову як правової категорії, яку в науці процесуального права вважають універсальною і придатною для використання в цивільному, кримінальному, адміністративному та інших процесах [16, с. 69].

Так, відповідно до ч. 1 ст. 122 ЦПК України суддя відкриває провадження у цивільній справі не інакше як на підставі заяви, поданої і оформленої в порядку, встановленому цим Кодексом [22].

Проте дана норма не визначає, про яку саме заяву йдеться. Безумовно, формальна логіка дозволяє дійти висновку про те, що під заявою в даному конкретному випадку законодавець розумів саме позов. Але закон для правильного його застосування не повинен оперувати незрозумілими, поширеними поняттями, а потребує точності у визначеннях.

Це особливо важливо у цивільних спорах, обтяжених іноземним елементом, оскільки для однієї зі сторін, яка не є резидентом України й не повною мірою володіє українською мовою, досить проблемно буде розуміти неоднакові юридичні терміни та оперувати ними під час судового провадження. Такі складнощі матимуть місце й з урахуванням розрізнення поняття «позов», що використовуються у цивільному процесі України та цивільних процесах інших країн, зокрема країн англосаксонської системи права.

Так, відповідно до закону Англії «Про Верховний суд» 1981 р. позов визначається як цивільне провадження, що починається судовим наказом або у інший спосіб, що передбачений правилами судочинства [11].

У той же час юриспруденція США не витрачає скільки-небудь значних зусиль на те, щоб сформулювати визначення позову або дати розгорнутий коментар цього поняття. У федеральних нормативних актах таке визначення відсутнє, ст. 2 Правил цивільного судочинства для районних судів США (Rules of Civil Procedure for the United States District Courts) 1938 р. [25] лише коротко згадує про те, що існує єдина форма позову, іменованого «цивільний позов».

Законодавство окремих штатів іде трохи далі. ЦПК Каліфорнії, дотримуючись концепції старого англосаксонського права, насамперед, формулює загальне для цивільного й кримінального процесів поняття позову: позовом є нормальне провадження у звичайних судах, за допомогою якого одна сторона переслідує іншу в судовому порядку з метою встановлення, примусового здійснення або захисту права, відшкодування збитків або попередження правопорушення або з метою кримінального покарання за здійснення злочину (§ 22) [19, с. 106].

Норма ст. 50 ЦПК Франції передбачає поняття первісний позов, тобто позов, яким учасник суперечки порушує судовий процес, пред'явивши в суді свої вимоги. Ним порушується провадження у справі. За винятком випадків, коли справа порушується шляхом заяви, що подається судді або до секретаріату суду, а також випадків порушення справи через добровільну явку сторін у суд, первісний позов пред'являється за допомогою судової повістки або шляхом подачі спільної заяви в секретаріат суду (ст. 54) [15, с. 44].

Якщо ж проаналізувати норми чинного ЦПК України, то варто звернути увагу на те, що стосовно одного й того ж явища законодавець застосовує різні терміни – «позов» (ст. 32–34, 46, 74, 80, 122, 123, 125), «позовна заява» (ст. 11<sup>1</sup>, 45, 82, 122, 124), «заява» (ст. 45, 46, 82, 115, 122), «позов (заява)» (ст. 46). Аналогічно вказана проблема присутня й у ЦПК Російської Федерації [3], й у ЦПК Республіки Білорусь [4] та в ін.

На перший погляд, у застосуванні згаданих термінів немає будь-яких негараздів і вони нібито стосуються одного й того самого явища. Але якщо зазирнути до їх правового кореня, можна побачити необґрунтованість такого твердження.

Так, чинне законодавство не містить нормативного визначення та закріплення даного правового поняття. Лише у п. 3 Порядку здійснення захисту прав та інтересів України під час урегулювання спорів, розгляду у закордонних юрисдикційних органах справ за участю іноземного суб'єкта та України, затвердженого Указом Президента України від 25.06.2002 р. № 581, зазначено, що позов України – позов (скарга, звернення) до іноземного суб'єкта, пред'явлений Україною як державою,

Президентом України, Кабінетом Міністрів України, міністерством, іншим центральним органом виконавчої влади, його посадовою особою в закордонному юрисдикційному органі [18].

За своєю правовою природою, як зазначає М. Б. Зейдер, позовом в цивільному праві є дії суб'єкта, чиє право є порушеним або оспорюваним, спрямовані на відновлення і захист цього права [8, с. 132]. В. І. Тертишніков визначає позов як матеріально-правову вимогу, звернену позивачем до відповідача через суд з метою відновлення порушеного, невизнаного або оспорюваного права, пред'явлену в установленій законом процесуальній формі [21, с. 142]. Деякі з науковців вважають, що позов – це вимога позивача до відповідача, звернена через суд, про захист прав, свобод чи інтересів, яка здійснюється в певній, визначеній законом процесуальній формі [12, с. 517].

З урахуванням згаданих визначень та припису ч. 1 ст. 122 ЦПК України позов як засіб захисту порушеного права має забезпечити виконання двох завдань: ініціювати порушення процесу та отримати захист права. Це дозволяє визначити поняття позову як засіб захисту права, який вважається особою, що звернулася до суду за захистом, порушеним або оскаржуваним, спрямований проти передбачуваного порушника і заснований на зазначеному позивачем спірному цивільному (в широкому сенсі) правовідношенні.

Позов – це вольова дія учасника процесуальних правовідносин, яка вважає свої права та законні інтереси порушеними або оспорюваними. В той же час така дія повинна бути виражена у певній формі, якою є позовна заява. Дана позиція була розвинута радянським вченим минулого століття А. Г. Гойхбаргом, який визначає позов як вимогу, здійснення або визнання якої домагається позивач у своєму зверненні до суду. При цьому він конкретизує, що позовом у законі найчастіше називається й сама позовна заява (усне або письмове звернення) [1, с. 133]. Також знак рівності між позовом і позовною заявою й пізніше ставився в працях учених-правознавців [22, с. 105].

У той же час до несудового юрисдикційного органу можна подавати заяву, скаргу, але не позовну заяву. Невипадково процесуалісти до числа суб'єктивних передумов відкриття судочинства відносили поряд з твердженням одного з учасників цивільних правовідносин про наявність між ним і відповідачем правового зв'язку і спору, внесення даного спору зацікавленою особою на розгляд суду шляхом подання позовної заяви [20, с. 10–11].

Розкриваючи дану тезу, Є. М. Мурадян наполягає на тому, що предметом судових звернень є саме правові питання, в той час як предметом несудових звернень – і юридичні, і неюридичні питання, або не тільки питання права і його застосування [14, с. 6].

Правова позиція зазначених правників підкріплюється й нормами чинного законодавства. Так, відповідно до ч. 3 ст. 3 Закону України «Про звернення громадян» заявою (клопотанням) є звернення громадян із проханням про сприяння реалізації закріплених Конституцією та чинним законодавством їх прав та інтересів або повідомлення про порушення чинного законодавства чи недоліки в діяльності підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, народних депутатів України, депутатів місцевих рад, посадових осіб, а також висловлення думки щодо поліпшення їх діяльності. Клопотання – письмове звернення з проханням про визнання за особою відповідного статусу, прав чи свобод тощо [17].

Чинний ЦПК України, зокрема норма ч. 2 ст. 11, поділяє процесуальні документи за їх природою на позовні заяви, скарги, подання та інші передбачені законом процесуальні документи, що подаються до суду і можуть бути предметом судового розгляду. Згідно з п. 1.5 Положення про автоматизовану систему документообігу суду, затвердженого Рішенням Ради суддів України від 26 листопада 2010 р. № 30, вирізняє передбачені законом процесуальні документи, судові справи, матеріали кримінального провадження, скарги, заяви, клопотання, звернення тощо [24].

Згадане дозволяє дійти висновку, що подання позову саме в формі позовної заяви, тобто в особливій формі процесуальних звернень до суду, і є тією правовою підставою, що ініціює відкриття провадження у цивільній справі і відокремлює даний процесуальний документ від інших процесуальних та непроцесуальних документів.

Позовна заява має певні ознаки, що відокремлюють її від інших документів. По-перше, це процесуальний документ, тобто документ, складений з додержанням вимог, передбачених цивільним процесуальним законодавством.

По-друге, це офіційне звернення особи, яка вважає своє право порушеним або оспорюваним, до суду.

По-третє, це документ, який складений у письмовій формі.

По-четверте, це звернення-вимога (звернення) матеріально-правового характеру, що містить прохання про захист та відновлення порушеного, невизнаного, оспорюваного права, охоронюваного законом інтересу чи свободи саме в судовому порядку.

По-п'яте, це юридичний факт, що породжує охоронне правовідношення [13, с. 8] шляхом відкриття провадження.

Тобто позовною заявою у цивільному судочинстві України, зокрема й у справах з іноземним елементом, є процесуальний документ, складений з додержанням вимог, передбачених цивільним

процесуальним законодавством у письмовій формі, що містить офіційну вимогу (звернення) матеріально-правового характеру особи, яка вважає своє право порушеним або оспорюваним, з проханням про захист та відновлення порушеного, невизнаного, оспорюваного права, охоронюваного законом інтересу чи свободи саме в судовому порядку, і яке породжує охоронне правовідношення шляхом відкриття провадження.

Тому вважаємо за доцільне запропонувати введення до понятійного апарату цивільного процесуального права і нормативного закріплення у ЦПК України одного універсального поняття «позовна заява», що регулює будь-які дії, що пов'язані саме з позовом.

Викладені обставини дозволяють нам дійти таких висновків. Позовною заявою у цивільному судочинстві України, зокрема й у справах з іноземним елементом, є процесуальний документ, складений з додержанням вимог, передбачених цивільним процесуальним законодавством, у письмовій формі, що містить офіційну вимогу (звернення) матеріально-правового характеру особи, яка вважає своє право порушеним або оспорюваним, з проханням про відновлення порушеного, невизнаного, оспорюваного права, охоронюваного законом інтересу чи свободи саме в судовому порядку, і яке породжує охоронне правовідношення шляхом відкриття провадження.

Вважаємо доцільним введення до понятійного апарату цивільного процесуального права і нормативного закріплення у ЦПК України одного універсального поняття «позовна заява», що регулює будь-які дії, пов'язані саме з позовом як процесуальним документом.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Гойхбарг А. Г.* Курс гражданского процесса / А. Г. Гойхбарг. – М.; Л., 1928. – 317 с.
2. *Гражданский* процессуальный кодекс Республики Беларусь от 11.01.1999 г. № 238–3 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 17.03.1999 г. – № 18–19. – 2/13.
3. *Гражданский* процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 г. № 138-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 18.11.2002. – № 46. – Ст. 4532.
4. *Договір* між Україною і Республікою Молдова про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 13.12.1993 р. // Офіційний вісник України. – 2006. – № 47 (04.12.2006). – Ст. 3171.
5. *Договір* між Україною та Корейською Народно-Демократичною Республікою про правову допомогу в цивільних та кримінальних справах від 13.10.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2006. – № 31 (16.08.2006). – Ст. 2288.
6. *Договір* між Україною та Об'єднаними Арабськими Еміратами про взаємну правову допомогу у цивільних та комерційних справах від 26.11.2012 р. // Офіційний вісник України. – 2014. – № 18 (07.03.2014). – Ст. 572.
7. *Загальна* декларація прав людини від 10.12.1948 р. // Офіційний вісник України. – 2008. – № 93. – С. 3103.
8. *Зейдер Н. Б.* Элементы иска в советском гражданском процессе // Ученые записки Харьковского юридического института. – Саратов, 1959. – Вып. VII. – С. 132–134.
9. *Конвенція* про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. // Офіційний Вісник України. – 2006. – № 32. – С. 3371.
10. *Конвенція* про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22.01.1993 р. // Офіційний вісник України. – 2005. – № 44. – С. 2824.
11. *Кудрявцева Е. В.* Обсуждение проекта нового Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации // Е. В. Кудрявцева / Юридический вестник. – 1995. – № 20, 21.
12. *Курс* цивільного процесу: [підруч.] / [В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін.] / За ред. В. В. Комарова. – Х.: Право, 2011. – 1352 с.
13. *Машутина Ж. Н.* Судебная защита и соотношение материального и процессуального // Ж. Н. Машутина: автореф. дис. канд. юрид. наук. – Томск, 1972. – 20 с.
14. *Мурадян Е. М.* Ходатайство, заявления и жалобы (обращение в суд) / Е. М. Мурадян. – СПб. : «Юридический центр Пресс», 2008. – 446 с.
15. *Новый* гражданский процессуальный кодекс Франции / Пер. с франц. В. Захватаев / Предисловие А. Довгерт, В. Захватаев. / От. ред. А. Довгерт. – К.: Истина, 2004. – 544 с.
16. *Полянский Н. Н.* Проблемы судебного права / Н. Н. Полянский., М. С. Строгович, В. М. Савицкий, А. А. Мельников. – М.: Наука, 1983. – 219 с.
17. *Закон України* «Про звернення громадян» від 02.10.1996 р. // Голос України. – 1996. – № 199.
18. *Указ Президента України* «Про Порядок здійснення захисту прав та інтересів України під час урегулювання спорів, розгляду у закордонних юрисдикційних органах справ за участю іноземного суб'єкта та України» від 25.06.2002 р. № 581 // Офіційний вісник України. – 2002. – № 26. – Ст. 1231.
19. *Пучинский В. К.* Гражданский процесс США / В. К. Пучинский. – М.: Издательство «Наука», 1979. – 145 с.

20. Пушкаръ Е. Г. Исковое производство в советском гражданском процессе (процессуальные последствия возбуждения дел) / Е. Г. Пушкаръ. – Львов, Вища школа. – 1978. – 199 с.
21. Тertiшніков В. І. Цивільний процес України: навч.-практ. посіб. / В. І. Тertiшніков. – Вид. 4-е доп. і переробл. – Х.: Вид-во «Юрайт», 2012. – 424 с.
22. Филиппов П. М. Судебная защита и правосудие в СССР / П. М. Филиппов / Науч. ред.: В. И. Коломыцев. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1987. – 182 с.
23. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // Офіційний вісник України. – 2004. – № 16 (07.05.2004). – Ст. 1088.
24. Рішення Ради суддів України «Щодо Положення про автоматизовану систему документообігу суду» від 26.11.2010 р. № 30 // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – № 12.
25. Rules of Civil Procedure for the United States District Courts: Hearing Before a Subcommittee...on S.J. Res. 281 ...April 18, 1938, May 18, 1938.

*The article is devoted to some of the problematic aspects of the use of terminology in civil cases action proceedings with a foreign element in civil proceedings of Ukraine. Developed and conclusions the suggestion for improving the conceptual apparatus of civil procedure.*

*Статья посвящена исследованию некоторых проблемных аспектов использования юридической терминологии в гражданских делах искового исполнения с иностранным элементом в гражданском судопроизводстве Украины. Разработаны и предложены выводы по усовершенствованию понятийного аппарата гражданского процессуального законодательства.*

**НАУКОВЕ ФАХОВЕ ВИДАННЯ**

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

# **ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО**

*Збірник наукових праць*

Випуск 14, 2015

Редактори **А. М. Шадріна, І. А. Янчук**

Оригінал-макет **С. В. Максименко**

Художнє оформлення та дизайн обкладинки **С. В. Максименко**

Підписано до друку 25. 03. 2015 р. Зам. № 15-004 Формат 60х84/8 Гарн. Times New Roman  
Офс. друк. Папір офс. № 1 Умови, друк. арк. 21.5 Тираж 300 прим.

Свідоцтво про державну реєстрацію  
друкованого засобу масової інформації  
серія КВ № 3926 від 29. 12. 1999

Надруковано на ДУВПП «Бендерська друкарня «Поліграфіст»  
3200, м. Бендери, вул. Пушкіна, 52