

e-ISSN 2310-323X

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО УКРАЇНИ

Заснований Видається
у 1922 р. щомісячно

Свідоцтво про державну реєстрацію Передплатний індекс
Серія КВ № 23026-12866ПР 74424

Адреса редакції Головний редактор
вул. Багговутівська, 17–21 доктор юридичних наук, професор,
м. Київ, 04107, Україна академік НАПрН України
тел.: +380(44) 537-51-10 ОЛЕКСАНДР СВЯТОЦЬКИЙ

Веб-сайт: <http://www.pravoua.com.ua> Голова Редакційної ради
E-mail: editor.pravoua@gmail.com доктор юридичних наук, професор,
Офіційна сторінка у Facebook: член-кореспондент НАПрН України
<https://www.facebook.com/pravoua.com.ua> РУСЛАН СТЕФАНЧУК

Юридичний журнал “Право України” внесено до:

Переліку наукових фахових видань у галузі юридичних наук
(наказ Міністерства освіти і науки України від 28 грудня 2017 р. № 1714)

Міжнародної наукометричної бази даних EBSCO Publishing, Inc. (США)
(Ліцензійні угоди від 16 травня 2013 р. та 1 травня 2015 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних Index Copernicus International (Польща)
(листопад 2014 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline (США)
(Ліцензійна угода від 11 січня 2016 р.)

Видавець
© Юридичне видавництво “Право України”



РАДА ПОЧЕСНИХ ЧЛЕНІВ *HONORIS CAUSA*

Співголови Ради

Василь ТАЦЙ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Юрій ШЕМШУЧЕНКО, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Вільям БАТЛЕР (WILLIAM BUTLER), Doctor of Law (LL.D.), Prof., Foreign Member of NAS of Ukraine, NALS of Ukraine (USA)

Члени Ради

Юрій БИТЯК, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Вячеслав БОРИСОВ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ГОНЧАРЕНКО, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ДЕНИСОВ, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; МИКОЛА КОЗЮБРА, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр КРУПЧАН, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олена ЛУКАШЕВА, д-р юрид. наук, чл.-кор. РАН (Росія); Василь НОР, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Юрій ОБОРОТОВ, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Віталій ОПРИШКО, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України; МИКОЛА ПАНОВ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ДМИТРО ПРИТИКА, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ПЕТРО РАБІНОВИЧ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; АНАТОЛІЙ СЕЛІВАНОВ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; МИКОЛА СЕЛІВОН, канд. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь СІРЕНКО, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; МАЙДАН СУЛЕЙМЕНОВ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан; ІВАН ТИМЧЕНКО, канд. юрид. наук, старш. наук. співроб., акад. НАПрН України; Володимир ТИХИЙ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ШАПОВАЛ, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України

РЕДАКЦІЙНА РАДА

Олександр Святицький (головний редактор), д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Руслан Стефанчук (голова), д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ірина Венедіктова (перш. заст. голови), д-р юрид. наук, проф.; Олег Посикалюк (перш. заст. головного редактора), канд. юрид. наук, доц.; Тетяна Коломоець (заст. головного редактора), д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вікторія Рєзнікова (заст. головного редактора), д-р юрид. наук, проф.; Юрій Галаєвський (заст. головного редактора), засл. юрист України; Наталя Антонюк, канд. юрид. наук., доц.; Юрген Базедов (JÜRGEN BASEDOW), Dr. iur., Dr. iur. h.c. mult, Prof. (Germany); Віктор Базов, канд. юрид. наук; Сергій Балашенко, д-р юрид. наук, проф. (Білорусь); Крістіан фон Бар (CHRISTIAN VON BAR), Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA (Germany); Юрій Барабаш, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН

України; Олександр Батанов, д-р юрид. наук, проф.; Юрій Баулін, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Бевзенко, д-р юрид. наук, проф.; Назар Бобечко, д-р юрид. наук, доц.; Антоніна Бобкова, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Андрій Бойко, д-р юрид. наук, проф.; Ігор Бойко, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Брьостл (OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); Володимир Бурдін, д-р юрид. наук, проф.; Ганна Буяджи, канд. юрид. наук; Валентина Васильєва, д-р юрид. наук, проф.; Марсело Галуппо (MARCELO GALUPPO), Ph.D. in Law, Prof. (Brazil); Данило Гетманцев, д-р юрид. наук, проф.; Анатолій Гетьман, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Головатий, д-р юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Віктор Гришук, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Гудима, канд. юрид. наук., доц.; Борис Гулько, засл. юрист України; Наталя Гуторова, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Довгерт, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Дроздов, канд. юрид. наук, доц.; Віктор Єрмолаєв, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Журавель, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро Задихайло, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Алєв Амір Ібрагім, д-р юрид. наук, проф. (Азербайджан); Тетяна Кагановська, д-р юрид. наук, проф.; Іван Калаур, д-р юрид. наук, проф.; Оксана Капліна, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ніна Карпачова, канд. юрид. наук, доц.; Василь Кисіль, д-р юрид. наук, проф.; Олена Кібенко, д-р юрид. наук, доц.; Віктор Колісник, д-р юрид. наук, проф.; Анатолій Колодій, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вячеслав Комаров, канд. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Тетяна Корнякова, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Костенко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олексій Кот, д-р юрид. наук; Олена Кохановська, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Станіслав Кравченко; Володимир Кравчук, д-р юрид. наук, проф.; Олексій Кресін, д-р юрид. наук, старш. наук. співроб., доц.; Наталя Кузнєцова, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Павло Кулинич, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Кучерявенко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ірина Куян, д-р юрид. наук, старш. наук. співроб.; Ярослав Лазур, д-р юрид. наук, доц.; Василь Лемак, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Леонід Лобойко, д-р юрид. наук, проф.; Дмитро Лук'янов, д-р юрид. наук, доц., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Луспенник, канд. юрид. наук., доц.; Богдан Львов, канд. юрид. наук; Роман Майданик, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Максимов, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Андрій Мелешевич, д-р філософії (Ph.D.), доц.; Роман Мельник, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Мережко, д-р юрид. наук, проф.; Лідія Москвич, д-р юрид. наук, проф.; Анатолій Музика, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталя Онщенко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олеся Отраднава, д-р юрид. наук, доц.; Наталя Пархоменко, д-р юрид. наук, проф.; Петро Пацурківський, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Петришин, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Роман Петров, д-р юрид. наук, проф.; Пилип Пилипенко, д-р юрид. наук, проф.;

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

Микола Погорецький, д-р юрид. наук, проф.; Сергій Погрівний, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олег Подцерковний, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Юрій Притика, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Прокопенко, канд. юрид. наук.; Наталя Рассказова, канд. юрид. наук., доц. (Росія); Михайло Савчин, д-р юрид. наук, проф.; Ирина Сенюта, д-р юрид. наук, доц.; Светлана Сербогіна, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Скрипнюк, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ігор Сліденко, д-р юрид. наук; Ксенія Смирнова, д-р юрид. наук, доц.; Михайло Смокович, д-р юрид. наук; Марина Стефанчук, д-р юрид. наук; Микола Стефанчук, канд. юрид. наук, доц.; Семен Стеценко, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Хирохіде Такікава, (HiRONIDE TAKIKAWA), Prof. (Japan); Михайло Теплюк, д-р юрид. наук; Олег Ткачук, д-р юрид. наук, доц.; Вячеслав Труба, канд. юрид. наук, проф.; Спиридон Флогатіс (SPYRIDON FLOGATIS), Ph.D. in Law, Prof. (Greece); Джабір Халілов, канд. юрид. наук., доц. (Азербайджан); Євген Харитонов, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталя Хуторян, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Галія Чанишева, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Чирич (OLEKSANDR CIRIC), Doctor of Law, Prof. (Serbia); Станіслав Шевчук, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Валерій Шепітько, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Михайло Шумило, д-р юрид. наук, старш. наук. співроб.; Олексій Ющик, д-р юрид. наук, проф.; Ячіко Ямада (YASHIKO YAMADA) Prof. (Japan); Олександра Яновська, д-р юрид. наук, проф.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ

Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара; Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ; Донецький національний університет імені Василя Стуса; Національна академія прокуратури України; Національний університет “Кієво-Могилянська академія”; Національний університет “Острозька академія”; НТУУ “Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського”; Одеський державний університет внутрішніх справ; Одеський національний університет імені І. І. Мечникова; Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника; Ужгородський національний університет; Харківський національний університет внутрішніх справ

ПАРТНЕРИ

АО “Адвокатська компанія ‘Кайрос’”; ГО “Ліга професорів права”; ГО “Союз юристів України”; Юридичний портал *Ratio Decidendi*; Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України; Морська арбітражна комісія при Торгово-промисловій палаті України

ЗМІСТ

Актуальна тема номера:

“НАЦІОНАЛЬНА ДОКТРИНА ПРИВАТНОГО ПРАВА:
СИСТЕМА ПРИВАТНОГО ПРАВА, РОЗВИТОК ОСНОВНИХ ІНСТИТУТІВ”

ВСТУПНЕ СЛОВО..... 11

I. Договірне регулювання у приватному праві

ВАЛЕНТИНА ВАСИЛЬЄВА

Проблеми регулювання цивільно-правового договору:
теоретичні та практичні аспекти 14

ОЛЕКСАНДР КРУПЧАН, АНДРІЙ ГРИНЯК, МАР’ЯНА ПЛЕНЮК

Договірне регулювання приватноправових відносин
в умовах євроінтеграційних процесів в Україні 25

НАТАЛІЯ ФЕДОРЧЕНКО

Договірні зобов’язання з надання послуг у вітчизняному праві:
розвиток та перспективи 44

ROLF KNIEPER

Das konzept der handlungsfreiheit im ukrainischen
und deutschen zivilrecht 60

ІВАН КАЛАУР, ГАННА СТАХИРА

Відповідальність сторін за порушення договірних зобов’язань
із постачання цифрового контенту 77

II. Проблеми спадкового права

СЕРГІЙ ПОГРІБНИЙ

Задоволення вимог кредитора спадкоємцями боржника
за грошовими зобов’язаннями:
обрання ефективного способу судового захисту 91

СВІТЛАНА БИЧКОВА

Визнання спадщини відумерлою:
новелізація правового інституту за останні 15 років..... 107

III. Взаємодія сегментів нормативно-правового регулювання у сфері приватного права

ТЕТЯНА БОДНАР

Проблеми застосування норм Цивільного кодексу України
та інших нормативно-правових актів
до регулювання сімейних відносин 119

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 2 • 5-7

ПРАВО

УКРАЇНИ

ЗМІСТ

ВАЛЕНТИНА БОРИСОВА Проблемні питання форм сімейного влаштування дитини, що залишилася без батьківського піклування, за законодавством України.....	133
Микола Іншин, Олег Ярошенко Система джерел трудового права України: проблема гармонійного поєднання приватного і публічного	148
Юрій Притика, Наталя Василина Розвиток приватних засад у цивільному процесі.....	162
<i>IV. Доктрина приватного права у зарубіжних країнах та Європейському Союзі</i>	
МАЙДАН СУЛЕЙМЕНОВ Доктрина приватного права у Казахстані: становлення, проблеми, перспективи розвитку	175
СЕРДЖИУ БЕЕШУ Правова природа володіння.....	196
ФРИДЕРИК ЦОЛЬ, ЛЮДМИЛА САВАНЕЦЬ Академічний проект директиви про посередницькі он-лайн платформи – новий законодавчий інструмент договірного права Європейського Союзу.....	207
БЕНЕДІКТ ФОВАРК-КОССОН Історія реформи французького договірного права	216
Висновки та рекомендації з актуальної теми	226
ВИБРАНА БІБЛОГРАФІЯ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ: “Національна доктрина приватного права: система приватного права, розвиток основних інститутів”.....	235

ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

МАРКІАН БЕМ, ІВАН ГОРОДИСЬКИЙ Відповідальність за порушення законодавства про захист персональних даних: проблеми відповідності законодавства України вимогам регламенту Європейського Союзу щодо захисту персональних даних (GDPR).....	237
--	-----

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

ОЛЕКСАНДР ОБODOВСЬКИЙ Про застосування статей про кримінальну відповідальність за бандитизм та за створення злочинної організації.....	256
--	-----

СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ

АРТЕМ ДАНИЛОВ
Контроль арбітражного керуючого за задоволенням вимог кредиторів
за зобов'язаннями, на які не поширюється дія мораторію. 274

РЕЦЕНЗІЇ

ВІКТОР ГОРОДОВЕНКО
Міжгалузеве дослідження проблем судового захисту
публічних інтересів – актуальний напрям розвитку
інтегративної юриспруденції. 26

RATIO DECIDENDI – НОВЕЛИ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Практика Європейського суду з прав людини

Витяг із рішення Європейського суду з прав людини
від 24 листопада 2011 р.
у справі “Загородній проти України” 290

Правові позиції Верховного Суду

Господарська юрисдикція

Про предметну юрисдикцію спору за позовом
про стягнення надмірно сплачених митних платежів. 293

Актуальна тема наступного номера:
“НАЦІОНАЛЬНА ДОКТРИНА ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА”

TABLE OF CONTENTS

Central Topic of the Issue:

“THE NATIONAL DOCTRINE OF PRIVATE LAW:

THE SYSTEM OF PRIVATE LAW, DEVELOPMENT OF MAIN INSTITUTIONS”

INTRODUCTORY WORD..... 11

I. Contractual Regulation in Private Law

VALENTYNA VASILYEVA

Regulating a Civil-Law Contract: Theoretical and Practical Aspects..... 14

OLEKSANDR KRUPCHAN, HRUNIAK ANDRII, MARIANA PLENIUK

Contractual Regulation of Private-Law Relations
in the Context of the European Integration Processes in Ukraine..... 25

NATALIIA FEDORCHENKO

Contractual Obligations of Service Delivery in National Law:
Development and Prospects 44

ROLF KNIEPER

The Concept of Freedom of Action in the Ukrainian
and German Civil Law..... 60

IVAN KALAU, HANNA STAKHYRA

Liability of the Parties for Breach of Contractual Obligations
of Digital Content Supply 77

II. Issues of Inheritance Law

SERHII POHRIBNYI

Satisfaction of Creditor’s Claims by Heirs of the Debtor
under Monetary Obligations: Selecting an Efficient Judicial Remedy..... 91

SVITLANA BYCHKOVA

Recognition of Escheat Estate: Novelization of This Legal Institution
over the Past 15 Years..... 107

III. Interaction of the Statutory Regulation Segments in the Private Law Domain

TETJANA BODNAR

Issues of Applying the Provisions of the Ukrainian Civil Code
and Other Legal and Regulatory Instruments
for Regulation of Family Relations..... 119

TABLE OF CONTENTS

VALENTINA BORISOVA
Topical Issues Relating to the Forms of Family-Based
Foster Care Placement of a Child Left Without Parental Care
According to the Legislation of Ukraine 133

MYKOLA INSHYN, OLEG YAROSHENKO
The System of Labor Law Sources in Ukraine:
on the Harmonious Combination of Private and Public 148

YURIY PRYTYKA, NATALIYA VASYLYNA
Development of Private Foundations in the Civil Procedure 162

IV. Private Law Doctrine in Foreign Countries and the European Union

MAYDAN SULEYMENOV
The Doctrine of Private Law in Kazakhstan:
Establishment, Challenges, Development Prospects 175

SERGIU BĂIEȘU
Legal Nature of Possession 196

FRYDERYK ZOLL , LIUDMYLA SAVANETS
The Academic Draft Directive on Online Mediation Platforms –
a New Legislative Instrument of the EU Law of Contracts 207

BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON
The French Contract Law Reform’s History 216

CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS ON THE CENTRAL TOPIC 226

SELECTED BIBLIOGRAPHY ON THE CENTRAL TOPIC
“The National Doctrine Of Private Law:
The System Of Private Law, Development Of Main Institutions” 235

INFORMATION LAW

MARKIYAN BEM, IVAN HORODYSKYI
Liability for Violation of the Personal Data Protection Legislation:
Issues of Compliance of the Ukrainian Legislation
with Requirements of the EU General Data
Protection Regulation (GDPR) 237

CRIMINAL LAW AND PROCESS

OLEXANDR OBODOVSKY
On the Application of Articles Prescribing Criminal Liability for Banditry
and for Forming of a Criminal Organization 256

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 2 • 8-10

TABLE OF CONTENTS

SECTION FOR YOUNG SCHOLARS

ARTEM DANILOV
Insolvency Officer's Control over Satisfaction of Creditors' Claims
in Respect of Moratorium Exempt Liabilities. 274

REVIEWS

VIKTOR HORODOVENKO
Intersectoral Research of Issues Relating to Judicial Protection
of Public Interests - an Important Area of Development
of Integrative Jurisprudence 286

RATIO DECIDENDI – CASE LAW NOVELS

Case Law of the European Court of Human Rights

Abstract of ECHR Judgment of November 24, 2011
in the Case of Zagorodniy v. Ukraine. 290

Legal Positions of the Supreme Court

Economic Jurisdiction

On the Subject-Matter Jurisdiction of a Dispute under the Legal Action
for Recovery of Overpaid Taxes 293

Актуальна тема номера:
“НАЦІОНАЛЬНА ДОКТРИНА ПРИВАТНОГО ПРАВА:
СИСТЕМА ПРИВАТНОГО ПРАВА,
РОЗВИТОК ОСНОВНИХ ІНСТИТУТІВ”



Наталія Кузнецова

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
професор кафедри цивільного права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка,
віце-президент – керівник Київського регіонального центру
Національної академії правових наук України

ВСТУПНЕ СЛОВО

Відновлення поділу права на публічне та приватне, історичні витоки якого йдуть від римської давнини, поставили на порядок денний важливе запитання: а чи зберігається актуальність галузевої структури правового масиву, яка за радянських часів, особливо напередодні другої кодифікації, була запропонована правовою доктриною на заміну класичної дихотомії “публічне-приватне”? Юристи старшого покоління ще зі студентської лави запам’ятали загальновідому ленінську цитату про те, що “ми нічого приватного не визнаємо, для нас все в галузі господарства є публічно-правове, а не приватне”. Вона як східна “мантра” повторювалась повсякчас, коли потрібно було звести нанівець відмінності між публічним і приватним правом.

Реанімація демократичних засад у регулюванні суспільних відносин, повернення до ринкової економіки та “відновлення у правах” усього приватного: власності, статусу особистості, ініціативи тощо, актуалізували визначення співвідношення різних підходів до побудови системи права. Дотепер спроби знайти, якщо це взагалі можливо, компроміс між існуванням двох “мегапідсистем” – публічного і приватного права та галузевою структурою права, яка передбачає його поділ на основі критеріїв предмета і метода правового регулювання, продовжують продукувати різні варіанти такого співвідношення.

Найбільш поширеним є концепт, відповідно до якого у межах об’єктивно існуючих на принципово різних засадах публічного і приватного права виділяють галузі публічно-правового спрямування (конституцій-

© Наталія Кузнецова, 2019

Наталія Кузнєцова

не, адміністративне, процесуальне право) та галузі приватноправового спрямування (цивільне, сімейне, трудове, міжнародне приватне право).

Між публічним і приватним правом не можна провести абсолютно незмінну межу (за влучним висловом Й. Покровського – “чітку демаркаційну лінію”), динамічний розвиток суспільних відносин у різних умовах вимагає певних змін у співвідношенні методів їх регулювання з огляду на засади субординації та координації. Але це загалом не змінює “обличчя” приватноправових і публічно-правових норм.

Приватне право залишається правовим масивом, заснованим на децентралізації та свободі окремих індивідів, відносини яких будуються на засадах юридичної рівності, вільного волевиявлення і майнової та організаційної автономії.

Всі відносини, які входять у сферу приватноправового регулювання, впорядковуються, виходячи із загальних принципів децентралізації. Водночас це не виключає у цій сукупності відносин наявності певних особливостей, які дають можливість структурувати правові норми, що за своєю правовою природою є приватноправовими, та виділити в приватному праві як підсистемі – цивільне, сімейне, міжнародне приватне, трудове право.

Стрижнем цієї підсистеми є цивільне право, яке формує загальні (принципові) підходи до регулювання всіх відносин приватноправової сфери. Про це свідчить ч. 1 ст. 9 Цивільного кодексу України (ЦК України), яка передбачає субсидіарне застосування норм ЦК України до відносин, що виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також трудових і сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства.

Систематизація норм цивільного права на сучасному етапі перебуває під впливом динамічного розвитку суспільних відносин – предмет цивільно-правового регулювання розширюється, норми цивільного права охоплюють своїм регулюванням нові сфери. Це, безумовно, позначається і на внутрішній (інституційній) структурі цивільного права, що обумовлює появу нових інститутів, збагачення традиційних новими конструкціями. Таким чином, відбувається добудова, а подекуди – і пербудова як окремих інститутів, так і системи цивільного права загалом.

Передусім це можна проілюструвати на прикладі корпоративних відносин, регулювання яких здійснюється не тільки нормами приватного (зокрема, і перш за все, цивільного) права, а й нормами публічного права. Це обумовлено потребою гарантування та забезпечення належного захисту прав міноритарних акціонерів (або, як інакше кажуть, – “масового інвестора”). Саме з цією метою встановлюються різні обмеження та особлива

www.pravo.ua.com.ua

регламентація при реалізації корпоративних відносин. Однак і ці обмеження й особливості регламентації не змінюють приватноправової природи самих корпоративних відносин.

Цивільне право на сучасному етапі не може залишатися таким, яким воно було в 60-ті роки минулого століття. Життя стало іншим. Чи можна собі уявити сьогодні фондовий ринок, який розвивається в уявленнях про те, що цінний папір – це обов’язково документ, який посвідчує майнове право, яке можна реалізувати не інакше, як шляхом пред’явлення цього цінного паперу. У сучасних умовах практично весь обіг цінних паперів здійснюється у бездокументарній формі і мало кого дивує формулювання “запис на рахунку”. Можна говорити і про реалізацію вексельного обігу, у зв’язку з чим заслуговують на увагу вексельні угоди та інші цивільно-правові аспекти вексельних правовідносин.

Говорячи про динаміку предмета цивільного права, не можна не згадати про особисті немайнові відносини, які отримали в ЦК України новий статус.

Все це свідчить про те, що розвиток цивільного права в умовах демократизації суспільних процесів, розбудови громадянського суспільства та зміцнення засад правової держави Україна є вагомим поштовхом для подальшого розвитку національної доктрини приватного права.

I. Договірне регулювання у приватному праві



Валентина Васильєва

доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
завідувач кафедри цивільного права,
директор Навчально-наукового юридичного інституту
ДВНЗ “Прикарпатський національний університет
імені Василя Стефаника”
(м. Івано-Франківськ, Україна)
lawyer.vasilyeva@yahoo.com

УДК 347.453

ПРОБЛЕМИ РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ

АНОТАЦІЯ. Учасники цивільного обороту наділені правом укладати договори, які, без сумніву, є регуляторами суспільних відносин. Саме завдяки договору реалізуються і втілюються в життя ті цілі та інтереси, яких хотіли досягти сторони. Одним із принципів договірної права є свобода договору, яка надає можливість врегулювати відносини між сторонами на власний розсуд. Проте вагоме значення має саме нормативне регулювання окремих аспектів договору, яке, на жаль, не є досконалим. Тому виникає необхідність внесення змін до чинного цивільного законодавства і, передусім, Цивільного кодексу України (ЦК України).

Метою статті є дослідження проблемних аспектів регулювання цивільно-правового договору.

Наголошується на необхідності закріплення у ЦК України окремого підрозділу “Договірні зобов’язання” та виведенні загальних положень про договори у цій частині ЦК України, що поставить крапку у дискусії щодо багатоаспектного характеру договору. Саме тут буде місце для розмежування недійсності та неукладеності договору. Недопустимою є кваліфікація неоднозначного розуміння сторонами однієї з умов договору як відсутності згоди між сторонами. Намагання законодавця врегулювати положення про окремі договірні види у спеціальних законах автономно призводить до низки проблем (неузгодженість загальних положень про договори та спеціального законодавчого регулювання; величезна кількість істотних умов договору у спеціальних законах). Дискусійним залишається закріплення у ЦК України таких договірних конструкцій, як публічний договір та договір приєднання. Нині видається можливим закріплення у законодавстві поняття “споживчий договір”. Договір як юридичний документ має відповідати усім вимогам легітимізації (зазначення сторін договору та інших реквізитів, що ідентифікують учасників, час і місце

вчинення правочину тощо). Доцільним є аналіз предмета договору за типами договорів, що заземлило б цілу низку досліджень у правореалізаційну сферу. Ставиться під сумнів вмотивованість поділу договорів на реальні та консенсуальні. Потрібно переглянути доцільність збереження закріплених у ЦК України всіх договірних видів, передусім, це стосується групи договорів щодо передачі майна в користування, тощо.

Отже, у зв'язку з наявністю низки проблемних аспектів у регулюванні цивільно-правового договору, необхідним насамперед є перегляд положень чинного ЦК України в частині договірних прав.

Ключові слова: цивільно-правовий договір; істотні умови договору; юридичний факт; регулятивність; реальні договори; консенсуальні договори.

Перманентне реформування цивільного законодавства спричинило створення великого нормативного масиву регулюючих норм, іноді безсистемних, іноді запозичених із “чужих” правових систем та не інтегрованих у національне право. Сучасний стан вітчизняного нормотворення договірних регулювань сигналізує про необхідність доктринального осмислення теоретичних основ договірних прав та ревізії усіх чинних норм, зокрема й положень Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)¹.

У цьому сенсі слід визначитися із низкою концептуальних для зазначеного інституту проблем. Передусім, це розуміння правової природи договору та кваліфікація відносин, що виникають із договору як юридичного факту. На часі ревізія системи договорів та оцінка доцільності договірних видів у чинній редакції ЦК України. Настав час визначитися із розумінням “споживчого договору” та закріпити його дефініцію. Виникають питання практичної доцільності дитохомного поділу договорів на реальні та консенсуальні тощо. Переосмислення потребує і ст. 638 ЦК України щодо кваліфікації та встановлення істотних умов договору та їх переліку у спеціальному законодавстві. Слід нормативно закріпити поняття такої категорії, як “предмет договору”; визначитися із юридичною оцінкою колізій, які з'являються, коли договір поіменований на власний розсуд, а сутність правовідносин, що виникли, є іншою; потребує нормативного реагування на рівні ЦК України низка інновацій щодо регулювання ІТ-сфери тощо.

Закріплення у ЦК України окремим підрозділом “Договірні зобов'язання” та виведення загальних положень про договори у цій частині кодексу, на нашу думку, поставили б крапку у довготривалій дискусії щодо багатоаспектного розуміння договору у праві України, а саме: договір як факт (угода); договір як зобов'язальне правовідношення; договір

¹ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 01.02.2019).

як фіксує документ. Новели ЦК України щодо свободи договору, надання можливості сторонам на власний розсуд врегульовувати відносини та положення кодексу щодо співвідношення норм договірних прав і положень договору призвели до появи серед характеристик договору ще такої ознаки, як його регулятивний характер.

Зазвичай ці питання вважають суто теоретичними. Проте така думка є хибною. Різномісні характеристики договору дають можливість вирішувати конкретні практичні завдання. Зокрема, така ознака, як регулятивність, дає відповідь на запитання щодо правомірності відступу від норм права та врегулювання відносин сторін іншим способом, або дає можливість зняти будь-яке несприйняття положень-новел, що регулюють відносини сторін, особливо у непоіменованих договорах. Коли йдеться про проблеми неукладеного договору, то підлягає оцінці договір як юридичний факт. Коли ми аналізуємо недійсність договору, то аналізуємо договір правовідношення. При наявності відступу від передбаченої законом форми договору оцінці підлягає, передусім, договір як документ.

Метою дослідження є вивчення проблемних аспектів регулювання цивільно-правового договору.

Одним із основних завдань цивільно-правового регулювання суспільних відносин ще за часів СРСР було і залишається забезпечення стабільності товарного обороту. На виконання цього завдання були спрямовані ціла низка презумпцій правомірності та обмеженість способів захисту порушеного права. Зокрема, це торкається оспорюваних правочинів, заборона ввідиції певних видів цінних паперів, вимога до виконання зобов'язання в натурі та заборона грошової компенсації взамін на виконання зобов'язання, презумпція дійсності договору, доки суд не встановить протилежне, тощо. За зазначеним проглядається спрямованість законодавця на збереження укладеного договору, особливо коли сторони його не заперечують.

Введення у предмет правового захисту, нарівні із суб'єктивним правом, охоронюваного законом інтересу, значно розширило коло потенційних осіб, які можуть поставити під сумнів добросовісність поведінки суб'єктів договору-домовленості. Йдеться про третіх осіб, які не є учасниками договірних правовідношень. Захист власного інтересу може бути вмотивованою підставою третьої сторони для порушення питання про недійсність договору. Визнання договорів недійсними у певних випадках лише відновлює формальну законність, але одночасно фактично руйнує ту чи іншу ланку цивільного обороту. Тому застосування такого способу захисту, як визнання договору недійсним, має застосовуватися

надзвичайно обережно, коли відновлення правового порядку в принципі неможливе іншими способами², або коли йдеться про захист інтересу – взагалі не застосовуватися. Велика кількість “спам-законодавства” також не сприяє непорушності договору, оскільки знаходяться положення закону, якими зацікавлена сторона може мотивувати наявність “правових вад” у договорі, поставити під сумнів його правову визначеність.

Для правозастосування важливе значення має розмежування станів визнання договору недійсним і визнання договору неукладеним. Остання конструкція не вписується у межі цивільно-правового регулювання договірних відносин, оскільки ЦК України не містить такого способу захисту цивільних прав, як визнання договору неукладеним. З огляду на це сторони (та й суд за власною ініціативою) не має права заявляти позов про визнання договору неукладеним. Інакше кажучи, рішенням суду встановлюється не факт, а відсутність факту. Крім того, слід погодитися з думкою вчених про розмежування стану недосягнення згоди за всіма істотними умовами та неоднозначне розуміння сторонами тієї чи іншої умови, яке вирішується шляхом тлумачення. Є недопустимою кваліфікація неоднозначного розуміння сторонами однієї умови договору як відсутності згоди між сторонами.

Гіпертрофоване збільшення законодавства, передусім, за економічними сферами правового регулювання, та прийняття цілої низки спеціальних законів призвело до того, що договори у конкретних сферах “починають автономне життя” без кореляції із положеннями ЦК України. Це означає, що законодавець прагне врегулювати положення про окремі договірні види у спеціальних законах автономно. Це призводить до низки проблем. Перша торкається того, що навіть загальні положення про договори та спеціальне законодавче регулювання не узгоджуються між собою. Наприклад, предмет договору про надання комунальних послуг навіть у межах одного нормативного акта визначається по-різному: або як послуги, або як роботи. І це аж ніяк не є тільки теоретичним питанням, оскільки виникають питання кваліфікації правовідносин та вибору загальних положень про певні групи договорів.

Друга проблема лежить у площині загальних положень про визнання договору як юридичного факту. Йдеться про конструювання ст. 638 ЦК України, де однією з умов укладеності договору є домовленість щодо всіх його істотних умов, які визначені в законі як такі, що узгоджуються сторонами. “Чудернацтво” законодавця тут проявляється як ніде інде.

² Є Беяневич, ‘Стабільність громадянського оборота: проблеми теорії’ в *Громадянське право: виклики часу: матеріали Міжнародної наукової конференції, присвяченої 70-літньому ювілею доктора юридических наук, професора А. Г. Диденко* (2014) 111.

Переліки істотних умов у спеціальних законах досягають 20–30 обов’язкових умов. Відбувається бездумне зарегулювання відносин, яке, окрім цілої низки колізій, нічого іншого не привносить у систему правового регулювання відповідних інститутів у країні.

Наприклад, законодавець у договорі на туристичне обслуговування істотною визнає умову про надання споживачу необхідної інформації до початку надання послуг. Хоча слід зазначити, що інтереси споживача у цій площині достатньо захищені Законом України “Про захист прав споживачів” (далі – Закон)³. Наприклад, щодо договору оренди законом визначено 11 істотних умов; щодо житлово-комунальних послуг (законодавець не поскупився) – аж 18. Така ситуація аж ніяк не впливає на стабільність майнового обороту.

Загалом важливо зрозуміти те, що встановлення законом істотних умов договору спрямоване, передусім, на збереження правової природи того чи іншого договору та забезпечення нормального цивільного обороту. До істотних умов договору за ст. 638 ЦК України віднесено: предмет; умови, визначені законом, і такі, які є необхідними для договорів цього виду; умови, які сторони самостійно визначають як істотні. Якщо стосовно перших двох груп істотних умов позиція законодавця більш-менш зрозуміла, то необхідність третьої групи пояснити важко. Спроектуювши це положення на практику укладення договору, доходимо висновку, що якщо сторони і заявлять про істотність для них тих чи інших положень майбутньої угоди, але не домовляться щодо всіх його умов, то його укладення просто не відбудеться. Який сенс виділяти таку групу істотних умов?

Досліджуючи істотні умови договорів та їхні види, не слід вільно їх тлумачити, а саме ділити на ті, які визначені законом як істотні, та істотні умови договору, які є необхідними для договорів цього виду. Виникає запитання: де визначено, які умови необхідні для договорів цього виду?

Істотні умови договору можуть встановлюватися тільки законом, а не підзаконними нормативними актами. Це положення є важливим з огляду на дещо ширше тлумачення (зокрема й судами) джерел встановлення істотних умов, а саме “законодавством”. Ця категорія включає і підзаконні нормативні акти, які перенасичені істотними умовами щодо окремих видів договорів. Важливим для розуміння загального механізму встановлення істотних умов договору є підхід, що саме вони визначають найважливіші елементи його змісту, необхідність формування яких впливає з природи того чи іншого договірної виду чи окремого договору.

³ Про захист прав споживачів: Закон України від 12 травня 1991 р. № 1023-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12>> (дата звернення: 01.02.2019).

Слід звернути увагу на те, що істотні умови договору не можуть встановлюватися законодавцем необґрунтовано, всупереч сутності певних видів договорів. Утім, іноді законодавець йде іншим шляхом, коли в окремих законах визначає занадто широкий перелік істотних умов договору, про що було зазначено вище.

Тому для стабільності майнового обороту слід переглянути ст. 638 ЦК України і визначитися з єдиними для всіх видів договорів істотними умовами – умовою про предмет та тими істотними умовами, які, як такі, можуть бути передбачені в імперативній нормі закону.

Засилля норм публічного права вихолощує приватноправові механізми правового регулювання, такі як свобода договору та диспозитивність норм. Певним детонатором цієї проблеми було включення до ЦК України таких договірних конструкцій, як публічний договір та договір приєднання. Нічого особливо корисного ці конструкції в регулювання договірних зобов'язань не привнесли. Перша нівелює договірну свободу в можливості обирати на власний розсуд сторону договору, а друга – зміст договору. По-перше, регулювання фактичних відносин, на які спрямовані ці договірні конструкції, лежить у площині конкурентного законодавства та Закону⁴. По-друге, ці конструкції завжди слугують тією “комірчиною”, де може критися безпідставний відступ від основних цивілістичних засад правового регулювання. Вони породжують невмотивоване становище суб'єкта договору як слабшої сторони. Проте саме з метою захисту слабшої сторони прийнятий Закон. Його призначення – відцентрувати баланс інтересів сторін договору, коли одна з них є економічно сильнішою або займає монопольне становище на ринку. На часі закріплення у ЦК України категорії “споживчий договір” зі збереженням спеціального закону.

Слід розмежовувати розуміння договору як юридичного документа та договір-правочин. Таке розмежування знімає усі питання, пов'язані з тим, чи є назви сторін, їх реквізити істотними умовами договору. Договір як юридичний документ повинен відповідати усім вимогам легітимізації, що, передусім, передбачає зазначення сторін договору та інших реквізитів, які ідентифікують учасників, час і місце вчинення правочину. Обсяг тексту договору прийнято називати “правничим матеріалом”. Він повинен мати оптимальний обсяг, сприйнятий до розуміння. На практиці ми маємо справу з договорами, обсяг умов яких перевищує здатність їх вивчити в розумний строк і зрозуміти не тільки пересічному суб'єкту, а й подекуди юристу.

⁴ І Банасевич, ‘Теоретико-правові підходи до розмежування споживчого та публічного договорів’ (2017) 43 Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України 67-75.

Бажання сторін перенести в документ, окрім особливих положень, усі норми позитивного права призводить до появи “договорів-брошур”. А відсутність навиків законодавчої техніки надзвичайно ускладнює їх тлумачення та застосування. Культура складання правничого тексту полягає у його максимально зрозумілому викладенні для пересічного читача. На практиці ми маємо справу зі свідомими пастками, які розміщуються по всьому тексту договірному документу у формі перекручень, повторного регулювання із залученням іншого термінологічного арсеналу, великої кількості відсилочних положень до самого тексту договору тощо.

Необхідно визначитися із розумінням предмета договору, можливо, погоджуючись із уже висловленою у літературі думкою, що предметом договорів є об’єкти цивільних прав. Належна домовленість сторін щодо предмета договору певним чином детермінує подальше виконання договірних обов’язків із передання речі, виконання робіт чи надання послуг. Предмет цивільно-правового договору сприяє задоволенню інтересу сторін договору, що виник при його укладенні, а всі інші істотні умови деталізують процес задоволення зазначеного інтересу та допомагають у цьому. Предмет договору є єдиною істотною умовою, щодо якої сторони мають дійти згоди за будь-яким договором. Це має важливе значення, особливо з огляду на значну частку нелегалізованих договорів, із тексту яких подекуди не зрозуміло, про які дії сторін йдеться. Одночасно слід було б проаналізувати предмет договору за типами договорів, що заземлило б дослідження у правореалізаційну сферу. Відсутність домовленості за тією чи іншою істотною умовою договору не може бути встановлена через наміри сторін у суді. Визначення вказаного моменту є важливим для практики правозастосування та правильного вирішення судових спорів. Не слід переобтяжувати договірний матеріал положеннями, які закріплені у законі, особливо коли йдеться про імперативну норму.

У вітчизняній цивілістиці існує низка доктринальних проблем, які, незважаючи на проведені дослідження, продовжують перебувати в центрі наукових дискусій. Важко назвати цивіліста, який не звертався б до питання поділу договорів на реальні та консенсуальні, який має своїми витоками римське приватне право. А чи має така класифікація практичне підґрунтя?

В основу зазначеного вище поділу було покладено розуміння моменту укладення договору – в одному випадку це факт передачі речі, а в іншому – досягнення домовленості сторін.

Слід звернути увагу на те, що йдеться про визнання факту укладення договору чи настання права вимоги виконання обов’язків за договором.

Повертаючись до дискусії щодо реальних і консенсуальних договорів, важливо дати відповідь на питання про момент виникнення прав та обов'язків за укладеним договором, значення вчинення дії для виконання договору, для настання права вимоги за договором. У дискусії важливо розмежувати динаміку договірної зобов'язання або стадії виконання договору. Припускаємо, що реальний договір був укладений у письмовій формі. Виникає запитання: у сторін виникли права та обов'язки з моменту його укладення, чи маємо ми право наполягати на існуванні “правового вакууму” до моменту передачі речі за таким договором?

Якщо звернутися до положень ст. 626 ЦК України, то законодавець визначає договір через ‘домовленість сторін, спрямовану на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків’⁵. Визначальним для визнання юридичного факту укладення договору є не оформлення документа, не передача майна, а факт досягнення згоди. Сторони повинні не тільки сформулювати своє погодження на встановлення, зміну чи припинення прав та обов'язків, а й об'єктивовано його виразити. При такій концепції визначальною є воля осіб, а не дія. Інакше кажучи, якщо поєднується момент досягнення згоди і дія особи на передачу речі, то найімовірніше йдеться про договори, які виконуються у момент їх укладення. Цей факт жодним чином не змушує нас ставити під сумнів загальну концепцію визнання моменту укладення договору, яка реалізована у ст. 626 ЦК України. Прихильники групи консенсуальних договорів, як приклад такої договірної конструкції, зазвичай називають договір перевезення вантажу, при цьому підкреслюючи, що вантажовідправник не має права вимагати подачі вагонів на підставі укладеного договору перевезення. Проте немає переконливої аргументації “чому не має права вимагати, якщо сторони про це домовилися?” Як же тоді бути із загальною нормою про домовленість у належній формі сторін щодо усіх істотних умов договору як факту укладення договору (ст. 638 ЦК України)? А якщо він вважається укладеним, то і чинним з моменту укладення? У розрізі цього питання буде цікаво системно, а також із позиції юридичної техніки проаналізувати ст. 640 ЦК України “Момент укладення договору” (варто звернути увагу, що є факт укладення договору, а є момент укладення договору). Норма кодексу передбачає різні моменти укладення договору. Перший – отримання акцепту на пропозицію, другий – передання майна або вчинення відповідної дії, третій – якщо договір передбачає нотаріальне посвідчення, то він є укладеним із моменту нотаріального посвідчення. У випадку, коли договір позички, сконструйований як реальний, нотаріально посвідчується, то моментом його укладення є момент но-

⁵ Цивільний кодекс України (н 1).

таріального посвідчення, і тоді факт передачі речі значення для чинності немає. Чи можемо вважати, що права та обов'язки за договором позички виникають із моменту нотаріального посвідчення чи з моменту передачі речі? Виходить, що за такої умови факт передачі речі нівелюється, хоча залишається головним обов'язком позикодавця. Напрошується цілком логічний висновок: коли, наприклад, договір позички укладається усно чи письмово – то його слід вважати реальним, а коли сторони такий договір нотаріально посвідчують – то він займає своє місце серед групи консенсуальних договорів? Така схоластика ставить під сумнів вмотивованість такої класифікації або є запрошенням до подальшої дискусії та відповіді на запитання.

Слід визначитися, наскільки відповідає сьогоденню концепція поділу договорів на реальні і консенсуальні, чи допомагає конструкція реального договору вирішувати питання виконання договору, чи швидше породжує низку нових питань, або ж такий поділ – це радше дань римським правовим традиціям?

Висновки. Перегляд положень ЦК України у частині договірного регулювання не повинен передбачати тільки його доопрацювання та збільшення у розмірі. Слід переглянути доцільність збереження закріплених у кодексі всіх договірних видів. Зокрема, невідкладної ревізії потребує група договорів про передачу майна в користування⁶. Можливість укладення договору найму нерухомого майна передбачено нормами, які містяться у різних параграфах і, на думку законодавця, мали б регулювати різні договірні види. Наприклад: договір найму нерухомого майна (ст. 60 ЦК України); найм будівлі або іншої капітальної споруди (параграф 4 ст. 795 ЦК України); договір найму (оренди) нерухомого майна – житла (ст. 820 ЦК України); позички нерухомого майна (ст. 828 ЦК України)⁷. Зазначене вище та тлумачення нормативного матеріалу свідчить про дублювання регулятивних норм і створення низки колізій, адже всі вони спрямовані на регулювання користування нерухомим майном. Знайомство з правничим матеріалом цієї групи договорів не переконує нас у необхідності їх збереження у такому вигляді.

Всі наведені у статті аргументи є підтвердженням необхідності перегляду положень чинного ЦК України в частині договірного права й окреслює тільки незначну частину проблем у сучасному стані договірного регулювання.

⁶ Н Бойко, *Договір позички* (Нова зоря 2015) 280.

⁷ О Дзера та Н Кузнєцова та В Луць (ред.), *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України*, т 2 (5-те вид, Юрінком Інтер 2013) 1117.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Pro zakhyt prav spozhyvachiv [On Consumer Rights Protection]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 12 travnia 1991 r. № 1023-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12>> (accessed: 01.02.2019) (in Ukrainian).
2. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy [The Civil Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (accessed: 01.02.2019) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

3. Boiko N, *Dohovir pozychky [Loan Agreement]* (Nova zoria 2015) (in Ukrainian).

Edited books

4. Dzera O ta Kuznietsova N ta Luts V (red), *Naukovo-praktychnyi komentar Tsyvilnoho kodeksu Ukrainy [Scientific and Practical Commentary of the Civil Code of Ukraine]*, t 2 (5th edn, Yurinkom Inter 2013) (in Ukrainian).

Journal articles

5. Banasevych I, 'Teoretyko-pravovi pidkhody do rozmezhuвання spozhyvchoho ta publichnogo dohovoriv' ['Theoretical and Legal Approaches to Distinguishing between Consumer and Public Contracts'] (2017) 43 Aktualni problemy vdoskonalennia chynnoho zakonodavstva Ukrainy (in Ukrainian).

Conference papers

6. Belianezych Ye, 'Stabylnost hrazhdanskoho oborota: voprosy teorii' ['Stability of Civil Commerce: Issues of Theory'] v *Hrazhdanskoe pravo: vyzovy vremeny: materialy Mezhdunarodnoi nauchnoi konferentsyy, posviashchennoi 70-letnemu yubyleiu doktora yurydycheskykh nauk, profesora A. H. Dydenko [Civil Law: Challenges of the Time: Materials of the International Scientific Conference Dedicated to the 70th Anniversary of Doctor Habil. of Law, Professor A. G. Didenko]* (2016) (in Russian).

Valentyna Vasilyeva

REGULATING A CIVIL-LAW CONTRACT: THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS

ABSTRACT. Participants of civil commerce have the right to enter into contracts which, undoubtedly, are the regulators of public relations. It is the contract owing to which the goals and interests intended by the parties are realized and implemented. One of the contract law principles is freedom of contract which allows settling the relations between the parties at own discretion. However, it is the regulatory control of a contract's certain aspects which is of great importance and, unfortunately, it is not perfect. Therefore, there is a need to amend the current civil legislation, and especially the Civil Code of Ukraine (Ukraine's CC).

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 2 • 14-24

Валентина Васильєва

The purpose of the article is to study the problematic aspects seen in the regulation of civil-law contracts.

The author emphasizes the need to consolidate in Ukraine's CC a separate subsection "Contractual Obligations" and to formulate the general provisions regarding contracts in this part of Ukraine's CC, thus putting an end to the discussion about the multidimensional nature of contract. Here will be the place for distinguishing between the invalid contracts and the contracts which are not concluded. It is inadmissible to regard the ambiguous understanding by the parties of a contract's term as the lack of agreement between these parties. The legislator's attempt to regulate the provision on separate types of contract in specific laws autonomously results in a number of problems (inconsistency between the general provisions on contracts and special-purpose legal regulation, a huge bulk of essential terms of contract in special laws). There is still controversy regarding consolidation in Ukraine's CC of such contract types as public contract and contract of accession. Currently, it is possible to consolidate the concept of "consumer contract" in legislation. The contract as a legal document should meet all of the requirements of legitimization (specification of the parties to the contract and other details identifying the parties, time and place of the transaction, etc.). It is advisable to analyze the subject matter of a contract by the contract types, and this would link a number of research efforts to the law implementation domain. The author questions whether it is appropriate to divide contracts into real and consensual. There is a need to reconsider the appropriateness of maintaining all of the types of contracts enshrined in Ukraine's CC, and primarily this relates to the group of contracts for transfer of property for use, etc.

Thus, given the presence of a range of problematic aspects in the regulation of civil-law contract, there is a priority need to review the provisions of the current Civil Code of Ukraine with regard to contract law.

KEYWORDS: civil-law contract; essential terms of the contract; legal fact; regulativity; real contracts; consensual contracts.



Олександр Крупчан

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
директор Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
(м. Київ, Україна)
ndippp@adamant.net

DOI: 10.33498/opus-2019-02-025

Андрій Гриняк

доктор юридичних наук, професор,
керівник відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
(м. Київ, Україна)
andriy.gryniak@gmail.com



Мар'яна Пленюк

доктор юридичних наук, старший науковий співробітник,
керівник сектору проблем договірних права,
відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
(м. Київ, Україна)
pleniuk.m@gmail.com

© Олександр Крупчан, Андрій Гриняк, Мар'яна Пленюк, 2019

УДК 347.44:341.244 (477)

ДОГОВІРНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРИВАТНОПРАВОВИХ ВІДНОСИН В УМОВАХ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ В УКРАЇНІ

АНОТАЦІЯ. Дослідження проблем договірних регулювання приватноправових відносин на основі аналізу засадничих теоретичних положень приватноправової теорії крізь призму особливих умов євроінтеграційних процесів в Україні дедалі більше привертають увагу науковців та практиків. Особливий інтерес викликають новітні зміни в механізмі договірних регулювання не лише з огляду на феномен договору, його свободу, дотримання правових принципів, а й на розуміння свободи

Олександр Крупчан, Андрій Гриняк, Мар'яна Пленюк

форми договору, структури способів регулювання договірних відносин, його стадій тощо. Незважаючи на велику кількість праць, присвячених наведеним аспектам у доктрині приватного права, необхідно констатувати, що проблеми щодо належного регулювання договірних відносин, на жаль, залишаються не розв'язаними, а отже, їх ретельний аналіз дасть можливість сформулювати нові наукові бачення підходів до удосконалення чинного законодавства та практики його застосування.

Договірне регулювання приватноправових відносин в умовах євроінтеграції за своїм впливом на приватноправові відносини є ширшим, ніж нормативне, оскільки законодавче регулювання спрямовано на впорядкування цих відносин, а договірне – на їх організацію та формування. Саме цивільно-правовий договір є тією унікальною соціально-правовою конструкцією приватного права, яка зумовлює його специфіку й одночасно надає його сторонам якнайширшу свободу дій, можливість самим бути своєрідними “законодавцями” для себе, але у визначених правом межах.

Сьогодні існує нагальна потреба у впровадженні європейської методології зобов'язального права, що відображається в необхідності поєднання нових та вже відомих ефективно діючих зобов'язально-правових конструкцій, зменшення кількості та видів імперативних приписів і розширення сфери вільної ініціативи самих учасників договірних відносин, що дає змогу встановлювати критерії їх можливої поведінки.

Метою статті є аналіз договірного регулювання приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні, а також викладення авторського бачення їх удосконалення.

Ключові слова: договірне регулювання; договір; зобов'язання; приватноправові відносини; форма договору.

Сьогодні, коли поширюються процеси реформування приватноправового законодавства України відповідно до європейських стандартів і, безперечно, гуманістичних та соціальних цінностей, важливо не тільки враховувати досвід європейських країн, а й методологічне забезпечення становлення і розвитку правової доктрини в Україні.

Розвиток доктрини приватного права України сягає своїм корінням у далеке минуле, підґрунтям якого було європейське сприйняття та розуміння права. Нині відомі праці цілої плеяди українських цивілістів, зокрема О. Огоновського, С. Дністрянського, М. Топольницького, А. Пашука та інших учених, які є класикою української цивілістики, а отже, і європейською основою до становлення та розвитку договірного регулювання приватноправових відносин. Увага до доробок цих та інших учених викликає необхідність застосування історичного методу дослідження договірного регулювання приватноправових відносин. Його роль спрямована на: а) реалізацію прогностичної функції – на основі пошуку відповідей на запитання: за допомогою яких інструментів досліджувані правовідносини врегульовувалися колись, як вони регулюються сьогодні

www.pavolia.com.ua

та передбачення того, як повинен удосконалитися підхід до розуміння договору як дієвого регулятора приватноправових відносин?; б) бачення обрисів з'ясування правової природи цивільно-правового договору, причин його появи у правовій системі; в) передбачення відповідей на запитання: за яких саме соціально-економічних, політичних умов та на якому саме історичному етапі розвитку суспільства цивільно-правовий договір досягне свого найбільшого розвитку?

Метою дослідження є аналіз договірної регуляції приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні, а також викладення авторського бачення їх удосконалення.

У нинішніх умовах європейська складова як методологічне підґрунтя відіграє особливу роль, адже впливає на істинність наукового результату. Вчені не мають обмежень у виборі наукових методів, що забезпечує реалізацію їх основного права – обирати види, напрями і засоби наукової і науково-технічної діяльності відповідно до власних інтересів, творчих можливостей та загальнолюдських цінностей. Тому в наш час багато вчених використовують у наукових дослідженнях здебільшого світоглядні орієнтири для вивчення соціальних явищ. Єдиним методологічним “обмеженням” у науковому пошуку є загальнолюдські цінності.

Зосереджуючись на доробку європейської цивілізації, слід пам'ятати, що у договірному регулюванні приватноправових відносин існує генетичний взаємозв'язок кожної певним чином формально визначеної приватноправової засади з різними складовими глобального за своїм юридичним значенням принципу верховенства права. У наведеній складовій важко переоцінити той внесок, який робить в інтерпретацію принципу верховенства права Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) та Європейська комісія “За демократію через право” (Венеційська комісія). Однак, попри наявність відповідного законодавчого припису, у договірному регулюванні приватноправових відносин ще належить укорінити практику ЄСПЛ як повноцінного джерела вітчизняного права (приватного зокрема)¹, у тому числі в частині застосування його тлумачень щодо домовленостей, форми договору, його змісту тощо. Переконані, що всі дотичні до приватного права новели повинні бути пронизані ідеями всебічного сприяння реалізації цивільних прав та суб'єктивних обов'язків, а у разі їх порушення – доступності ефективних засобів юридичного захисту та справедливого судочинства тощо.

Наступною методологічною складовою договірної регуляції приватноправових відносин є врахування сучасних соціальних викликів.

¹ А Гриняк, ‘Судова практика як джерело правового регулювання договірних відносин’ (2014) 13 Приватне право і підприємництво 114.

Особливу увагу нині привертають проблеми, пов'язані з військовим конфліктом на сході України, внаслідок цього розширюється не лише предмет досліджень (договірне регулювання відносин, належне та своєчасне виконання договірних зобов'язань, передання майна за договором, виконання кредитних зобов'язань, зміна та розірвання договору тощо), а й методи приватноправових досліджень, які мають співвідноситися з методами соціальних наук.

Надзвичайно важливим завданням сьогодення є узгодження вітчизняного приватноправового інструментарію з міжнародно-правовими актами у сфері договірної регулювання, до яких, серед іншого, належить Віденська конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р.², Гаазькі Принципи вибору права у міжнародних комерційних договорах (далі – Гаазькі Принципи)³, затверджені в остаточній редакції 19 березня 2015 р. Вважаємо, що імплементація у цивільному законодавстві України багатьох закріплених у цих документах правових моделей могла б сприяти подоланню низки гострих проблем, які останнім часом постали у договірному регулюванні цивільних відносин. Зокрема, право сторін договору обрати різні правопорядки, що застосовуватимуться до різних частин договору; можливість мовчазного вибору права; відсутність вимоги про необхідність зв'язку між обраним правом і договором між сторонами; розмежування питань дійсності домовленості про вибір права та основного договору; можливість сторін обрати недержавне право, якщо тільки право держави суду не передбачає інше; правило про відсутність вимоги до форми угоди про вибір права тощо.

Наприклад, цікавим нововведенням, що відображене у Гаазьких Принципах, стала відмова від формальних вимог до угоди про вибір права, а саме, що вибір права не підпорядковується жодним вимогам стосовно форми, якщо тільки про інше не домовилися сторони. Отже, домовленість про вибір права може бути закріплена усно, письмово або може підтверджуватися свідченнями свідків. Такий підхід розробників, який, до речі, прослідковується у Гаазьких конвенціях 1955 р., 1978 р. та 1986 р., можна пояснити намаганням нівелювати можливі перешкоди на шляху до дійсності домовленості сторін щодо вибору права, що напряму пов'язано з поширенням положень Гаазьких Принципів виключно на врегулювання комерційних відносин, адже споживчі відносини повністю виключені зі сфери їх регулювання. Зазначений підхід розроб-

² Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_003> (дата звернення: 01.02.2019).

³ Draft Hague Principles as Approved by the November 2012 Special Commission Meeting on Choice of Law in International Contracts and Recommendations for the Commentary <https://assets.hcch.net/upload/wop/contracts2012principles_e.pdf> (accessed: 01.02.2019).

ників Гаазьких Принципів є значною новацією порівняно з вимогами Римської конвенції (ст. 9), Конвенції Мехіко (ст. 13) та Регламенту Рим I (ст. 11) до форми угоди про вибір права.

Серед іншого зазначимо й про труднощі, які виникають при вирішенні спорів, спричинених окупацією Автономної Республіки Крим та окремих районів Донецької та Луганської областей. Так, більша узгодженість вітчизняного законодавства з апробованими при застосуванні зазначених вище конвенцій міжнародними стандартами кваліфікації обставин непереборної сили дала б змогу забезпечити належну правову визначеність у вирішенні цього питання.

Нині ще одним актуальним із точки зору методологічних підходів питанням є порівняльно-правовий підхід, що дає можливість належним чином обґрунтувати шляхи адаптації законодавства України до стандартів Європейського Союзу (далі – ЄС). Наведене викликає зрозумілий правовий крок – необхідність дослідження правової доктрини держав – членів ЄС. Переконані, що її вирішення можливе шляхом вивчення зарубіжних наукових праць, зокрема в сфері договірної регулювання приватноправових відносин, а також зворотного зв'язку – публікації українськими вченими наукових праць в іноземних виданнях⁴.

У регулюванні приватноправових відносин з іноземним елементом дедалі більшого значення набувають численні положення так званого “м'якого права”, включно з тими, що були напрацьовані спеціалізованими міждержавними організаціями. У зв'язку із цим не можемо обійти увагою Принципи УНІДРУА, потенціал яких явно недостатньо використовується при вдосконаленні українського цивільного законодавства. Крім того, цьому, без сумніву, протидіє і те, що Україна не входить до числа членів цієї поважної організації – Міжнародного інституту уніфікації приватного права. Водночас сьогодні важко переоцінити методологічне значення джерел “м'якого права” (до яких відносимо Принципи європейського договірної права, Регламент Рим I, Гаазькі Принципи тощо) для визначення перспектив розвитку приватного права як невід'ємної складової правової системи України. Переконані, що нинішнє стрімке розширення транскордонних зв'язків зумовлює зростання методологічної ваги порівняльно-правових досліджень, результати яких можуть бути використані як з метою запозичення найкращого зарубіжного досвіду, так і у практичній діяльності із захисту інтересів громадян України у міжнародних приватних відносинах. Прикладом може слугувати закріплений у Гаазьких Принципах новий підхід про право сторін

⁴ О Крупчан, ‘Методологічні виміри сучасного вітчизняного приватного права’ (2016) 16 Приватне право і підприємництво 30-4.

комерційних договорів обирати недержавні або транснаціональні норми права (*rules of law*), які є загально визнаними на міжнародному, наднаціональному або регіональному рівнях як нейтральний та збалансований звід правил, якщо тільки право держави суду не передбачає інше. Такими можуть бути Принципи УНІДРУА як приклад універсального зводу норм та Принципи європейського договірного права як приклад наднаціонального або регіонального зводу норм⁵.

Саме тому порівняльно-правовий метод має посідати одне з чільних місць у методологічному інструментарії дослідження договірного регулювання приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів. До невід'ємних складових цього інструментарію слід зарахувати Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Оскільки маємо правовий акт, який визначає обов'язки України щодо масштабної адаптації вітчизняного законодавства до законодавства ЄС, а його елементи *acquis communautaire* так чи інакше мають безпосередній вплив на інтереси приватних осіб.

З наведеного доходимо висновку про існування нагальної потреби в утвердженні такого погляду на методологічні засади розвитку українського приватного права, який ґрунтується на поєднанні регулятивного потенціалу, закладеного, з одного боку, у напрацьованих вітчизняною цивілістикою принципах цивільного права (засадах цивільного законодавства), а з другого – у різних елементах принципу верховенства права, практиці ЄСПЛ, законодавстві ЄС, модельних актах європейського приватного права і нормах “м'якого права”.

Переконані, що практичним результатом впровадження запропонованого підходу у наукову і законодавчу діяльність приватноправової сфери відносин має стати досягнення системою приватного права України такого стану, який характеризуватиметься високою ефективністю механізмів правового та договірного регулювання – насамперед, щодо належного виконання договірних зобов'язань, захисту прав людини й основоположних свобод, а також створення належних передумов для прискореного розвитку економіки країни; адаптованістю законодавства України до законодавства ЄС і належним (своєчасним) виконанням юридичних умов щодо повноправної інтеграції нашої держави до ЄС; узгодженістю методологічного завантаження вітчизняного приватного права з основними підходами договірного регулювання приватноправових відносин, утіленими у модельних актах європейського приватного права.

⁵ Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts with Commentary (2015) 41.

Як видається, з метою досягнення вітчизняною приватноправовою системою такого стану існує нагальна потреба у впровадженні європейської методології зобов'язального права, що відображається в необхідності поєднання нових та вже відомих й ефективно діючих зобов'язально-правових конструкцій, зменшення кількості та видів імперативних приписів і розширення сфери вільної ініціативи самих учасників договірних відносин, що дає змогу встановлювати критерії їх можливої поведінки.

Серед багатьох новел сучасної цивілістики заслуговує на схвалення сучасне розуміння свободи договору, його форми, формування змісту прав та обов'язків. Адже, як слушно зазначається з цього приводу в юридичній літературі, обмежуючи свободу кожного певними межами, право забезпечує йому за це безперешкодне і спокійне користування своїми правами, тобто гарантує йому свободу всередині цих меж. Свобода кожної людини сягає лише тієї межі, після якої починається свобода інших людей. Прагнучи встановити ці межі, право сприяє тому, щоб у суспільному житті людства царював порядок, заснований на свободі⁶. Однак, з огляду на наведене, видається доцільним звернути увагу й на дещо інший аспект. Так, безперечно, сторони договору, беручи до уваги принцип свободи договору, можуть діяти на власний розсуд, проте коли реалізується імперативно виражений юридичний обов'язок чи заборона, вони суттєво обмежуються у виборі варіанта поведінки, оскільки імперативно виражена правова норма містить у собі санкцію, тобто стимулює реалізацію припису, що в ній міститься. Зрозуміло, що як будь-який стимул, ця санкція може і повинна бути як позитивною, так і негативною. Вона може містити в собі або загрозу покарання, або можливість заохочення. З огляду на наведене, логічними видаються сучасні твердження, що суб'єктивне цивільне право розглядається як міра свободи суб'єкта у взаємовідносинах з іншими особами. Межа суб'єктивного права є встановленою мірою поведінки особи. Межа суб'єктивного права як моделі поведінки визначається тими правомочностями, які входять до змісту цього права⁷.

Категорія правового регулювання як одна з основоположних категорій правової дійсності також вимагає уточнення понятійного апарату. Так, наприклад, поняття “регулювання” походить від латинського слова “*regulo*” – “правило” й означає впорядкування, налагодження, приведення у відповідність. А тому, аналізуючи значення терміна “регулювати”, доходимо висновку, що правове регулювання у такому розумінні – це

⁶ И Ильин, ‘Общее учение о праве и государстве’ в Лисица Ю (сост и комент), *Собрание сочинений*, т 4 (Рус книга 1994) 83.

⁷ О Кот, *Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики: монографія* (Алерта 2017) 85.

правове упорядкування, спрямування чогось за допомогою права. Звідси можемо констатувати, що правове регулювання приватноправових відносин полягає у певній діяльності суб'єктів договірних зобов'язань, які за допомогою права спрямовують, впорядковують, впливають на певні явища. Так, наприклад, законодавець, визначаючи призначення актів, що ним приймаються, вказує на те, що таким призначенням є регулювання певних явищ, не розкриваючи змісту цього поняття (ч. 1 ст. 1 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)⁸ – визначається, що цивільне законодавство регулює коло суспільних відносин, які називаються цивільними). У Господарському кодексі України йдеться про нормативно-правове регулювання господарських відносин. Із наведеного стає очевидним, що у правовому регулюванні приватноправових відносин задіяні як правові норми, так і індивідуально-правові акти компетентних органів та осіб, необхідні для регулювання договірних відносин. Розмірковуючи над наведеним, вважаємо слушною думку про те, що регулятивність вважається змістовною властивістю безпосередньо самого права, і ще ніхто не довів, що вона такою самою мірою притаманна всім іншим засобам юридичного впливу, зокрема й правосвідомості, правовій культурі, правовій літературі тощо⁹.

Наведені думки дають можливість констатувати, що правове регулювання приватноправових відносин є набором юридичних засобів державно-владного впливу, за допомогою яких конкретні суб'єкти впливають на зобов'язальні правовідносини шляхом встановлення конкретних договірних умов з метою закріплення відносин між собою, їх впорядкування, охорони та захисту. Звідси й констатація того, що договір у механізмі правового регулювання приватноправових відносин відіграє надзвичайно важливу роль, аналіз якого на доктринальному рівні дав змогу Н. Кузнецовій наголосити на його унікальності в такому контексті. До такого висновку вчена дійшла, проаналізувавши дію договору на всіх стадіях правового регулювання суспільних відносин (нормотворчій, правореалізаційній, правозастосовній)¹⁰.

Сьогодні не викликає заперечень все частіше використання як на доктринальному, так і правозастосовному рівнях терміна “договірне регулювання”. Введення у науковий обіг цього поняття є цілком виправданим кроком як із теоретичної, так і з практичної точок зору, оскільки дає змогу на системно-категоріальному рівні дослідити найважливішу функцію договору – регулятивну. Вважаємо, що сучасні дослідження

⁸ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 01.02.2019).

⁹ С. Алексеев, *Теория права* (Бек 1993) 145.

¹⁰ Н. Кузнецова, *Вибрані праці* (Юридична практика 2014) 404.

цивільно-правового договору в його динаміці через механізм договірної регулювання є найбільш виправданими, адже якісно дослідити вплив на приватноправові відносини таких регуляторів, як договір і закон, можливо виключно через вивчення стадій цього механізму та його регулятивних властивостей.

З огляду на розуміння закладеної ЦК України (ст. 6) та Сімейним кодексом України¹¹ (ст. 7) принципово нової парадигми договору, який слід розглядати не тільки як правочин, правовідношення чи документ, а й як регулятор майнових відносин, за яких учасники приватноправових відносин визнаються суб'єктами договірної регулювання, що дає змогу встановлювати критерії їх можливої поведінки, звертаємо увагу на доцільність розмежування таких категорій, як “правове регулювання” та “правовий вплив”. У сучасному вимірі розуміння поняття “правове регулювання” слід розглядати через дію норм права на суспільні відносини, а “договірне регулювання” – через дію норм права та положень договору на приватноправові відносини.

Договірне регулювання приватноправових відносин є індивідуальним, воно передбачає обов'язковість специфічного порядку дій контрагентів, щодо вчинення яких вони домовлялися. Оскільки однією з необхідних ознак будь-якої домовленості є відсутність можливості у кожної зі сторін силоміць нав'язувати іншій свої умови, укладення договору можливе виключно у випадку, коли кожен із контрагентів вважає договірні умови справедливими для себе. За такої домовленості сторони орієнтуються на те розуміння справедливості, що є загальновизнаним у суспільстві, зокрема й європейському. Тобто фактично саме цивільно-правовий договір є одним зі способів об'єктивації тих імперативів, які становлять сутність природного права суспільства. У цьому розумінні договір виступає засобом правового регулювання поведінки сторін у цивільно-правових зобов'язаннях, адже в його умовах закріплюється воля цих сторін, відповідно, домовленості сторін стають для контрагентів на одному рівні з диспозитивними законодавчими положеннями.

Наведене дає змогу дійти висновку, що: а) договірне регулювання приватноправових відносин є впливом норм права на поведінку суб'єктів договірної зобов'язання, узгодження їхніх потреб, інтересів щодо кожного з них зокрема та суспільства загалом; б) договірне регулювання приватноправових відносин – специфічна діяльність їх учасників щодо впорядкування відносин між собою шляхом дотримання правових норм і їх адаптації через прийняття індивідуальних рішень відповідно до цих

¹¹ Сімейний кодекс України: Закон України від 10 січня 2002 р. № 2947-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>> (дата звернення: 12.02.2019).

норм; в) договірне регулювання приватноправових відносин має конкретний, організований характер (здійснюється шляхом встановлення прав та юридичних обов'язків для суб'єктів договірних зобов'язань); г) договірне регулювання приватноправових відносин має цілеспрямований і результативний характер, метою якого є стимулювання ефективного розширення сфери свободи договору та свободи підприємництва.

До стадій договірної регулювання приватноправових відносин відносять: а) регламентацію приватноправових відносин, що включає у себе створювані суб'єктами зобов'язальних правовідносин договірні положення; б) виникнення прав та обов'язків (правовідносини) учасників договірних відносин; в) реалізацію суб'єктивних цивільних прав та обов'язків, що відображається у фактичній поведінці сторін договору; г) захист суб'єктивних цивільних прав та законних інтересів суб'єктів договірних зобов'язань за умови їх порушення контрагентом або третьою стороною (правозастосовна стадія).

Таким чином, у сфері приватноправових відносин прослідковується зміщення акцентів від законодавчого регулювання правовідносин між їх учасниками у бік їх договірної визначення. При цьому договір не слід вважати загальнообов'язковим нормативним актом, а лише похідною від закону домовленістю, що зобов'язує осіб, які домовилися. А тому слід розуміти, що правові норми, які визначають зміст договірної правовідносини, не трансформуються в договірні умови, а впливають на договірне правовідношення (визначають його зміст) безпосередньо, саме як правові норми, оскільки вони здатні визначити зміст договірних прав та обов'язків самостійно, не перетворюючись у договірні умови, які виражають волю сторін договору, а не законодавця. При цьому необхідно усвідомлювати, що імперативні норми права, які передбачають обов'язок включення умов у договір, впливають безпосередньо на зміст договору. Натомість диспозитивні норми за бажанням сторін можуть взагалі не впливати на зміст договору, однак опосередковано здійснюють свій вплив на зміст договірної правовідносини.

Не слід відкидати й той момент, що договір має відповідати обов'язковим для сторін правилам, що встановлені нормативно-правовими актами і діють у момент його укладення. Так, законодавець в абзаці 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України наголошує на об'єктивному верховенстві імперативних норм закону над договором. Тому рівність диспозитивних положень закону й умов договору можлива, якщо таку рівність допускає диспозитивна норма. Водночас із набуттям чинності нового закону, який регулює приватноправові відносини сторін по-іншому, умови раніше укладеного цивільно-правового договору продовжують діяти, якщо інше не буде пе-

редбачено законом. Винятками із цього загального правила є випадки, коли зміни в законодавство внесені імперативними нормами закону, що містить чітку вказівку на те, що його дія поширюється на відносини, які виникли з уже укладених договорів. В іншому ж випадку на зміст договору не впливають зміна або скасування раніше встановлених, або встановлення нових диспозитивних норм, що закріплені в будь-яких нормативно-правових актах, зокрема у законах та імперативних нормах, що містяться в підзаконних нормативних правових актах. При цьому слід розуміти, що права й обов'язки сторін договору пов'язані з нормами цивільного права безпосередньо, оскільки вони передбачаються сторонами з метою регулювання своїх дій за наперед визначеними правилами поведінки (договірними умовами). Саме тому договір розуміється нами не лише як домовленість між контрагентами, а насамперед як індивідуальний регулятор відносин між ними. Натомість закон, точніше його дію, розглядаємо як загальнонормативний регулятор приватноправових відносин.

Договір є формою права, оскільки джерелом права є суспільні відносини, що потребують правового регулювання, а формою права, як зазначалося вище, є способи об'єктивації його вимог. Суть законотворчої діяльності полягає у пошуку та відборі визнаних у суспільстві правил поведінки і закріплення останніх у законодавчих актах. Саме такий процес спостерігається при укладенні цивільно-правового договору, адже потенційні контрагенти виражають свою волю, зважаючи на існуючі соціальні норми, соціальні регулятори, звичаї, традиції тощо, і закріплюють її у специфічному акті – договорі, який і є формою закріплення їх суб'єктивних цивільних прав та обов'язків. Тобто вже на стадії правової регламентації не правова норма, а договірні положення унормовують, визначають модель належної поведінки сторін, тим самим надаючи договору статусу самостійного регулятора приватноправових відносин.

Відносини, що виникають внаслідок виконання договору, визнаються правовими не тільки і не стільки тому, що вони безпосередньо врегульовані нормами позитивного права, а й тому, що між контрагентами виникає тісний правовий зв'язок. Право визнає обумовлені сторонами в договорі правила (суб'єктивні права та обов'язки). На цій основі погоджуємося із твердженням Н. Кузнецової, що ст. 6 ЦК України виводить цивільно-правовий договір, у якому сторони реалізували таке право і врегулювали свої відносини у спосіб, відмінний від визначеного у нормі права, на новий рівень у правовому регулюванні¹². Як приклад визнання правовими відносин, що виникають внаслідок укладення цивільно-пра-

¹² Кузнецова (н 10) 405.

вового договору, наводимо законодавчо непойменованій договір підряду на виконання дизайнерських і ландшафтно-опоряджувальних робіт. Права та обов'язки для контрагентів виникають не шляхом перенесення приписів норм права на реальну ситуацію за допомогою їх вольових дій, а безпосередньо з домовленості сторін. У процесі укладення такого непойменованого договору створюються правові норми індивідуально-визначеного спрямування, тобто такі, що стосуються конкретних і точно визначених суб'єктів та розраховані на них.

Також слід зазначити, що договір не обмежується тільки тим, що він впливає на динаміку цивільних правовідносин (породжує, змінює або припиняє їх), а й відповідно до вимог законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності і справедливості, соціальних регуляторів визначає зміст конкретних прав та обов'язків учасників договірних зобов'язань. У цьому розумінні договір є засобом договірного регулювання поведінки сторін у цивільних правовідносинах¹³.

З огляду на наведене слухним є розуміння того, що під час виконання договору сторони шляхом взаємної згоди можуть змінювати (коригувати) договірні умови, якими встановлено їхні права та обов'язки, що утворюють зміст договірних зобов'язань. Припинення останніх відбувається як за умови їх належного виконання, так і у зв'язку з розірванням договору (досягнутих між сторонами домовленостей) чи визнанням його недійсним тощо. При цьому, якщо розірвання договору завжди призводить до припинення договірних обов'язків сторін, то одностороння відмова від виконання зобов'язання не припиняє дію самого договору, а є заходом оперативного впливу на порушника, що застосовується до моменту припинення ним порушення.

З огляду на наведене доходимо висновку, що договірне регулювання приватноправових відносин в умовах євроінтеграції за своїм впливом на приватноправові відносини є ширшим, ніж нормативне, оскільки законодавче регулювання спрямовано на впорядкування цих відносин, а договірне – на їх організацію та формування. Тому цивільно-правовий договір є тією унікальною соціально-правовою конструкцією приватного права, яка зумовлює його специфіку й одночасно надає його сторонам якнайширшу свободу дій, можливість самим виступати своєрідними “законодавцями” для себе, але у визначених правом межах. З методологічної точки зору така можливість побудови (розробки) приватноправових відносин дасть змогу сторонам не лише виробити усвідомлені підходи щодо відповідальності виконання договірних зобов'язань,

¹³ В Луць, *Контракти в підприємницькій діяльності: навчальний посібник* (2-ге вид, стер, Юрінком Інтер 2001) 15.

а й зумовить набуття обґрунтованості та раціональності таких положень. Безперечно, такий підхід забезпечить розвиток не лише наукової ерудиції, а й понятійно-правової культури, здатності до широких узагальнень, дисципліни мислення тощо.

Окремо необхідно наголосити, що роль договору в механізмі правового регулювання приватноправових відносин виявляється через його функції, зокрема: 1) ініціативну – договір “запускає” механізм правового регулювання приватноправових відносин; 2) системно-координаційну – у договорі закріплюється певна система дій контрагентів, що полягає у постійному пошуку компромісів між ними та координації цілей діяльності, її видів і форм у взаємовідносинах між ними; 3) регулятивну – договір слугує засобом правового регулювання приватноправових відносин. Саме через умови договору відносини сторін індивідуалізуються, права й обов’язки набувають вищого ступеня деталізації, що дає змогу якнайповніше задовольнити потреби сторін; 4) юридико-фактичну – договір виступає як юридичний факт, необхідний для виникнення, зміни і припинення суб’єктивних цивільних прав та юридичних обов’язків; 5) інформаційну – сторони договору зобов’язані інформувати один одного про зміст взятих на себе зобов’язань, стадій їх виконання, змін у фінансовому стані тощо.

На стадії виникнення суб’єктивних цивільних прав і юридичних обов’язків учасників приватноправових відносин договір як юридичний факт виконує свою основну роль – забезпечує їх виникнення, зміну і припинення. Цивільно-правовий договір створює перехід від загальної моделі прав та обов’язків, зафіксованої в юридичній нормі, до конкретної, що втілюється у правовідносинах. Цивільно-правовий договір є важливою складовою механізму цивільно-правового регулювання, оскільки саме через договір як юридичний факт здійснюється переведення загальнообов’язкових правил поведінки з нормативної площини у сферу конкретних суспільних відносин, саме вони “запускають” процес реалізації суб’єктивних прав та обов’язків, створюючи правовідносини¹⁴.

На стадії формування цивільних правовідносин і виникнення суб’єктивних цивільних прав та обов’язків договір є універсальним юридичним фактом, який може “давати життя” цивільним правовідносинам у всіх сферах, що належать до предмета цивільно-правового регулювання¹⁵. Законодавець у ЦК України встановив, що цивільні права та обов’язки виникають із дій осіб, передбачених актами цивільного законодавства,

¹⁴ Н. Кузнєцова, ‘Вдосконалення механізму правового регулювання цивільних відносин в Україні’ в *Актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства: матеріали науково-практичної конференції, присвяченої пам’яті В. П. Маслова* (2011) 46.

¹⁵ Кузнєцова (н 10) 405.

а також із дій осіб, не передбачених цими актами, але за аналогією породжують цивільні права та обов'язки, а так само з інших юридичних фактів (частини 1 та 2 ст. 11 ЦК України). Слід зазначити, що хоча у ст. 11 ЦК України йдеться лише про виникнення цивільних прав та обов'язків, однак вказані у ній обставини можуть бути також підставами їхньої динаміки, зокрема зміни, припинення, призупинення та поновлення приватноправових відносин¹⁶.

Не можемо не зазначити про наявність у юридичній літературі міркування щодо договору-правовідношення. Відомо, що правовідношення як елемент механізму правового регулювання є головним засобом, за допомогою якого норми права втілюються в життя, – засіб трансформації загальної моделі поведінки в площину конкретних суб'єктивних прав і юридичних обов'язків. Правовідношення свідчить, що перед нами чітко визначені особи, які щось в юридичному відношенні “можуть” і щось “повинні”¹⁷. Співвідношення договору і договірного правовідношення визначається через поняття договору як домовленості¹⁸, спрямованої на виникнення, зміну або припинення прав та обов'язків. У цьому сенсі С. Сліпченко пропонує розглядати правовідносини не як результат, а як засіб правового регулювання поведінки суб'єктів, як правову конструкцію (модель поведінки). Правовідносини моделюють юридичний зв'язок суб'єктів права, алгоритм їх поведінки, і таким чином впливають на суспільні відносини¹⁹. На нашу думку, у механізмі правового регулювання договір через таку якість (договір-правовідношення) займає місце правовідношення, що виникає на підставі відповідної норми права. А тому договір як правовідношення виконує регулятивну функцію, визначаючи типову модель поведінки контрагентів.

Щодо місця в механізмі договірного регулювання приватноправових відносин, то останні можуть поділятися на: переддоговірні правовідносини, договірні правовідносини і післядоговірні правовідносини²⁰. Вважається, що переддоговірні – це ті відносини, що виникли між потен-

¹⁶ М Пленюк, *Підстави виникнення зобов'язальних правовідносин в механізмі правового регулювання: монографія* (НДІ приватного права і підприємництва ім акад Ф Г Бурчака НАПрН України 2016) 356.

¹⁷ В Попондопуло, *Договорное право России в системе правовых семей и механизме правового регулирования* в Майданик Р и Кохановская Е (отв ред), *Гражданское общество и развитие гражданского права: сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Натальи Семеновны Кузнецовой* (Юридическая практика 2014) 253.

¹⁸ Відмінність домовленості і договору полягає в тому, що в домовленості відсутні гарантії виконання зобов'язання, воно є незабезпеченим, оскільки будь-яка сторона може відмовитися від домовленості. До домовленості не застосовується принцип “*pacta sunt servanda*”.

¹⁹ С Сліпченко, *Деякі питання договірного регулювання цивільних відносин* в *Актуальні проблеми приватного права: договір як правова форма регулювання приватних відносин: матеріали науково-практичної конференції, присвяченої 95-річчю з дня народження доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента АН УРСР В. П. Маслова* (Право 2017) 54.

²⁰ М Казанцев, *Концепция гражданско-правового договорного регулирования* (автореф дис д-ра юрид наук, Ур гос юрид акад 2008) 23.

ційними контрагентами цивільно-правового договору в процесі його укладення та здійснюються під впливом таких юридичних фактів, як оферта та акцепт. Договірними визнаються відносини, що виникли на підставі цивільно-правового договору на стадії його виконання та іменуються зобов'язальними договірними правовідносинами. Зі свого боку післядоговірними слід вважати відносини, що виникли після припинення договору між його сторонами. Прикладом можуть бути відносини в підрядній сфері, коли в разі припинення договору підряду з підстав, передбачених законом або договором, до приймання замовником результату робіт останній має право вимагати передання йому незавершеного результату робіт з обов'язком компенсації підряднику понесених витрат. Якщо замовник зажадає передання йому такого незавершеного результату робіт, між сторонами договору, що припинив дію, виникнуть післядоговірні правовідносини.

З огляду на те, що договір є індивідуально-визначеним²¹ або конкретно-індивідуальним актом²², що фіксує індивідуальну поведінку певних осіб у конкретній ситуації у зв'язку з реалізацією норм права, визначає їх взаємні зобов'язання, доцільною є думка Н. Пархоменко, що договір може бути однією з форм реалізації норм права. Адже індивідуалізація договору проявляється в комплексі елементів: склад учасників, об'єкти, характер і зміст правовідносин, що виникають із договору, структура тощо. Застосування ж права – це діяльність, якій притаманний державно-владний характер із підготовки та прийняття індивідуальних рішень на основі юридичних фактів і конкретних правових норм²³.

З огляду на наведене вважаємо, що за сучасних умов євроінтеграції шляхом індивідуального регулювання приватноправових відносин здійснюється розширення меж правового регулювання завдяки переданню ініціативи із забезпечення окремих сфер його здійснення учасникам договірних відносин. Саме тому під індивідуальним регулюванням приватноправових відносин пропонуємо розуміти таку організацію поведінки їх учасників за допомогою договору, що регулює чітко визначені відносини, які виникають між конкретними суб'єктами цього договірного зобов'язання. При чому прослідковується активне проникнення в індивідуальне регулювання приватноправових відносин на рівні національного законодавства механізмів і норм міжнародного приватноправового регулювання. Наявність індивідуального регулювання як складової дослі-

²¹ Ф Григорьев, 'Признаки и классификация актов применения права' (1968) 1 Вопросы теории государства и права 98.

²² Ю Тихомиров, 'Система правовых актов советского государства' в *Право и правотворчество: вопросы теории* (ИГПАН СССР 1982) 50.

²³ Н Пархоменко, 'Договір у системі права України' (дис канд юрид наук, Інститут держави і права ім В М Корецького НАН України 1998) 22.

джуваного механізму повинна ґрунтуватися передусім на диспозитивності методу цивільно-правового регулювання.

Нині у правовій системі суспільства договірне регулювання приватноправових відносин має найважливіше значення. Без договірного регулювання правова система існувати не може, оскільки окремі види відносин не можуть бути врегульовані по-іншому, ніж за допомогою цивільно-правового договору. Саме тому договірне регулювання унаслідок різних історичних, політичних, економічних тощо чинників може звужуватися або ж, навпаки, розширюватися, однак переконані, що воно не може остаточно зникнути, свідченням чого є підходи до правового регулювання приватноправових відносин у часи командно-адміністративного управління економічними процесами в УРСР.

Висновки. На основі всього наведеного вище додатково зауважимо, що сучасна наука приватного права не може залишитися осторонь проблеми взаємодії публічного та приватного права. Тому окремого наукового дослідження потребує проблема необхідності зрівняння у правовому захисті приватної та публічної власності, зважаючи на різноманітність приватних і публічних інтересів, а також доречність використання приватноправових та публічно-правових механізмів регулювання економічних відносин (зважаючи на їхню системність, динамічність і здатність до повторюваності зростання і спадів тощо). На нашу думку, саме приватне право має стати ефективним інструментом регулювання різних суспільних відносин, не лише використовуючи існуючі конструкції, а й створюючи нові. Переконані, новими викликами мають стати дослідження у сфері майнових інтересів держави та інших суб'єктів приватного права в умовах регіональної нестабільності.

Майбутні доводи, зокрема й щодо договірного регулювання приватноправових відносин в євроінтеграційних умовах, мають бути зорієнтовані на органічне поєднання і взаємозв'язок приватних та публічних інтересів, дотримання балансу яких є пріоритетним напрямом у регулюванні взаємовідносин держави та особи. Видається доцільним запровадження у договірному регулюванні приватноправових відносин переходу від абсолютизації принципу "монізму" до визнання принципу "плюралізму" з метою адекватного пізнання і перетворення сучасної правової дійсності, від односторонніх поглядів та оцінок правових явищ до порівняльного аналізу результатів, отриманих за різними методиками (в аспекті договору – від усталених законодавчих підходів, до свободи регулювання змісту, форми договору тощо).

І наостанок. Звертаємо увагу на необхідність переведення на європейський рівень правового регулювання інститутів громадянського

суспільства, визначаючи не лише їх публічно-правову роль у державі, а й забезпечуючи їх приватноправовий статус як юридичних осіб чи неформальних організацій із використанням *aquis* ЄС щодо права компаній та некомерційної господарської діяльності. Однак це вже інший аспект нашої наукової розвідки.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Draft Hague Principles as Approved by the November 2012 Special Commission Meeting on Choice of Law in International Contracts and Recommendations for the Commentary <https://assets.hcch.net/upload/wop/contracts2012principles_e.pdf> (accessed: 01.02.2019) (in English).
2. Konventsiia Orhanizatsii Ob'iednanykh Natsii pro dohovory mizhnarodnoi kupivli-prodazhu tovariv [United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods] vid 11 kvitnia 1980 r. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_003> (accessed: 01.02.2019) (in Ukrainian).
3. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy [The Civil Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (accessed: 24.12.2018) (in Ukrainian).
4. Simeyni kodeks Ukrainy [Family Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 10 sichnia 2002 r. № 2947-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>> (accessed: 12.02.2019) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

5. Alekseev S, *Teoriya prava [Theory of Law]* (Bek 1993) (in Russian).
6. Kot O, *Zdiisnennia ta zakhyst sub'iektivnykh tsyvilnykh prav: problemy teorii ta sudovoi praktyky: monohrafiia [Implementation and Protection of Subjective Civil Rights: Issues of Theory and Judicial Practice: Monograph]* (Alerta 2017) (in Ukrainian).
7. Kuznietsova N, *Vybrani pratsi [Selected Works]* (Iurydychna praktyka 2014) (in Ukrainian).
8. Luts V, *Kontrakty v pidpriemnytskii diialnosti: navchalnyi posibnyk [Contracts in Business: Study Guide]* (2-e vyd, ster, Iurinkom Inter 2001) (in Ukrainian).
9. Pleniuk M, *Pidstavy vynykнення zobov'iazalnykh pravovidnosyn v mekhanizmi pravovoho rehuliuвання: monohrafiia [Grounds for Emergence of Relations under the Law of Obligations in the Mechanism of Legal Regulation: Monograph]* (2016) (in Ukrainian).

Edited and translated books

10. *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts with Commentary* (2015) (in English).
11. Il'in I, 'Obshhee uchenie o prave i gosudarstve' ['General Doctrine of Law and State'] v Lisicy Ju (sost i koment), *Sobranie sochinenij [Collected Works]* t 4 (Rus kniga 1994) (in Russian).
12. Popondopulo V, 'Dogovornoe pravo Rossii v sisteme pravovyh semej i mekhanizme pravovogo regulirovaniia' ['Contract Law of Russia in the System of Legal Families and in the Mechanism of Legal Regulation'] v Majdanik P i Kohanovskaja E (otv red), *Grazhdanskoe obshchestvo i razvitie grazhdanskogo prava: sbornik statej k jubileju*

Олександр Крупчан, Андрій Гриняк, Мар'яна Пленюк

doktora juridicheskikh nauk, professora Natalii Semenovny Kuznecovoj [Civil Society and Civil Law Development: Collected Articles Dedicated to the Anniversary of Doctor Habil. of Law, Professor Natalia Semenovna Kuznetsova] (Juridicheskaja praktika 2014) (in Russian).

13. Tihomirov Ju, 'Sistema pravovykh aktov sovetskogo gosudarstva' ['System of Legal Acts of the Soviet State'] v *Pravo i pravotvorchestvo: voprosy teorii [Law and Law Making: Issues of Theory] (IGPAN SSSR 1982) (in Russian).*

Journal articles

14. Grigor'ev F, 'Priznaki i klassifikacija aktov primenenija prava' ['Signs and Classification of the Acts of Law Application'] (1968) 1 *Voprosy teorii gosudarstva i prava* 98 (in Russian).
15. Hryniak A, 'Sudova praktyka yak dzherelo pravovoho rehuliuвання dohovirnykh vidnosyn' ['Judicial Practice as a Source of Legal Regulation of Contractual Relations'] (2014) 13 *Pryvatne pravo i pidpriemnytstvo* (in Ukrainian).
16. Krupchan O, 'Metodolohichni vymiry suchasnoho vitchyznianoho pryvatnoho prava' ['Methodological Dimensions of Modern National Private Law'] (2016) 16 *Pryvatne pravo i pidpriemnytstvo* 30-4 (in Ukrainian).

Conference paper

17. Kuznietsova N, 'Vdoskonalennia mekhanizmu pravovoho rehuliuвання tsyvilnykh vidnosyn v Ukraini' ['Improvement of the Mechanism of Legal Regulation of Civil Relations in Ukraine'] v *Aktualni problemy tsyvilnoho, zhytlovoho ta simeinoho zakonodavstva: materialy naukovo-praktychnoi konferentsii, prysviachenoї pam'iaty V. P. Maslova [Topical Issues of Civil, Housing and Family Legislation: Materials of the Scientific and Practical Conference Dedicated to the Memory of V. P. Maslov] (2011) (in Ukrainian).*
18. Slipchenko S, 'Deiaki pytannia dohovirnoho rehuliuвання tsyvilnykh vidnosyn' ['Some Issues of Contractual Regulation of Civil Relations'] v *Aktualni problemy pryvatnoho prava: dohovor yak pravova forma rehuliuвання pryvatnykh vidnosyn: materialy nauk.-prakt. konf., prysviach. 95-richnytsi z dnia narodzhennia d-ra. yuryd. nauk, prof., chl.-kor. AN URSSR V. P. Maslova [Topical Issues of Private Law: Contract as a Legal Form Regulating Private Relations: Materials of the Scientific and Practical Conference Dedicated to the 95th Birth Anniversary of Doctor Habil. of Law, Professor, Corresponding Member of the UkSSR Academy of Sciences V. P. Maslova] (Pravo 2017) (in Ukrainian).*

Thesis

19. Kazancev M, 'Konceptija grazhdansko-pravovogo dogovornogo regulirovaniya' ['Concept of Contractual Regulation under Civil Law'] (avtoref dis d-ra jurid nauk, 2008) (in Russian).

Dissertations

20. Parkhomenko N, 'Dohovor u systemi prava Ukrainy' ['Contract in the System of Law of Ukraine'] (dys kand yuryd nauk, Instytut derzhavy i prava im V M Koretskoho NAN Ukrainy 1998) (in Ukrainian).

Oleksandr Krupchan
Andrii Hryniak
Mariana Pleniuk

CONTRACTUAL REGULATION OF PRIVATE-LAW RELATIONS
IN THE CONTEXT OF THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESSES
IN UKRAINE

ABSTRACT. Recently, scholars and practitioners are paying increasingly more attention to the research of issues pertaining to contractual regulation of private-law relations based on the analysis of the fundamental theoretical provisions of the private-law theory through the prism of special conditions of the European integration processes in Ukraine. Of particular interest are the latest changes in the contractual regulation mechanism, not only from the perspective of the phenomenon of contract, its freedom, compliance with legal principles, but also in terms of the understanding of the freedom of a contract form, the structure of the ways to regulate contractual relations, its stages etc. Despite the large number of works focused on the above aspects in the private law doctrine, it should be noted that the issues relating to proper regulation of contractual relations, unfortunately, still remain unresolved and, therefore, their in-depth analysis would make it possible to form a new scientific vision of the approaches to improving the current legislation and its application practice.

By its influence on private-law relations, contractual regulation of private-law relations in the European integration context is wider than the statutory regulation, since legislative regulation is aimed at streamlining these relations, and the contractual one – at organizing and forming thereof. It is the civil-law contract that is the unique social and legal construction of private law which predetermines its specifics and at the same time gives its parties the widest freedom of action, the opportunity to be a kind of “legislators” for themselves but within certain legal boundaries.

Today, there is an urgent need for introducing the European methodology of the law of obligations, which is reflected in the need to combine new and well-known efficient constructions under the law of obligations, reduce the number and types of mandatory requirements and expand the scope of free initiative of the parties to contractual relations, thus making it possible to establish the criteria of their possible behavior.

The purpose of the article is to analyze contractual regulation of private-law relations in the context of the European integration processes in Ukraine, and also to present the author’s vision of their improvement.

KEYWORDS: contractual regulation; contract; obligations; private-law relations; contract form.



Наталія Федорченко

доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права та правового забезпечення туризму, Київського університету туризму, економіки і права (м. Київ, Україна)
Natasha.Fedorchenko@meta.ua

УДК 347.45/47

ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З НАДАННЯ ПОСЛУГ У ВІТЧИЗНЯНОМУ ПРАВІ: РОЗВИТОК ТА ПЕРСПЕКТИВИ

АНОТАЦІЯ. У статті досліджено розвиток договірних зобов'язань із надання послуг у вітчизняному праві, проведено їх історико-правовий аналіз та подальший розвиток правового регулювання відносин із надання послуг. Встановлено законодавчі підходи до процедури укладення договорів про надання послуг, акцентовано увагу на особливостях укладення цих договорів.

Метою статті є аналіз та характеристика зобов'язань із надання послуг, їх історичний розвиток і перспективи.

З'ясовано проблему співвідношення зобов'язань, які полягають у наданні послуг або виконанні робіт, встановлено критерії розмежування цих груп договірних зобов'язань, проведено аналіз та характеристику договірного типу з надання послуг. Запропоновано загальні ознаки, що об'єднують усі договірні зобов'язання, виокремити в окрему групу, що опосередковує надання послуг: 1) діяльність послугодавця не виражається у речовому результаті; 2) виконавець не гарантує досягнення передбачуваного результату; 3) чинним законодавством не передбачено контролю з боку замовника за процесом надання йому послуги виконавцем, хоча він і можливий за наявності згоди сторін, вираженої в конкретних умовах договору; 4) споживання посередницької послуги відбувається у процесі її надання.

У статті здійснено теоретичне узагальнення і нове вирішення наукового завдання, що полягає у комплексному дослідженні договірних зобов'язань із надання послуг і формування на цій основі теоретичних висновків та практичних пропозицій щодо вдосконалення цивільного законодавства України.

Зроблено висновок про необхідність перегляду нормативно-правового підходу до порядку укладення цивільно-правових договорів загалом і договорів про надання послуг зокрема та відходу від планово-адміністративних актів як основи укладення цих договорів. Зазначено, що саме договір про надання послуг виконує важливу функцію формування правових зв'язків між потенційними контрагентами, визначає порядок і послідовність надання послуг виконавцем та розрахунків за надані послуги замовником. Акцентовується увага на проблемних питаннях, які

залишаються в науці цивільного права, зокрема: укладення договору про надання послуг із державного бюджету, якості надання послуг, відповідальності за неналежне надання послуг, а також питання стягнення платежів за так званими виконавськими послугами.

Ключові слова: зобов'язання з надання послуг; договір про надання послуг; суб'єкти зобов'язань із надання послуг; послуга.

Договірні зобов'язання із надання послуг у сучасному цивільному обороті формують одну з найчисленніших груп договірних зобов'язань.

Однак проблема договірних зобов'язань із надання послуг залишається дискусійною. У світлі сучасних подій перед цивілістами постали нові виклики, що відображаються, зокрема, й у розробці науково-обґрунтованої концепції розвитку договірного регулювання відносин із надання послуг, формування на цій основі наукових висновків, спрямованих на розвиток доктрини цивільного права, та практичних пропозицій щодо удосконалення національного законодавства, забезпечення правового порядку в сфері надання послуг з урахуванням досвіду зарубіжних держав.

Особливий внесок у розвиток інститутів цивільно-правового договору загалом і договорів про надання послуг зокрема зробили такі вчені: Ч. Азімов, С. Алексєєв, І. Безклубий, О. Беяневич, С. Бервено, Д. Боброва, Т. Боднар, В. Борисова, М. Брагінський, В. Васильєва, О. Вінник, В. Вітрянський, М. Галантич, А. Гриняк, В. Джуно, О. Дзера, І. Діковська, С. Демченко, А. Довгерт, Ю. Заїка, І. Канзафарова, Т. Ківалова, В. Кисіль, В. Коссак, О. Кохановська, Н. Кузнецова, І. Кучеренко, О. Крупчан, С. Ландкоф, В. Луць, Р. Майданик, В. Маслов, Г. Матвєєв, Н. Мироненко, Н. Пацурія, С. Погрібний, В. Примак, Ю. Притика, О. Пушкін, В. Резнікова, З. Ромовська, Л. Саннікова, М. Сібільов, І. Спасибо-Фатєєва, Р. Стефанчук, С. Фурса, Є. Харитонов, О. Шаблова, С. Шимон, Я. Шевченко, Р. Шишка, В. Щербина, О. Яворська, В. Яроцький та ін.¹

З огляду на викладене, можна зазначити, що назріла потреба у перегляді нормативно-правового підходу до порядку укладення цивільно-правових договорів загалом і договорів про надання послуг зокрема та відходу від планово-адміністративних актів як основи укладення цих договорів. Так, саме договір про надання послуг виконує важливу функцію щодо формування правових зв'язків між потенційними контрагентами, визначає порядок і послідовність надання послуг виконавцем та розрахунків за надані послуги замовником. Договір надає можливість

¹ Н Федорченко, *Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики* (НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України 2015) 5.

Наталія Федорченко

його сторонам більш ефективно вирішувати спірні питання, які можуть виникнути у процесі реалізації відносин, що ним регулюються.

Метою дослідження є аналіз та характеристика зобов'язань із надання послуг, їх історичний розвиток і перспективи.

Якщо провести історико-правовий аналіз договірних зобов'язань із надання послуг, то слід зазначити, що значна частина цих відносин закріплювалися в окремих главах Цивільного кодексу (далі – ЦК) УРСР 1963 р., зокрема в главі 28, що регулювала підрядні відносини. Як зазначалося у ч. 3 ст. 348 ЦК УРСР, щодо окремих видів обслуговування громадян Рада Міністрів Української РСР затверджує типові договори побутового замовлення². Згодом таке право було надане Укрсоюзсервісу згідно з Правилами побутового обслуговування населення від 16 травня 1994 р. А в науковій літературі активно пропагувалася ідея щодо можливості регулювання побутових послуг населенню не тільки за допомогою побутового замовлення, а й на підставі інших цивільно-правових інститутів³.

У той самий час продовжувалося вдосконалення правового регулювання окремих видів послуг, які отримали правову регламентацію в Основах цивільного законодавства Союзу РСР 1991 р. При цьому найбільша увага приділялася відносинам з обслуговування населення, що склалися у роздрібній торгівлі, громадському харчуванні, при виконанні на замовлення населення всіляких робіт, прокаті предметів домашнього вжитку та іншого майна особистого користування, перевезенні пасажирів та багажу, зберіганні речей, за операціями Ощадного банку СРСР, при державному особистому та майновому страхуванні, наймі жилих приміщень, у сфері культурного обслуговування тощо.

Зважаючи на наведене вище, доходимо висновку, що ще за радянських часів у правовій доктрині почала формуватися концепція договору на обслуговування громадян як самостійного типу цивільно-правового договору, яка згодом так і не набула законодавчої формалізації. Указана концепція ґрунтувалася на виокремленні в межах сфери послуг підсфери обслуговування громадян, де відбувається задоволення їх особистих потреб шляхом отримання ними побутових, медичних, освітніх, житлово-комунальних, туристичних тощо послуг. Таким чином, економічні реформи 80-х років принесли позитивні зміни в напрямі перетворення відносин власності, відміни планового розподілу, відмови від системи адміністративних приписів у формуванні умов договору і, як наслідок, розширення договірної свободи та її розповсюдження на нові сфери.

www.prawo.ua.com.ua

² Цивільний кодекс Української РСР від 18 липня 1963 р. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1963. № 30. Ст. 463.

³ Н Саніахметова та інші, *Цивільний кодекс України (науково-практичний коментар)* (Саніахметова Н та інші відп ред, Одісей 2000).

Завдяки цьому кінець ХХ ст. пов'язаний із суттєвими перетвореннями у сфері договірних відносин, що відобразилося у розумінні договору як основного регулятора цивільних відносин.

Одним із важливих інститутів, що надав імпульс розвитку правового регулювання відносин із надання послуг та його законодавчого відокремлення, став інститут захисту прав споживачів, що можна іменувати “періодом розвитку”. Так, період розвитку пов'язаний, насамперед, із фактичним крахом усієї існуючої в СРСР планової системи товарного забезпечення та обслуговування населення. Не випадково, що з початку 90-х років минулого століття у так званий пострадянський період поряд зі змінами в економічному базисі (коли на зміну плановій економіці прийшли ринкові відносини, приватизація і приватний бізнес) помітно оновилися і юридична надбудова: з'явилися та стали удосконалюватися спеціальні нормативні акти, адресовані споживачам. Це започаткувало формування самостійної сфери законодавства, законодавства про захист прав споживачів на підставі поступового запозичення, а потім й імплементації норм міжнародних конвенцій і кращих зразків законодавчих актів зарубіжних країн.

Тому не випадково вже 12 травня 1991 р. Верховна Рада України прийняла Закон “Про захист прав споживачів”, який ознаменував нові концептуальні підходи до врегулювання відносин за участю громадян-покупців, замовників товарів, робіт та послуг. Звичайно, цей Закон не був позбавлений прорахунків і вад. 15 грудня 1993 р. до нього було внесено низку істотних змін і доповнень, що викликало необхідність його повного викладення у новій редакції. 1 грудня 2005 р. набула чинності нова редакція цього Закону, в якій було розширено перелік термінів, що визначаються в акті⁴.

Наступний період еволюції інституту договірних зобов'язань із надання послуг, пов'язаний із прийняттям Цивільного кодексу України 2004 р. (далі – ЦК України)⁵, можна іменувати “періодом становлення та утвердження договірних зобов'язань із надання послуг” як самостійного цивільно-правового інституту. Хоча ще зовсім нещодавно можливість визнання цієї сукупності норм правовим інститутом піддавалася жорсткій критиці. Так, О. Кабалкін зазначав, що неможливо погодитися з визнанням зобов'язань із надання послуг своєрідним правовим інститутом особливо в умовах, коли в цивільному законодавстві відсутні норми, що регулювали відносини з надання послуг⁶.

⁴ Про захист прав споживачів: Закон України від 1 грудня 2005 р. № 3161. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 7. Ст. 84.

⁵ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 01.02.2019).

⁶ Ю. Кабалкін, ‘Услуги в гражданском праве’ в *Сборник научных трудов, посвященных памяти В. А. Рясенцева* (МГЮА 1995) 38.

Наталія Федорченко

Однак виокремлення норм про договори щодо надання послуг у самостійну главу 63 ЦК України свідчать про помилковість настільки категоричного висновку. Так, законодавець у ст. 177 ЦК України серед різновидів об'єктів цивільних прав виділив послуги як самостійний об'єкт цивільних правовідносин. У главі 63 ЦК України містяться найзагальніші положення, що стосуються всіх видів послуг. Це робить договір про надання послуг універсальним договором, який широко використовується всіма учасниками цивільного обороту. Головна особливість цієї групи договорів, на відміну від договорів про виконання робіт, на думку В. Луця, полягає у тому, що надання послуги невіддільна від діяльності особи-послугодавача. Корисний ефект такої діяльності не виступає у вигляді певного осяжного матеріального результату, як це має місце у підрядних договорах, а полягає в самому процесі надання послуги⁷.

Зважаючи на різноманітність відносин, що виникають у сфері надання послуг, протягом усього періоду незалежності України закріплення положень, присвячених регулюванню таких відносин, відбувається на рівні різнорівневих нормативно-правових актів. Так, крім ЦК України, норми щодо регулювання відносин із надання послуг закріплені в главах 31, 32, 35 Господарського кодексу України, законах України, транспортних статутах і кодексах, а також інших численних різнорівневих нормативно-правових актах.

Встановлення підходів до правового регулювання відносин у сфері надання послуг має досить важливе значення, оскільки визначає загальні напрями правового впливу на регулювання цих правовідносин через вплив на елементи самих правовідносин.

Специфіка сучасного праворозуміння полягає в тому, що в центрі права перебуває окремий індивід із власними інтересами та потребами. Звичайно, межі свободи людини розширюються історично з розвитком суспільства, його духовної, економічної, політичної сфер. Проте лише право відкриває можливості для кожної людини реалізувати цю свободу і здійснювати усвідомлений вибір поведінки.

З огляду на напрями правового впливу на суспільні відносини, можна беззаперечно стверджувати, що право на надання послуг є правом особи. Беручи до уваги це судження, доходимо висновку, що таке право входить до її правового становища: 1) як особи взагалі – ніхто не може бути обмежений у праві займатися такою діяльністю; 2) як спеціальне право, за яким наявність спеціальної освіти та навичок, що підтверджується виданими в установленому порядку дипломом про відповідну освіту

⁷ В. Луць, *Контракти в підприємницькій діяльності: навчальний посібник* (Юрінком Інтер 2008) 244.

чи посвідченням (сертифікатом) про перепідготовку та підвищення кваліфікації, надає особі право на професійне заняття такою діяльністю.

Щодо юридичної особи, то право на надання послуг може охоплюватися її загальним чи спеціальним правовим становищем та передбачатися її засновницькими документами як різновид її підприємницької діяльності. Це один із напрямів діяльності, наприклад, туристичних чи рекламних агентств, що передбачені їх засновницькими документами.

Договірні зобов'язання з надання послуг посідають важливе місце в системі цивільно-правових зобов'язань. Про це свідчить, насамперед, виділення цієї групи договірних зобов'язань у більшості відомих у теорії цивільного права класифікацій цивільно-правових зобов'язань. Не секрет, що основою вчення про цивільно-правові договори є проблема їх систематизації. Теоретичне обґрунтування систематизації надає базу для побудови чіткої системи договорів у кодифікованих актах цивільного законодавства і дає змогу належно вирішувати багато труднощів, що виникають у договірній та судовій практиці. Так, у юридичній літературі неодноразово робилися спроби провести систематизацію цивільно-правових договорів. Хоча законодавець у розділі III книги 5 ЦК України “Окремі види зобов'язань” обрав двоступеневу структуру, тип договору та окремі види договорів відповідного типу, проте слушними можна визнати й інші класифікації договірних зобов'язань, які трапляються в юридичній літературі та значно полегшують розуміння загальних і спеціальних ознак, що притаманні відповідним договорам.

Бурхливий процес виникнення і розвитку нових форм договірних відносин вимагає дослідження всіх договорів як складових єдиної системи. Виділення окремих типів зобов'язань дає можливість глибокого їх вивчення і правильного вибору суб'єктами того чи іншого договірного виду, залежно від потреб та інтересів, для правильного розташування і систематизації нормативного матеріалу. Це дає змогу розглядати договори не як розрізнену масу окремих відносин, а як певну їх сукупність, що володіють внутрішньою цілісною структурою, сукупністю, в основі якої лежать єдність і взаємозв'язок між окремими договорами. Водночас не слід забувати, що з постійним розвитком та зміною відносин потребує уточнення і зміни система договорів.

Договори з надання послуг по-різному відображаються у системі законодавства зарубіжних країн. Так, М. Брагінський, з'ясовуючи місце договору з надання послуг у Німецькому цивільному уложенні, цілком слушно зазначив, що назва глави “Підряд та подібні договори” цілком

очевидно підкреслює появу відмінних від підряду договорів, предметом яких слугує один із видів послуг як таких⁸.

На відміну від Німецького цивільного уложення, Торговий кодекс Японії взагалі не виділяє в окремий правовий інститут договір про надання послуг⁹. У розділі III “Зобов’язальне право” також не передбачено договору про надання послуг. Цивільно-правова доктрина побудови зобов’язально-правових інститутів Цивільного кодексу Японії спирається на категорію договорів про використання чужої праці, які, зі свого боку, поділяються на: а) договір, що передбачає повноваження спрямовувати працю працівників на певні цілі (договір особистого найму); б) договір, що ставить на меті повне здійснення певної роботи працею інших осіб (договір підряду); в) договір про проведення спільної роботи на підставі власного розсуду працівника (договір доручення); г) договір про виконання специфічної роботи щодо зберігання речі, яка належить іншій особі (договір зберігання)¹⁰.

Цікаво зазначити, що договір підряду в Цивільному кодексі Японії передбачає надання результату завершеної роботи (ст. 632), який може бути як матеріальним, так і нематеріальним¹¹. Інакше кажучи, поняттям “підряд” у японському цивільному законодавстві охоплюються і робота у вигляді послуги (з наданням нематеріального результату), і робота з наданням матеріального результату. Принципової відмінності в юридичній кваліфікації цих відносин за критерієм наявності або відсутності матеріалізованого результату законодавство Японії не робить.

Відзначимо, що в ЦК України виділення групи зобов’язань із надання послуг має не тільки теоретичне, а й практичне значення. Як справедливо вказує Ю. Романець, мета класифікації цивільних договорів полягає в тому, щоб на основі правильно обраних критеріїв розділити договори на групи, що об’єднують зобов’язання зі схожою правовою регламентацією і розділяють зобов’язання з різним правовим регулюванням¹². Тобто об’єднання в єдину групу договірних зобов’язань із надання послуг дасть змогу виявити закономірності в правовому регулюванні опосередковуваних ними відносин і сформулювати пропозиції щодо удосконалення механізму їх правового регулювання.

Щоб здійснити класифікацію цивільно-правових договорів, необхідно виявити суттєві спільні та відмінні риси між різними договорами. З огляду на це, детальніше зупинимося на виявленні спільних і відмін-

⁸ М Брагинский, *Договор подряда и подобные ему договора* (Статут 1999) 219.

⁹ Тзцуо Сато (под общ ред), А Лихо (пер с англ), *Торговый кодекс Японии* (Микап 1993) 121.

¹⁰ Саказ Вагацума. *Гражданское право Японии*, кн 2 (Прогресс 1983) 92-3.

¹¹ Луць (н 7) 103.

¹² Ю Романець, *Система договоров в гражданском праве России* (Юристь 2006) 40.

них ознак договірних зобов'язань з надання послуг та інших договірних зобов'язань.

До суміжних договірних зобов'язань можна віднести, перш за все, ті зобов'язання, об'єктами яких традиційно вважаються дії. Необхідно підкреслити, що як у договорах із надання послуг, так і в договорах підряду сутність діяльності боржника з виконання договору полягає у вчиненні певних дій. Так, аналіз закріпленої в ст. 837 ЦК України дефініції договору підряду свідчить, що поняття “робота” розкривається законодавцем через категорію “вчинення дії” або “діяльність”.

Проблемі співвідношення зобов'язань, які полягають у наданні послуг або виконанні робіт, у юридичній літературі відводиться значне місце. На думку одних авторів, роботи і зобов'язання з їх виконання – це більш широке поняття щодо послуги¹³; інші, навпаки, розглядають виконання робіт як різновид послуг¹⁴; треті – ці категорії розділяють¹⁵. Як убачається із наведеного, міркування вчених зводилися переважно до того, які ж відносини якими охоплюються: чи підряд є різновидом договору послуг, чи послуга є різновидом договору підряду. Вважаємо, що з правової точки зору немає підстав говорити про збіг цих двох понять, а отже, недоцільно ні роботу розглядати як різновид послуг, ні послугу як різновид робіт, оскільки вони спрямовані на досягнення різних результатів.

Переважно розмежування цих груп договірних зобов'язань здійснюється за об'єктом зобов'язання: у зобов'язаннях із виконання робіт – це роботи, у зобов'язаннях із надання послуг – послуги. Саме в матеріальному характері благ, стан яких піддається зміні або збереженню в процесі виконання робіт, і полягає той матеріальний субстрат, який визначає специфіку робіт як самостійного об'єкта цивільних прав.

При цьому більшість цивілістів наголошують на нематеріальній, неуречевленій природі послуг, на відміну від робіт. Як зазначає з цього приводу А. Гриняк, коли йдеться про діяльність у формі “робіт”, то споживача, власне, цікавить кінцевий результат такої діяльності, що набуває певної матеріалізованої форми, тобто такий об'єкт цивільних прав, як “результати робіт”. Коли ж йдеться про послуги як об'єкт цивільних прав, то до уваги береться не сам результат, який споживається при здійсненні діяльності, а дії, які до нього призвели¹⁶.

¹³ Б Антимонов и другие, *Отдельные виды обязательств. Курс советского гражданского права* (Граве К и Новицкий И под ред, Госюриздат 1954) 221.

¹⁴ Е Суханов (ред), *Гражданское право, т 2* (БЕК 1994) 198.

¹⁵ В Кабатов, ‘Возмездное оказание услуг’ в *Гражданский кодекс Российской Федерации, ч 2: Текст. Комментарии. Алфавитно-предметный указатель* (1996) 392; В Яковлев, *Гражданско-правовой договор в сфере обслуживания* (Наука 1980) 17; А Гриняк, ‘Особенности розмежування договорів підряду та договорів із надання послуг’ (2012) 4 Підприємництво, господарство і право 18-20.

¹⁶ А Гриняк, ‘Договірні зобов'язання з виконання робіт у цивільному праві України’ (дис д-ра юрид наук, Харківський національний університет імені В Н Каразіна 2013) 100.

Наталія Федорченко

У зв'язку з наведеним вище аналізом, вважаємо спірною висловлену в юридичній літературі точку зору про розподіл послуг на нематеріальні (“чисті”) і матеріальні (ті, що опосередковуються підрядними відносинами)¹⁷. Оскільки правильніше було б говорити або про послуги, або про роботи.

Слід зазначити, що і роботи, і послуги – це визнані законом об'єкти цивільних прав, вони об'єктивуються у процесі цілеспрямованої діяльності певного виду, а їх результати володіють споживчою вартістю. Водночас у загальних положеннях про об'єкти цивільних прав не міститься визначення ні результатів робіт, ні послуг. Вони лише перераховуються у ст. 177 ЦК України поряд з іншими об'єктами цивільних прав. Зміст роботи лише частково розкривається в ч. 2 ст. 837 ЦК України. Натомість зміст послуги взагалі законодавцем не розкривається, хоча також зазначається в ст. 177 ЦК України.

Законодавець, визначаючи у ст. 177 ЦК України послуги як самостійний об'єкт цивільних прав, на відміну від інших об'єктів, наприклад, цінних паперів, не закріпив їх легального визначення. Немає нормативного визначення поняття послуг і в главі 63 ЦК України. З огляду на наведене вважаємо за необхідне вказати на потребу подальшого удосконалення чинного законодавства з метою приведення його положень у відповідність до вже загальноновизнаних положень науки цивільного права щодо розуміння поняття послуг.

Наслідком наведених законодавчих помилок є ототожнення у ст. 715 ЦК України понять “роботи” та “послуги”, підтвердженням чого є ч. 5 зазначеної статті, в якій встановлено, що ‘договором може бути встановлений обмін майна на роботи (послуги)’¹⁸. Таке ототожнення є алогічним, оскільки призводить до неправильного застосування до відносин із надання послуг законодавства, що регулює підрядні відносини, та істотного порушення прав контрагентів за договором.

Таким чином, спробуємо визначити критерії розмежування договорів із надання послуг та договорів із виконання робіт, а саме:

1) предметом договорів із надання послуг є сам процес надання послуги, а не досягнення матеріалізованого результату. Крім того, основний результат при наданні послуг виражається у нематеріальній формі, однак має економічну цінність і корисний ефект для замовника;

2) виконавець за договором про надання послуг повинен надати послугу особисто (виняток становить надання послуги найманим праців-

¹⁷ В Кротов, *Обязательства по оказанию услуг в советском гражданском праве: учебное пособие* (Толстой Ю науч ред, Изд-во Ленингр ун-та 1990) 12.

¹⁸ Цивільний кодекс України (н 5).

ником), у той час як підрядник має право, якщо інше не встановлено договором, залучати до виконання роботи інших осіб (субпідрядників);

3) із дефініції договору про надання послуг (ст. 901 ЦК України), на відміну від дефініції договору підряду, не впливає, що виконавець надає послугу на власний ризик, тобто він має право вимагати оплати наданих послуг навіть у випадку настання якихось непередбачуваних обставин;

4) завершальною стадією виконання договору підряду є підписання акта приймання-передачі результату робіт, і ця процедура, на відміну від договору про надання послуг, передбачена чинним законодавством. При виконанні договору про надання послуг, навіть за умови передачі зовнішньої форми діяльності послугодавця, як-от договору, не завжди є свідченням завершення діяльності з надання послуги;

5) з огляду на дефініцію договору про надання послуг, послуга споживається у процесі її надання, тоді як виконання роботи та споживання її результатів не збігаються у часі.

Водночас слід зазначити, що останній критерій такого відмежування є доволі умовним, оскільки окреме існування результатів послуги від їх виконавця прослідковується, наприклад, у випадках проведення маркетингових досліджень, де основним обов'язком виконавця є обов'язок провести маркетингове дослідження відповідно до завдання замовника і передати його результати у вигляді звіту та (або) рекомендацій замовникові.

Отже, якщо розширити предметну сферу регулювання договірних зобов'язань із надання послуг, не обмежуючи їх тільки так званими нематеріальними послугами, можна встановити деяке зближення правових позицій із цього питання: послуги повинні і мають певний результат “*opis*”, досягнення якого становить мету взаємодії учасників у межах зобов'язального правовідношення.

Зважаючи на аналіз існуючих у праві концепцій класифікації договірних зобов'язань, а також побудови системи договірних зобов'язань із надання послуг, доцільно підкреслити, що: а) зобов'язання з надання послуг є однією зі складових системи цивільно-правових зобов'язань, що відрізняються від інших договірних зобов'язань (зобов'язання, що поєднують елементи зобов'язання з надання послуг та інших типів зобов'язань, не повинні включатися до системи внутрішньої диференціації зобов'язань із надання послуг); б) система зобов'язань із надання послуг не може бути вичерпною, оскільки нею мають охоплюватися як поійменовані, так і непоійменовані різновиди відносин із надання послуг.

Наталія Федорченко

Дуже важливим є визначення загальної характеристики договорів із надання послуг. Договорам про надання послуг властиві як загальні ознаки цієї правової категорії, так і специфічні риси (особливості), притаманні окремим видам цього типу договірних зобов'язань.

Видається доречним провести аналіз та характеристику договірному типу з надання послуг за такими класифікаційними критеріями.

За суб'єктним складом договори з надання послуг є переважно двосторонніми, хоча можуть бути і багатосторонніми. Слід зазначити, що за договорами з надання послуг сторони, що безпосередньо надають послуги, у низці випадків наділені спеціальною правоздатністю. Це зумовлено тим, що далеко не кожен учасник цивільних правовідносин може надавати послуги. Прикладом можуть слугувати виконавці за договором із надання медичних, освітніх, оцінних послуг тощо. Суть спеціальної правоздатності полягає в тому, що юридична особа має право вчиняти лише ті дії, які спрямовані на досягнення зазначеної в установчих документах мети. Так, за законодавством радянського періоду (ст. 26 ЦК УРСР 1963 р.) юридична особа наділялася цивільною правоздатністю відповідно до встановлених цілей діяльності¹⁹.

За юридичною підставою укладення договори з надання послуг належать до договорів, що укладаються на підставі вільних намірів сторін. Хоча, як і в будь-якому правилі, тут існують винятки. Йдеться про випадки укладення договорів із надання послуг на підставі прямої вказівки закону. Прикладом можуть слугувати положення статей 20, 21 Закону України "Про житлово-комунальні послуги"²⁰, зі змісту яких вбачається, що укладення договору про надання комунальних послуг є обов'язковим на підставі закону, що, зі свого боку, може розглядатись як спонукання до укладення договору. Тобто у сфері комунальних послуг законодавство допускає обов'язкове укладення договору²¹. З огляду на це, можна припустити, що у разі ухилення від укладення договору однією стороною, можливе, на вимогу другої сторони, спонукання до його укладення за рішенням суду.

Іншим прикладом обмеження договірної свободи у сфері надання послуг є можливість укладення публічних договорів та договорів приєднання. Свобода договору, як слушно зазначає А. Луць, включає в себе, окрім можливості вибору контрагента та визначення змісту договору, також і вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини, свободо-

www.pravoua.com.ua

¹⁹ О. Зозуляк, *Реалізація цивільної правосуб'єктності юридичних осіб у договірній формі* (Нова зоря 2012) 52.

²⁰ Про житлово-комунальні послуги: Закон України від 9 листопада 2017 р. № 2189-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2189-19>> (дата звернення: 01.02.2019).

²¹ Р. Гейнц, *Цивільно-правове регулювання відносин за договором про надання комунальних послуг* (дис канд юрид наук, Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника 2011) 137.

ду вибору сторонами форми договору, право сторін укласти як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать, право сторін за своєю угодою змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору, визначати способи забезпечення договірних зобов'язань, право встановлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо²². Проте в межах договірного типу з надання послуг існують окремі різновиди договорів, у яких обмеження принципу свободи договору є необхідною умовою їх існування (договір перевезення транспортом загального користування, договір складського зберігання, укладений складом загального користування, договір банківського вкладу тощо). Обмеження свободи договору в публічних договорах відбувається за такими напрямками: підприємці позбавлені можливості вільного вибору контрагента та вільного виявлення волі до вступу у договірні відносини, а також на свій розсуд змінювати умови договору.

Для цих договорів властивими є, по-перше, визначене коло суб'єктів: ними, з одного боку, є підприємці, що у встановленому порядку здійснюють підприємницьку діяльність у таких напрямках надання послуг, як перевезення транспортом загального користування, надання послуг зв'язку, медичного, готельного, банківського обслуговування тощо, а з другого – будь-хто, хто до них звертається для задоволення своїх потреб у конкретних послугах; по-друге, умови публічного договору встановлюються однаковими для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги (наприклад, пільги, що надані ветеранам війни щодо сплати квартирної плати і комунальних послуг); по-третє, підприємець не повинен надавати перевагу одному споживачеві перед іншим щодо укладення публічного договору, якщо інше не встановлено законом. У разі безпідставної відмови від укладення договору для оферента також настає цивільно-правова відповідальність.

Аналізуючи наведені ознаки публічного договору, необхідно зазначити про певні термінологічні неточності у визначенні суб'єктів такого договору. Так, у ст. 633 ЦК України сторона, що приймає на себе зобов'язання з публічного договору, визначена як підприємець, що дає можливість припустити звуження кола виконавців послуг і виключення з них юридичних осіб. З огляду на цей висновок можна констатувати (сподіваємося, помилково) закладений у законодавстві механізм неналежного захисту прав споживачів, оскільки підприємці, порівняно з юридичними особами, будуть поставлені у нерівне становище, адже

²² А Луць, 'Свобода договору в цивільному праві України' (дис канд юрид наук, Київ нац ун-т ім Т Шевченка 2001) 164.

Наталія Федорченко

на останніх не буде покладено додаткових обов'язків, обумовлених публічним характером їх діяльності. Крім того, вбачається й інша законодавча помилка, що міститься у ст. 633 ЦК України, адже в таких сферах застосування публічного договору, як банківська діяльність та послуги зв'язку, виконавцями виступають виключно юридичні особи.

Прогресивним видається закріплений у ст. 633 ЦК України підхід, за яким суб'єкт підприємницької діяльності зобов'язаний здійснити продаж товарів, виконати роботи або надати послуги кожному, хто до нього звертається. Такий підхід дає змогу стверджувати, що, застосовуючи конструкцію “кожен, хто звернеться”, законодавець фактично розширює категорію “споживач” і відносить до них також юридичних осіб. Додатковими аргументами на користь цього умовиводу слугує закріплення законодавцем режиму публічності в таких сферах із надання послуг, як складське зберігання складом загального користування (ст. 957 ЦК України) та зберігання автотранспортних засобів, що здійснюється суб'єктом підприємницької діяльності (ст. 977 ЦК України), адже такі договори доволі часто укладають і юридичні особи, а коло споживачів зазначеними нормами не обмежене.

Як і публічний договір, договір приєднання є узагальненою категорією тих договорів із надання послуг, у яких умови договору встановлені однією зі сторін у формулярах або інших стандартних формах і які укладаються лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого тексту договору. Друга сторона при цьому не може запропонувати свої умови договору. Звичайно, друга сторона сама вирішує, укласти чи не укласти договір на запропонованих їй умовах, тобто тут не порушується принцип свободи договору. Але необхідність укладення особою договору приєднання, особливо у підприємницькій діяльності, часто обумовлена економічними чи географічними чинниками, коли можливість вибору контрагента є обмеженою.

Висновки. Таким чином, аналізуючи договірні зобов'язання із надання послуг, можна зазначити ознаки, що об'єднують усі такі договірні зобов'язання в окрему групу, зокрема:

1) діяльність послугодавця не виражається у речовому результаті. Основним результатом при наданні послуг є результат нематеріального характеру, який не втілюється у жодну з матеріальних форм, однак, попри відсутність матеріальної форми, має економічну цінність і корисний ефект для замовника такої послуги;

2) послугодавець не гарантує досягнення передбачуваного результату;

3) чинним законодавством не передбачено контролю з боку замовника за процесом надання йому послуги виконавцем, хоча він і мож-

ливий за наявності згоди сторін, вираженої в конкретних умовах договору;

4) споживання посередницької послуги відбувається в процесі її надання.

В умовах сучасного інформаційного глобалізованого суспільства, розвинутої ринкової економіки, значних змін у соціальному житті людства відносини з надання послуг набувають все більшого значення. Проблемним у науці цивільного права залишається питання укладення договору про надання послуг коштом державного бюджету, якості надання послуг, відповідальності за неналежне надання послуг, а також питання стягнення платежів за так званими виконавськими послугами.

Отже, сучасні тенденції розвитку сфери послуг потребують нагально-го законодавчого вдосконалення.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Pro zakhyst prav spozhyvachiv [On Consumer Rights Protection]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 1 hrudnia 2005 r. № 3161. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2006. № 7. St. 84 (in Ukrainian).
2. Pro zhytlovo-komunalni posluhy [On Housing and Public Utility Services]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 9 lystopada 2017 r. № 2189-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2189-19>> (accessed: 01.02.2019) (in Ukrainian).
3. Tsyvilnyi kodeks Ukrainiskoi RSR [The Civil Code of the Ukrainian SSR] vid 18 lypnia 1963 r. *Vidomosti Verkhovnoi Rady URSR*. 1963. № 30. St. 463 (in Ukrainian).
4. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy [The Civil Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (accessed: 01.02.2019) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

5. Braginskij M, *Dogovor podrjada i podobnye emu dogovora [Work and Labor Contract and Similar Contracts]* (Statut 1999) (in Russian).
6. Fedorchenko N, *Dohovirni zobov'iazannia z nadannia posluh: problemy teorii i praktyky [Contractual Obligations to Provide Service: Issues of Theory and Practice]* (NDI pryvatnoho prava i pidpriemnytstva NAPrN Ukrainy 2015) (in Ukrainian).
7. Jakovlev V, *Grazhdansko-pravovoj dogovor v sfere obsluzhivanija [Civil-Law Contract in the Service Sector]* (Nauka 1980) (in Russian).
8. Krotov V, *Objazatel'stva po okazaniju uslug v sovetskom grazhdanskom prave [Obligations on Rendering of Services in Soviet Civil Law]* (1990) (in Russian).
9. Luts V, *Kontrakty v pidpriemnytskii diialnosti: navchalnyi posibnyk [Contracts in Business: Study Guide]* (Iurinkom Inter 2008) (in Ukrainian).
10. Romanec Ju, *Sistema dogovorov v grazhdanskom prave Rossii [System of Contracts in Civil Law of Russia]* (Jurist' 2006) (in Russian).

Наталія Федорченко

11. Zozuliak O, *Realizatsiia tsyvilnoi pravosub'iektnosti yurydychnykh osib u dohovirni formi [Implementation of Civil Legal Personality of Legal Entities in a Contractual Form]* (Nova zoria 2012) (in Ukrainian).

Edited and translated books

12. Antimonov B i drugie, *Otdel'nye vidy objazatel'stv. Kurs sovetskogo grazhdanskogo prava [Separate Types of Obligations. A Course of Soviet Civil Law]* (Grave K i Novitskiy I pod red, Gosjurizdat 1954) (in Russian).
13. Kabalkin Ju, 'Uslugi v grazhdanskom prave' ['Services in Civil Law'] v *Sbornik nauchnykh trudov, posvyashchennykh pamyati V. A. Ryasentseva [Collected Scientific Papers Dedicated to the Memory of V. A. Riasentsev]* (MGJuA 1995) (in Russian).
14. Kabatov V, 'Vozmezdnoe okazanie uslug' ['Service Providing on a Paid Basis'] v *Grazhdanskij kodeks Rossijskoj Federacii [The Civil Code of the Russian Federation], chast' 2 Tekst. Kommentarii. Alfavitno-predmetnyj ukazatel' [Text. Commentaries. Alphabetical Index]* (1996) (in Russian).
15. Sakaje Vagacuma, *Grazhdanskoe pravo Japonii [Civil Law of Japan]*, kn 2 (Progress 1983) (in Russian).
16. Saniakhmetova N ta inshi, *Tsyvilnyi kodeks Ukrainy (naukovo-praktychnyi komentar) [The Civil Code of Ukraine (Scientific and Practical Commentary)]* (Saniakhmetova N ta inshi vidp red, Odissei 2000) (in Ukrainian).
17. Suhanov E (red), *Grazhdanskoe pravo [Civil Law]*, t 2 (BEK 1994) (in Russian).
18. Tzcuo Sato (pod obshh red), Liho A (per s angl), *Torgovyj kodeks Japonii [The Commercial Code of Japan]* (Mikap 1993) (in Russian).

Journal articles

19. Hryniak A, 'Osoblyvosti rozmezhuвання dohovoriv pidriadu ta dohovoriv iz nadання posluh' ['Specific Aspects of Differentiating between Work and Labor Contracts and Service Contracts'] (2012) 4 *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo* 18-20 (in Ukrainian).

Dissertations

20. Heints R, 'Tsyvilno-pravove rehuliuвання vidnosyn za dohovorom pro nadання komunalnykh posluh' ['Civil-Law Regulation of Relations under the Contract for Public Utility Services'] (dys kand yuryd nauk, Prykarpatskyi natsionalnyi universytet imeni Vasylia Stefanyka 2011) (in Ukrainian).
21. Hryniak A, 'Dohovirni zobov'iazання z vykonання robıt u tsyvilnomu pravi Ukrainy' ['Contractual Obligations of Work Performance in Civil Law of Ukraine'] (dys d-ra yuryd nauk, Kharkivskyi natsionalnyi universytet imeni V N Karazina 2013) (in Ukrainian).
22. Luts A, 'Svoboda dohovoru v tsyvilnomu pravi Ukrainy' ['Freedom of Contract in Civil Law of Ukraine'] (dys kand yuryd nauk, Kyiv nats un-t im T Shevchenka 2001) (in Ukrainian).

Nataliia Fedorchenko

CONTRACTUAL OBLIGATIONS
TO PROVIDE SERVICES IN NATIONAL LAW:
DEVELOPMENT AND PROSPECTS

ABSTRACT. The article investigates how the contractual obligations to provide services have developed in national law, makes their historical and legal analysis and focuses on the further development of legal regulation of relations involving providing services. The article also identifies the legislative approaches to the procedure of entering into service contract and highlights the specific aspects emerging when such contracts are entered into.

The purpose of the article is to analyze and characterize the obligations to provide services, their historical development and prospects.

The author elaborates on the correlation of the obligations involving providing services or performance of works, establishes the criteria for distinguishing between these groups of contractual obligations, makes an analysis and characterizes the service contract as a type of contracts. The author proposes to identify the general signs typical for all of the contractual obligations as a separate group which mediates service providing: 1) activities of the service provider do not create a tangible result; 2) the executor does not guarantee that the intended result will be achieved; 3) current legislation does not prescribe how the customer may control the process of service providing by the executor to the client, although such control is possible subject to mutual consent of the parties expressed in particular terms of the contract; 4) consumption of an intermediary service occurs in the process of its providing.

The article aims at making a theoretical generalization and finding a new solution to the scientific task which involves making a comprehensive research of contractual service providing obligations and, on this basis, forming theoretical conclusions and practical proposals on improvement of civil legislation of Ukraine.

The author comes to the conclusion that there is a need to revise the legal and regulatory approach to the procedure of entering into civil-law contracts in general and service contracts in particular, and also to back off from the administrative planning acts as the basis for these contracts. The author notes that it is the service contract that performs an important function of establishing legal relations between potential counterparties, determines the procedure for and the sequence of service providing by the executor and settlements for the delivered services by the client. The author focuses on the problematic issues still remaining in the science of civil law, particularly, such as entering into the contract for services from the State budget, the quality of services, liability for improper providing services, and also the issue of collecting payments for the so-called executing services.

KEYWORDS: obligation to provide services; service contract; subjects of providing service obligations; service.



Rolf Knieper

Dr. habil. Prof. der Johann Wolfgang Goethe-Universität
Frankfurt am Main
(Bundesrepublik Deutschland)
rolf.knieper@gmail.com

УДК 347.1

DAS KONZEPT DER HANDLUNGSFREIHEIT IM UKRAINISCHEN UND DEUTSCHEN ZIVILRECHT

ABSTRACT. The article focuses on researching into freedom of action and freedom of contract in civil law of Ukraine and civil law of the Federal Republic of Germany.

The author makes a detailed study of the provisions of civil legislation of Ukraine, namely Articles 6 and 627 of the Civil Code of Ukraine (Ukraine's CC) which define the essence of the principle of freedom of contract.

It is established that the only limits of freedom of contract are peremptory norms which may establish special requirements in respect of the parties to particular contractual relations, and also restrictions ensuing from the need to respect the rights and interests of third parties, as well as public order.

Based on the findings of the research, the author draws the conclusion that freedom of action is wider than freedom of contract, since it also covers, for example, unilateral legal transactions, such as freedom to establish the will and etc. At the same time, "freedom of contract" refers to a range of potential opportunities of the parties to particular contractual relations.

The author asserts that in terms of the issues under research German civil law has no fundamental differences from Ukrainian civil law. It is noted that freedom of action and freedom of contract, and also their limitations prescribed by the German Civil Code (BGB) are generalized by the concept of private autonomy (as a rule, it is a component of free development of an individual and general freedom of action).

At the same time, the author believes that in the German Civil Code there is no equivalent to Articles 6 and 627 of Ukraine's CC, since BGB does not contain any provisions defining the principles and limits of freedom of contract, freedom of action and private autonomy.

An attempt is made to present the juridical, historical and legal philosophical prerequisites of private freedom of action and private autonomy, and also the dangers which threaten them with digitalization.

The author believes that the objective of finding implementation of subjective freedoms in private autonomy of civil law, at the same time discarding any reflections on efficiency, is inconsistent with the current state of development of society and the legal system.

Particular attention within the framework of private-law regulation is given to the category of "efficiency". The author notes that currently there is a trend towards perception

by the scientific community, the legislator and judicial authorities of the basic provisions of the doctrine which is referred to as “economic analysis of law”.

In the author’s opinion, objectivity and development of the concept of reasonable participant to legal relations which lawyers and judicial authorities base their own rational ideas on, do not contradict the foundations of private autonomy.

Particular attention is given to development of smart-contracts, which the author believes to help the participants to civil relations to get rid of distrust of the counterparty, and also to avoid the insecurity of subjective rights and interests, information asymmetry, and etc.

The article provides a review of the legal nature of the smart-contract, its characteristics and specific features.

The author notes the rapid development of the blockchain technology and analyzes its impact on the development of civil law.

KEYWORDS: freedom of action; freedom of contract; efficiency; smart-contract, blockchain.

Die gesetzlichen Grundlagen

Artikel 627 und 6 des ukrainischen Zivilgesetzbuches (UZGB) bestimmen mit begrüßenswerter Klarheit, dass jeder Mann und jede Frau frei sind zu entscheiden, ob, mit wem, worüber und mit welchem Inhalt sie einen Vertrag schließen. Die Vorschriften stellen klar, die Freiheit nicht durch den gesetzlichen Kanon der Vertragstypen eingeschränkt wird, dass mit anderen Worten auch Verträge verhandelt und abgeschlossen werden können, die nicht in den Gesetzen vorgesehen sind. Die einzigen Grenzen sind zwingende Normen, die sowohl Anforderungen an die subjektiven Qualitäten der Handelnden stellen können, zum Beispiel an die Geschäftsfähigkeit, wie sie in Artikel 24 ff/221 ff UZGB für physische Personen und Artikel 80 ff UZGB für juristische Personen definiert sind, oder die im Interesse Dritter oder der Gesellschaft der Freiheit objektive Grenzen setzen, zum Beispiel um Verstöße gegen die öffentliche Ordnung (Artikel 228 UZGB) oder sittenwidrige Geschäfte (Artikel 233 UZGB) zu verhindern oder auch um unfaire Vertragsbedingungen zu verhindern (Artikel 634 UZGB). In dieser Perspektive sind Artikel 203.1 und 215.1 UZGB einschränkend zu interpretieren: sie dürfen nicht so verstanden werden, dass Rechtsgeschäfte und Verträge auch den dispositiven Vorschriften des Gesetzes entsprechen müssen. Eine solche Interpretation würde den Artikeln 6 und 627 UZGB widersprechen und der Handlungsfreiheit unangemessene Schranken setzen.

Die Handlungsfreiheit ist weiter gefasst als die Vertragsfreiheit. Sie umfasst zum Beispiel auch einseitige Rechtsgeschäfte wie die in Artikel 1233 ff UZGB niedergelegte Freiheit, ein Testament zu errichten.

Insgesamt sind die privaten Handlungsfreiheiten durch die höherrangigen Normen der Verfassung der Ukraine garantiert und geschützt, insbesondere

Rolf Knieper

durch Artikel 41 bis 43, die das private Eigentum, die unternehmerische Tätigkeit und die Freiheit der Arbeit unter den besonderen Schutz der Verfassung stellen.

Das deutsche Zivilrecht unterscheidet sich im Ergebnis nicht grundsätzlich von den genannten ukrainischen Bestimmungen. Bei allen Abweichungen im Einzelnen ist die Vertragsfreiheit in den Grenzen bestimmter subjektiver und objektiver Voraussetzungen anerkannt, ebenso wie die weitergehende Handlungsfreiheit, die das Recht zur Errichtung von Testamenten umfasst. Diese im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) niedergelegten Freiheiten und ihre Grenzen werden mit dem Begriff der Privatautonomie zusammengefasst. Diese wird nach allgemeiner Auffassung im Prinzip als Teil der freien Entfaltung der Persönlichkeit und allgemeine Handlungsfreiheit verstanden und durch Artikel 2.1 des Grundgesetzes geschützt.

Allerdings ein Unterschied hervorzuheben. Das BGB enthält wie das UZGB Normen zur Geschäftsfähigkeit (§ 104 ff BGB), zum Nichtigkeit gesetzeswidriger und sittenwidriger Rechtsgeschäfte (§ 134/138 BGB), schützt vor unfairen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 305 ff BGB) und stellt andere zwingende Normen auf. Im Gegensatz zur Ukraine aber fehlen Normen, die die Prinzipien und die Grenzen der Vertragsfreiheit, der Handlungsfreiheit und der Privatautonomie ausdrücklich benennen und festlegen. Artikel 6 und 627 UZGB haben im deutschen BGB kein Äquivalent. Vielmehr werden die Prinzipien aus der Gesamtheit der Normen destilliert. Kein deutscher Jurist käme auf die Idee, die Geltung der Privatautonomie anzuzweifeln, weil die nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt wird. Sie wird mit der Handlungsfreiheit gleichgesetzt.

Im Folgenden will ich versuchen, die rechtshistorischen und rechtsphilosophischen Voraussetzungen der privaten Handlungsfreiheiten und der Privatautonomie darzustellen und die die Gefahren, die ihnen mit der Digitalisierung drohen. Dabei werde ich die beiden Begriffe synonym verwenden.

Die historischen und philosophischen Grundlagen

Historisch sind die Prinzipien eng mit der Durchsetzung der Gewerbefreiheit verbunden, die in Deutschland mit § 1 der Gewerbeordnung von 1869 gesetzlich verankert wurde, in dem es bis heute heißt: 'Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet'. Damit war die die Gewerbefreiheit zunächst im Norddeutschen Bund und später in ganz Deutschland durchgesetzt, lange nach England, aber immerhin früher als in den meisten osteuropäischen Staaten.

Offensichtlich umschließt der Begriff der Gewerbefreiheit die Freiheit, Waren und Dienstleistungen zu produzieren und auf dem

Markt zu veräußern. Es ist für das Verständnis dieser Freiheiten und der Privatautonomie essentiell, sich in Erinnerung zu rufen, dass sie vor allen Dingen Kampfbegriffe waren, die sich gegen die ständische und feudale Geschäfts-, Handels- und Eigentumsordnungen richteten und deren vielfältige Bindungen, Beschränkungen aber auch Solidaritäten und ihre spezifische Rechtskultur überwinden wollten. Noch in den 'Motiven zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich' aus dem Jahre 1888 wird diese Stoßrichtung deutlich, wenn es heißt:

Bei dem Lehnsrechte <...> handelt es sich um Einrichtungen, welche einer längst vergangenen Gestaltung der politischen und wirthschaftlichen Verhältnisse ihre Entstehung verdanken. In den meisten Staaten ist die Gesetzgebung auf die Beseitigung dieser Institute bedacht gewesen. Die verbleibenden Reste derselben sind dem Absterben verfallen und deshalb zur Aufnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht geeignet¹.

Nachdem nun auch in der Ukraine und den anderen post-kommunistischen Staaten die Gewerbefreiheit sich mehr oder weniger wenigstens als rechtspolitisches Konzept durchgesetzt hat und nachdem die kommunistischen Eigentumsformen mehr und mehr überwunden werden, die sich in einer paradoxen Weise an die Eigentumsformen des Feudalismus angelehnt hatten, um dem verhassten "bürgerlichen Eigentum" den Garaus zu machen², könnte man meinen, dass auch hier die Privatautonomie als Prinzip des Zivilrechts durchgesetzt ist.

Eine solche Betrachtung greift meines Erachtens aber zu kurz. Sie vernachlässigt, dass es sich nicht lediglich um ein Problem der unvermeidlichen historischen Entwicklung handelt, sondern dass um die Durchsetzung der Freiheiten des Gewerbes, des Eigentums und des Vertrages deshalb so hartnäckig und aus tiefer Überzeugung gekämpft worden ist, weil sie gegenüber der vorherigen Gesellschaftsordnung auch als moralisch überlegen galten. In diesem Sinne ist daran zu erinnern, dass die privaten Freiheiten und Autonomien Kinder der Aufklärung sind, Teile eines umfassenderen Verständnisses von Freiheit und Emanzipation, das wirtschaftliche, aber auch politische und kulturelle Freiheiten in einem universalen Sinne umfasste. Bereits im Jahre 1577 hatte *de la Boétie* dazu aufgerufen der "freiwilligen Knechtschaft" zu entkommen, wie er das feudale System bezeichnet hatte³. Zweihundert Jahre später *definierte* Kant: 'Aufklärung ist der Ausgang der Menschen aus seiner selbst verschuldeten Unmündigkeit. Sapere aude!

¹ Motive, *Band III* (Akademie der Wissenschaften 2014) 6.

² Zu der überraschenden Parallellität von feudalem und sowjetischem Eigentumsrecht vergleiche: R Knieper, *Gesetz und Geschichte* (1996) 201.

³ Etienne de la Boétie, *Discours de la servitude volontaire* (1577) (Rede von der freiwilligen Knechtschaft).

Rolf Knieper

Habe Mut, Dich Deines eigenen Verstandes zu bedienen'. Dazu 'wird nichts erfordert als Freiheit, <...> nämlich die, von seiner Vernunft in allen Stücken öffentlich Gebrauch zu machen'⁴.

Es scheint mir wichtig, diese beiden Wurzeln der Handlungsfreiheit und Privatautonomie zu betrachten, um die unterschiedlichen Sichtweisen auf sie zu verstehen.

Eine Auffassung betont die "gesellschaftlichen Funktionen der Institution" Privatautonomie. Bei der 'Verfassung der bürgerlichen Gesellschaft – seit Beginn und nicht erst seit heute – [geht es um die] Steigerung von Möglichkeiten zur Erreichung von Leistungen'⁵.

Dieser Perspektive entspricht die neo-klassische ökonomische Theorie. Sie fragt, wie knappe Ressourcen am effizientesten "zur Produktion wertvoller Wirtschaftsgüter" eingesetzt und wie die produzierten Güter am effizientesten in der Gesellschaft verteilt werden können⁶. Sie entwickelt einen methodologischen und normativen Individualismus, wo jedermann legitimerweise die Mehrung seines eigenen Nutzens verfolgt und seine knappen Mittel zur Befriedigung dieses Nutzens und seiner Bedürfnisse einsetzt. Über die Richtigkeit ihrer Präferenzen schulden sie niemandem Rechenschaft. Allerdings setzt die Möglichkeit rationalen Handelns das Wissen darüber voraus, dass der Vollzug einer Güterauswahl Opportunitätskosten zur Folge hat und die Realisierung anderer Präferenzen verhindert, dass das Modell-Individuum über das zu erwerbende Gut, auch im Vergleich zu anderen Gütern, vollständig informiert ist, dass also die 'Wirtschaft von intelligenten, informationsverarbeitenden Wesen bevölkert ist'⁷, und dass die Realisierung der Präferenzen nicht durch Interventionen von Trägern öffentlicher oder privater Macht erschwert oder gar verhindert wird. Wenn diese Voraussetzungen vorliegen und wenn zusätzlich alle Individuen vollständig informiert sind und sich rational verhalten, also als *homines oeconomici*, kommt ohne weiteres, ohne Planung, ohne Intervention eine optimale und effiziente Allokation der knappen Ressourcen zustande. Der Ort par excellence, auf dem die Präferenzen der Individuen sich realisieren, ist der Markt. Er ist ein sensibler und hoch flexibler Mechanismus, auf dem sich die aggregierte individuelle, d. h. die gesamtwirtschaftliche Nachfrage und das aggregierte individuelle, d. h. das gesamtwirtschaftliche Angebot treffen. Der Preis koordiniert die millionenfachen Entscheidungen der Nachfrager und Anbieter: Indem beide die für sie jeweils optimale Lösung suchen,

www.pravova.com.ua

⁴ Immanuel Kant, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* (1783); zitiert nach I Kant, *Werke, Sechster Band, herausgegeben von Wilhelm Weischel* (1964) 53-5.

⁵ N Luhmann, 'Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems' in *Der Staat* (1973) 1-16.

⁶ Vergleiche statt vieler: P Samuelson, W Nordhaus, 'Volkswirtschaftslehre' [2007] 3(18) Auflage 20.

⁷ Samuelson, Nordhaus (n 6) 983.

bewegen sich die Preise zu einem Punkt, in dem Angebot und Nachfrage im Gleichgewicht sind und der Markt geräumt wird.

Dieser Auffassung, die auf die Funktionalität und Effizienz des Marktes und der Privatautonomie orientiert ist, wird von einer anderen Schule aus der Perspektive des Freiheitsgedankens widersprochen. Nicht auf die Effizienz komme es an, sondern auf die "Selbstherrlichkeit" des Einzelnen in der "schöpferischen Gestaltung der Rechtsverhältnisse"⁸. Wer die Funktionalität der Faktor-Allokation in den Vordergrund der Betrachtung der Privatautonomie stellt, habe auf den 'subjektiven Freiheitsgedanken keinen besonderen Wert gelegt'⁹, ja er trage dazu bei, 'ein System zu konstruieren, in dem jeder Einzelne in einer Art von sozialem Determinismus der ihm zugewiesenen Rolle entsprechend fungiert – oder richtiger: funktioniert'¹⁰. In dieser Sicht ist Privatautonomie Ausdruck der Freiheit jedes Einzelnen, die ihn legitimiert, seinem subjektiv bestimmten Willen entsprechend Rechtsgeschäfte zu schließen. Subjektivität lasse sich nicht auf ökonomische Kalkül reduzieren, sondern umfasse die 'Vielfalt der Affekte, der ästhetischen, ökonomischen, emotionalitätsbezogenen etc. Interessen'¹¹. Auf eine Vernunft des Marktes komme es nicht an: *'stat pro ratione voluntas'*¹².

Dieser lateinische Spruch kann unterschiedlich verstanden werden. Er könnte bedeuten, dass der Wille und die Vernunft in einem Konkurrenzverhältnis stehen und dass im Konfliktfall der Wille der Vernunft vorgeht; oder er könnte bedeuten, dass der Wille für die Vernunft steht, sie ihn repräsentiert. Für die erste Deutung gibt das moderne Zivilrecht immer weniger her. Es ist richtig, dass zum Beispiel § 133 BGB immer noch bestimmt, dass der "wirkliche Wille" zu erforschen ist und dass Artikel 213.3 UZGB auf die subjektiven Absichten der Parteien verweist, und dass bei Willens-Irrtümern eine Anfechtung die Wirksamkeit des fehlerhaften Willens beseitigen kann (Artikel 229 UZGB; § 119 BGB). Jedoch ist eine zunehmende und konsistente Tendenz zu beobachten, den Sinn und die Konsequenzen von menschlichen Akten zu objektivieren. Ich nenne einige Beispiele: Schon früh hat sich die englische Rechtspraxis entschieden, dass es bei einem Vertragsschluss mehr auf *"the existence of the external signs of agreement rather than subjective intentions"* ankommen solle, wie sie einem *"reasonable man"* erscheinen¹³. Im französischen Recht ist der *reasonable man* durch den *bon père de famille* ersetzt. Auch in Deutschland soll es auf den Horizont eines verständigen Empfängers und beim Vertrag auf die

⁸ Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* 3. Aufl. (1979) 1.

⁹ So Nörr, *Die Leiden des Privatrechts* (1994) 154.

¹⁰ Picker, *Archiv für die civilistische Praxis* 183 (1983) 369, 504.

¹¹ So Struck in JuS 1993, S. 992ff/999; ebenso Williamson, *Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus* (1990) 25.

¹² Flume (n 8) 6.

¹³ J Cooke, D Oughton, *The Common Law of Obligations* (2nd ed, 1993) 27.

Rolf Knieper

Verkehrssitte (§ 157 BGB) ankommen. Ent-Subjektivierungen bestimmen die Definition der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) ebenso wie Fahrlässigkeit (§ 276 BGB).

Bevor wir den "Niedergang des Willensprinzips"¹⁴ beklagen, scheint es mir angemessen, die zweite mögliche Deutung des lateinischen Spruchs anzuschauen, gemäß der der Wille die Vernunft repräsentiert. Das führt zu den philosophischen Grundlagen der großen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts, die die Prinzipien der Privatautonomie und der Willens- und Vertragsfreiheit eingeführt haben. Die Philosophie der Aufklärung und das in sie verwobene Vernunftrecht waren keineswegs der Auffassung, dass das 'Kennzeichnen der Freiheit <...> ihre Beliebigkeit' sei¹⁵. Vielmehr hatten *Kant* und *Hegel*, *Savigny* und *Jhering*, *Windscheid* und *Puchta* sicherlich in normativer Absicht, aber doch durchaus in einer nicht ganz abwegigen Realitätssicht für ihre Zeit betont, dass die Würde und Freiheit des Menschen "sittliche"¹⁶ seien, dass der 'sittliche Mensch die Freiheit begehrt, weil er das Gute aus eigenem Antrieb zu tun wünscht', wobei das Recht die Tendenz habe, 'die Herrschaft des Gefühls <...> zu brechen'¹⁷. Freiheit ist nicht das Begehren, die Spontaneität, das Unberechenbare. Erst wer 'durch keine sinnlichen Bestimmungsgründe zum Handeln genötigt wird', ist frei und dies ist der Mensch nur, soweit er die Affekte durch die 'innere Gesetzgebung der Vernunft zügelt und auf diese Weise zu einem vernünftigen Wesen unter moralischen Gesetzen' wird¹⁸. Ethisches und juristisches Handeln, subjektives und objektives Recht, Wille, Freiheit und Verbindlichkeit decken sich: 'Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann'¹⁹.

Dass dies ein schwieriger "Prozess der Zivilisation" war, den *Norbert Elias* so nachdrücklich beschrieben hat²⁰, und ein anspruchsvolles Programm für jeden Menschen, ist offensichtlich. Dass die sittlich verstandene Freiheit keineswegs ohne weiteres mit den 'natürlichen Leidenschaften, Zorn, Stolz und den Begierden aller Art'²¹ im Einklang steht, hat der Begründer der Psychoanalyse deutlich beschrieben, weil immer wieder der 'unzugängliche Teil unserer Persönlichkeit... in mühsamer Erziehungs- und Kulturarbeit geformt werden muss, um dem Realitätsprinzip zum Durchbruch zu

¹⁴ J Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag* (1981) 132.

¹⁵ So aber zum Beispiel Ritgen, 'Vertragsparität und Vertragsfreiheit' (2002) *Juristenzeitung* 114, 117.

¹⁶ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1. Band, (1840) 55.

¹⁷ Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1852) Bd. II 1, 37, 131.

¹⁸ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821) § 33, 35, 40.

¹⁹ I Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797) Werke, Vierter Band, 327.

²⁰ Elias, *Über den Prozess der Zivilisation* (1936).

²¹ Hobbes, *Der Leviathan*, 17. Kapitel.

verhelfen' und das Lustprinzip 'einem Willen zu unterwerfen, der mit dem sozialen Geheiß identisch ist', denn das 'Motiv der menschlichen Gesellschaft ist im letzten Grunde ein ökonomisches'²².

Dieser Ausflug in die Philosophie und Psychoanalyse hat den Zweck zu dokumentieren, dass die Vertreter einer Lehre, die in der Privatautonomie des Zivilrechts die Verwirklichung subjektiver und beliebiger Freiheiten entdecken wollen und Überlegungen zu ihrer Effizienz zurückweisen, bestenfalls naiv sind und historisch nachbessern müssen. Objektivierungen, die Konstruktion eines einsichtigen Dritten, eines *reasonable man of sound mind and in ripe years, eines bon père de famille*, auf die Juristen und Gerichte ihre eigenen Vernunft-Vorstellungen projizieren, widersprechen den Grundlagen der Privatautonomie nicht, um die Beliebigkeit des Willens in den Griff zu bekommen. Auch die Rechtsformen entsprechen 'sämtlich einem ernstern Zweck des Verkehrs oder einem gerechtfertigten ethischen Interesse, für Scherze, Späße, individuelle Launen und Liebhabereien bieten sie keinen Raum'²³.

Damit ist auch eine Antwort auf die höchst streitige Frage gefunden, ob die Willenserklärung und der Vertrag Rechtsquellen seien. Sie sind es nicht. Der deutsche Rechtsphilosoph Radbruch hat die pandektistische Lehre des 19. Jahrhunderts²⁴ mit dem schönen Satz zusammengefasst: 'Nicht der Wille bindet, sondern auch soweit die Verbindlichkeit des Vertrages an den Willen gebunden ist, ist sie an ihn gebunden durch das Gesetz'²⁵.

Vor über 40 Jahren habe ich gemeinsam mit *Gunnar Heinsohn* und *Barbara Knieper* begonnen darüber nachzudenken, dass die Personen, die bereit waren, der Vernunft Vorrang vor ihren Leidenschaften einzuräumen und das "Realitätsprinzip" anzuerkennen, überwiegend und regelmäßig in patriarchalischen Familien geformt worden sind. Diese waren um das Eigentum des Mannes herum geformt, deren produktive Bearbeitung den Vätern und Müttern, Söhnen und Töchtern Freiheit und Zwang als Einsicht in die Notwendigkeit auferlegten, aber auch eine Existenz sicherten. Die in der Familie sich vollziehende Zurichtung auf funktionsfähige Verwalter des Eigentums und auf Mutterschaft und Erziehungsaufgaben war sicherlich kein Reich der Freiheit, aber sie sicherte Existenzen.

Diese Form der gesellschaftlichen Organisation des Lebens ist jedenfalls in den Ländern, in denen Privatautonomie gilt, im Verschwinden begriffen. Die ganz überwiegende Mehrheit der Menschen sichert ihre Existenz durch Lohnarbeit. Diese dramatische soziale Umwälzung hat die patriarchalische

²² Freud, *Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse* (1917) zitiert nach: Gesammelte Werke Bd. XI (1969) 322, 368.

²³ Jhering (n 17) 344.

²⁴ Dazu im Einzelnen: Knieper (n 2) 119.

²⁵ Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl. (1963) 246.

Rolf Knieper

Familie obsolet gemacht. Sie wird noch von vielen Männern und Frauen verteidigt, sicher aus religiösen Gründen und wohl auch, weil ihr Verschwinden nicht nur als Befreiung vom patriarchalischen Joch verstanden wird (das auch), sondern auch Angst macht. Der Prozess aber ist nicht aufzuhalten. Das belegen die Scheidungen ebenso wie die "Ehe für Alle" und andere progressiv genannte Phänomene²⁶.

Ich war und bin der Auffassung, dass die veränderten Lebensbedingungen nicht ohne Auswirkung auf die Erziehung und Zurichtung von Kindern bleiben können, die mehr und mehr in gesellschaftliche Einrichtungen verlagert werden, wo zwischen Erziehenden und Kindern kein individueller existentieller Zusammenhalt existiert. Es ist keineswegs ausgemacht, dass die Produkte dieser Erziehungsarbeit weiterhin 'die Freiheit begehren, weil sie das Gute aus eigenem Antrieb zu tun wünschen' und das Lustprinzip einem sozialen Geheiß unterordnen.

Vor über 20 Jahren habe ich mich deshalb auf die Suche nach Alternativen gemacht, die in der Literatur angeboten werden, um die traditionelle Verknüpfung von Vernunft und Freiheit neu zu bestimmen.

Ich war auf die Überlegung gestoßen, das individualistische Element der Privatautonomie um eine kollektive, soziale Komponente zu ergänzen, ohne das Grundkonzept der Autonomie anzugreifen. Im Ergebnis stehe eine Ethik der Verantwortung, Kooperation, Solidarität und gesellschaftlicher Integration²⁷.

Ich war auf die davon abweichende Meinung gestoßen, gemäß der von einer individualistisch-metaphysischen auf eine objektiv-realistische Rechtskonzeption überzugehen sei, und die "schöne Poesie" der Privatautonomie und subjektiven Rechte fallenzulassen sei zugunsten der wissenschaftlichen Einsicht in die Pflichtenorientiertheit des Privatrechts. In diesem Geflecht sei der Eigentümer, der Vertragspartner als "öffentlicher Funktionär" zu verstehen, der eine soziale Aufgabe erfülle²⁸.

Aus einer anderen Perspektive, nämlich einer "Diskurstheorie des Rechts", wird vorgeschlagen, die Dimension der privaten Autonomie durch eine öffentliche zu erweitern und die Staatsbürger-Autonomie zur privaten als "gleichursprüngliche" zu betrachten²⁹. Dies verbindet sich mit der Auffassung, dass zwei Welten existieren, nämlich eine System-Welt der Objekte und

²⁶ G Heinsohn, R Knieper, *Theorie des Familienrechts. Geschlechtsrollenaufhebung, Kindesvernachlässigung, Geburtenrückgang*, 2. Aufl. (1976); G Heinsohn, B Knieper, *Theorie des Kindergartens und der Spielpädagogik* (1975).

²⁷ Vergleiche etwa: Köndgen (n 14) 144, 270; Eike Schmidt, *Juristenzeitung* (1980) 153; ausführlicher Knieper (n 2) 170.

²⁸ Duguit, *Les Transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon* (1920); ausführlicher Knieper, (n 2) 172.

²⁹ Habermas, *Faktizität und Geltung* (1992); ausführlicher Knieper (n 2) 175.

Objektivierungen, und eine Lebenswelt als ein Ort gelebter Intersubjektivität und Autonomie³⁰.

Auf Max Weber endlich geht die Einsicht zurück, dass der gesellschaftliche Austausch über Kontraktbeziehungen nicht zu einer 'Zunahme der individuellen Freiheit in der Bestimmung der Bedingungen der eigenen Lebensführung' geführt habe, sondern zur 'Zunahme der zwangsmäßigen Schematisierung der Lebensführung'. Daraus entwickle sich eine sich eine Materialisierung des Rechts im Sinne der 'Durchschnittsauffassung der Interessenten, also eines generellen und sachlich geschäftlichen Merkmals'³¹.

Ich selbst habe damals gemeint, Bemühungen zu entdecken, 'um Steuerung und Berechenbarkeit weiter zu verfeinern, ja den Menschen tendenziell vollständig aus dem Prozeß der Güterbewegungen und Risikozurechnungen auszuschließen, in denen er ohnehin zunehmend als Störfaktor wahrgenommen wird'³². Mir hat sich nicht erschlossen, aus welcher psychischen Disposition und materiellen Quelle sich organische Solidaritäten oder Lebenswelten speisen sollten.

Algorithmen als Freiheitsersatz?

Die Problematik der Autonomie, der individuellen Rationalität und der gesellschaftlichen Notwendigkeit des Warenumschlags bleibt deshalb aktuell. Ich halte es nicht für zufällig, dass in den letzten Jahrzehnten in den Wirtschaftswissenschaften die Schule der "behavioural economics" enorm an Boden gewonnen hat und dass einer ihrer prominenten Vertreter, Richard Thaler, 2017 den Nobelpreis für Ökonomie gewonnen hat³³. Dieser erklärt, dass es Zeit sei, die Idee einer 'fiktiven Kreatur namens *homo oeconomicus*' mit seine Rationalitäten aufzugeben und durch die Einsicht zu ersetzen, dass wirkliche Menschen, "*humans*", den Markt bevölkern³⁴. In verschiedenen kognitiven Systemen verortet er sie eher im "automatischen System" das durch die Merkmale 'unkontrolliert, mühelos, assoziierend, schnell, unbewusst und erlernt' charakterisiert ist, im Gegensatz zum 'reflektierenden System', für das die konträren Merkmale 'kontrolliert, angestrengt, deduzierend, langsam, bewusst und regelgeleitet' gelten. Es komme darauf an, die *humans* mit Methoden eines "ibertären Paternalismus"³⁵, also sanften "*nudges*", zu klugen Entscheidungen zu bringen, selbstverständlich zum eigenen und gesellschaftlichen Besten. Dazu gehören lohnende Investitionsentscheidungen,

³⁰ Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns* (1981) 173, 548.

³¹ Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), Zweiter Teil Kapitel VII, § 3 und 8; ausführlicher Knieper (n 2) 178.

³² Knieper (n 2) 112.

³³ Thaler, *Misbehaving – The Making of Behavioural Economics* (2015).

³⁴ Ibid 4.

³⁵ Thaler, Sunstein, *Nudge – Wie man kluge Entscheidungen anstößt* (2008, deutsch 2011) 14.

Rolf Knieper

die Aufnahme von Krediten zu günstigen Bedingungen, gesunde Ernährung, die Schonung der Umwelt, ein Konsum, der das individuelle Budget nicht übersteigt und die Familie nicht ins Elend stürzt, gemäßiger Alkoholenuss, eine Zunahme der Organspenden und Vieles mehr, gegen das eigentlich niemand etwas haben kann³⁶.

In der Aufklärungsphilosophie war die Freiheit legitimiert, weil der in der patriarchalischen Familie geformte *reasonable man* die Gebote der Vernunft durch internalisierte Selbst-Kontrolle vollstreckte. Dieser familiäre Paternalismus zerbröselte. Etwas muss an seine Stelle treten, um die Dynamik, Effizienz und Dauerhaftigkeit der Faktorallokation über Marktbeziehungen zu erhalten, die sich in Privatautonomie vollziehen. Die *behavioural economics* weisen einen Ausweg. Der neue, libertär genannte Paternalismus der ökonomischen Wissenschaft ersetzt den defunken *pater familias* und die durch ihn organisierte internalisierte Selbst-Kontrolle durch eine externalisierte Außen-Kontrolle und "Entscheidungs-Architektur" (Thaler), in ständiger Anleitung, Korrektur und Orientierung. An der formalen Organisation der Marktbeziehungen durch privatautonom geschlossene Verträge ändert sich nichts.

Parallel zu diesen theoretischen Überlegungen entwickeln sich Instrumente der externalisierten Außen-Kontrolle, die anscheinend begeistert und freiwillig von Milliarden von Menschen auf dem Globus aufgenommen wird. Die Rede ist von den sozialen Netzwerken, auf denen die genannten Milliarden Menschen sich tummeln und die von einigen wenigen privat organisierten Unternehmen betrieben werden, die alle schwindel-erregende Börsen-Notierungen verzeichnen.

In den Netzwerken breiten die Menschen ihre Erlebnisse, ihre Gefühle, Träume und Bedürfnisse aus; sie zeigen ihre Urlaubsbeschäftigungen, ihre Anschaffungen, ihre Häuser, Autos, Motorräder und Haustiere; sie offenbaren ihre Träume, Wünsche, Zukunftspläne und Ausbildungsgänge. Auch außerhalb der Netzwerke hinterlassen die Menschen tiefe Spuren "im Netz", wenn sie mit Kreditkarten einkaufen, elektronisch shoppen und Bankgeschäfte tätigen, Serviceleistungen anfordern.

Es entsteht eine ungeheure Datenmenge, *big data*, die es gewerblich tätigen Unternehmen erlaubt, über jeden Menschen genaue Profile anzulegen, aus denen sich politische und sexuelle Orientierungen ebenso ergeben wie ihre Konsum-Bedürfnisse und Gewohnheiten, Präferenzen und die Prioritäten, die sie beim Einsatz ihrer finanziellen Mittel bedienen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Profile ein realistischeres Bild des *human* zeichnen als dieser selbst es von sich hat. Die Profile werden in einem unablässigen Strom

www.prawo.ua.com.ua

³⁶ Thaler, Sunstein, *Nudge – Wie man kluge Entscheidungen anstößt* (2008, deutsch 2011) 14.

von individualisierten Werbe-Aussagen, Kauf-Empfehlungen, Produkt-Warnungen, Reise-Planungen und Sinn-Deutungen an den Menschen zurückgegeben. Dies sind wechselseitig sich verstärkende Prozesse, welche wiederum die Orientierungen und die Profile schärfen, wenn und weil sie befolgt werden. Dass sie befolgt werden, lässt sich unschwer daran erkennen, dass sich eine außerordentliche Gleichförmigkeit des Konsum-, Urlaubs-, Freizeit-Verhaltens und ein Massengeschmack beobachten lässt, und dies in einer Zeit, die gleichzeitig als Zeitalter eines immer stärkeren Individualismus vorgestellt wird. Alle kaufen und verkaufen dasselbe, geleitet von sozialen Netzwerken, *influencern*, *coaches*, anderen Gleichmachern und in dauernder Außen-Kontrolle, aber sie tun es formal in Privatautonomie. Im Ergebnis ist der Markt geräumt.

Hat es nicht Werbung, Beeinflussung, soziale Kontrolle nicht immer schon gegeben? Gewiss, nur scheint mir eine Stufe der Unentrinnbarkeit erreicht, die es noch nicht gab. In der Sprache der *behavioural economics* lässt sich vielleicht sagen, dass die *humans* immer mehr das Profil des *homo oeconomicus* erhalten, dessen fiktive Erscheinung in subtiler und offensichtlich zwangloser elektronischer externalisierter Außenkontrolle zur Realität mutiert. Big *data* autonomisiert sich zu *big daddy*, der orientiert, steuert, kontrolliert und mit der Gesichtserkennung dafür sorgt, dass niemand entrinnt. Er trifft dabei auf Individuen, die tendenziell weder durch einen realen noch einen spirituellen Vater zur Selbst-Reflexion, Selbst-Beherrschung und Selbst-Kontrolle angeleitet sind.

Mir scheint, dass die Entwicklung bei weitem nicht abgeschlossen ist. Im Moment wird mit großem intellektuellem und finanziellem Aufwand an der Verfeinerung von sogenannten *smart contracts* gearbeitet, die wiederum im Dienste des Individuums dieses von der Last des Misstrauens, der Unsicherheit, der Informations-Asymmetrie, des Wählen-Müssens und der Durchsetzung von Rechten befreien sollen und das individuelle Beste mit dem gesellschaftlich Besten in Harmonie bringen sollen.

Viel ist im Moment noch ungeklärt und in Diskussion. Die Geschwindigkeit der Entwicklung der *blockchain* Technologie lässt aber erwarten, dass schon bald praktische Experimente beginnen.

Der *smart contract* wird bisweilen, zum Beispiel im GIZ Rechtsberatungsprojekt in Georgien, definiert 'als essentially agreements between two or more parties expressed in computer code rather than human language. Their major perceived advantage over traditional contracts is that they can be programmed to be self-executing and in some cases even self-enforcing'³⁷. Ähnlich heißt es bei *Manfred Fries*:

³⁷ Maupin, *GIZ Georgia/NAPR Blockchain Land Registry Legal Roadmap* (2017) 9 (Fußnoten ausgelassen)
Ich bedanke mich bei Thomas Meier für den Hinweis auf diese und andere Literatur.

Rolf Knieper

Parteien speisen ihre wichtigsten vertraglichen Pflichten wie auch die Folgen von Pflichtverletzungen oder Änderungen vertragswesentlicher Rahmenbedingungen bei Vertragsschluss in eine Software ein. Gleichzeitig verbinden sie die Software mit Datenquellen, die es ihr ermöglichen, solche Ereignisse automatisch zu erkennen³⁸.

Während diese Definitionen von einem Vertrag, das heißt übereinstimmenden Willenserklärungen von Parteien in codierter Form ausgehen, heißt es an anderer Stellen, es handele sich beim *smart contract* um 'computerized instructions to do something (e.g., buy a stock) if something else is true (the price of the stock has dropped below \$ 10)'³⁹. Es mag sein, dass sich hierin die traditionellen Unterschiede zwischen dem common law und dem kontinentalen Recht spiegeln: während das erste vom "promise", vom Versprechen einer Person gegenüber einer anderen ausgeht, nimmt das zweite von einer gemeinsamen vertraglichen Bindung ihren Ausgang. Wie immer das auch sei, meine argumentativen Zwecke werden durch die Definition von *Casey* und *Vigna* erleichtert.

Die Anhänger der *smart contracts* prognostizieren ein Potential, das sich erschließt, wenn die Bedeutung und das Gewicht von Transaktionskosten für das Funktionieren der Privatautonomie erfasst werden. Bereits *Ronald Coase* und später *John Wallis* und *Douglass North* haben erarbeitet, dass es eine "wirklichkeitsfremde Annahme" sei zu glauben, dass 'Markttransaktionen nicht mit Kosten verbunden sind'. Diese entstehen vor den Verhandlungen von Verträgen, während ihres Abschlusses, während der Durchführung und unter Umständen als Folge ihrer Nichterfüllung⁴⁰. In einer idealen Welt, in der 'das Preissystem funktioniert (das heißt strenggenommen dass dieses ohne Kosten arbeitet)'⁴¹, in der sich also Geschäftsbeziehungen, Austauschprozesse und Verhandlungen auf dem Markt ohne Kosten für die Beteiligten vollziehen, sorgt der Markt selbst für eine 'Maximierung des gesamtgesellschaftlichen Wohls durch eine nutzenmehrende Allokation der zur Verfügung stehenden Ressourcen'⁴². In dieser idealen Welt kommt es für die optimale Faktorallokation auf die Zuweisung von individuellen Handlungsrechten und *property rights* nicht an.

³⁸ Fries, 'SmartContracts: Brauchen schlaue Verträge noch Anwälte?' in *Anwaltsblatt* (2018) 86.

³⁹ Michael Casey and Paul Vigna, 'In blockchain we trust' (*MIT technology review*, April 9, 2018) <<https://www.technologyreview.com/s/6/10781/in-blockchain-we-trust>> (accessed 12.12.2018).

⁴⁰ Coase, 'The Problem of Social Cost' (1960) *Journal of Law and Economics*; deutsch: 'Das Problem der sozialen Kosten', in Assmann, Kirchner, Schanze (Herausgeber), *Ökonomische Analyse des Rechts* (1993) 131, 148; J Wallis, D North, 'Measuring the Transaction Sector in the American Economy 1870-1970' in Engerman, Galman (eds), *Long Term Factors in American Economic Growth* (1986) 95-148, 198.

⁴¹ Coase (n 40) 133.

⁴² Vgl. die 'Beschreibung und Analyse bei Felix Müller, 'Ökonomische Theorie des Rechts' in Buckel, Christensen, Fischer-Lescano, *Neue Theorien des Rechts* (2009) 351, 355.

Wenn das Instrument des *smart contract* erst einmal völlig ausgereift ist und durch eine signifikante Gruppe von Marktteilnehmern genutzt wird, verspricht er eine radikale Senkung von Transaktionskosten. Wenn eine "Instruktion", ein Handlungsversprechen und die mit ihm verbundenen Modalitäten für die Erfüllung und die Folgen der Nichterfüllung codiert und auf dem dezentralisierten Netzwerk der *blockchain* gespeichert sind, und wenn das Versprechen mit Datenquellen verbunden ist, die seinen Inhalt automatisch erkennen und mit anderen Inhalten verbinden, ergeben sich umfassende Möglichkeiten. Verträge können automatisch (*self-executing*) zustande kommen und nicht mehr verändert werden; mit einer Verbindung zu einer blockchain Krypto-Währung können die Geldleistungen automatisch vollzogen werden; die Konsequenzen einer Leistungsstörung können automatisch (*self-enforcing*) durchgesetzt werden. Transaktionskosten für das Zustandekommen des Vertrages, sein Monitoring und seine Erfüllung entstehen nicht. Menschlicher Eingriffe bedarf es nicht. Sie sind auch unerwünscht und nur in einem aufwändigen Verfahren möglich.

Allerdings scheint es, dass der Beginn des Prozesses, die erste Speicherung und Codierung, von menschlichen Marktteilnehmern initiiert werden muss. Auch das aber mag eines Tages überflüssig werden. Ich komme zurück auf die durch den Einsatz von Algorithmen möglich gewordene Aufzeichnung und Definition jedes Menschen in einem Profil, das auch handlungs-orientierende Wirkung entfaltet und es erlaubt, den sanften "*nudge*" des neuen libertären Paternalismus korrekt anzusetzen. Warum sollte dieser Anstoß nicht auch so computerisiert werden, dass er die Rationalität des Warentausches im Dienste einer optimalen Faktorallokation automatisch mit Hilfe von Algorithmen in Gang setzt, zum errechneten Besten des gesellschaftlichen Wohles? Schon heute wird von einer globalen Synchronisierung von Erwartungen und Gefühlen gesprochen. Der reale "*human*" würde mit dem bisher fiktiven *homo oeconomicus* tatsächlich zu einer neuen Realität verschmelzen. Ich habe darauf keine Antwort.

Mit oder ohne die Erfassung dieses ersten Gliedes im Zustandekommen und in der Abwicklung einer Transaktion lässt sich unschwer erkennen, dass das Zusammenspiel von der jetzt bereits sehr realen Formung und Profilierung der Menschen in computerisierten Modellierungen und der sich ausbreitenden Nutzung von *smart contracts* die Konzeption der privaten Handlungsfreiheiten, wie sie den großen Kodifikationen des BGB ebenso wie des UZGB oder dem *common law of obligations and of property* zugrunde liegt, weitgehend umkrepelt. Normen über das individuelle Aushandeln und Abschließen von Verträgen, ihre Erfüllung und Durchsetzung, Rechtsfolgen bei Vertragsstörungen, über die Beweislast werden ebenso überflüssig wie diejenigen, die sich mit ihrer Entstehung und Wirkung beschäftigt haben.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Cooke J Oughton D, *The Common Law of Obligations* (1993) (in English).
2. Duguit, *Les Transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon [General Transformations of Private Law since the Napoleonic Code]* (1920) (in French).
3. Eike Schmidt, *Juristenzeitung* (1980) (in Deutsch).
4. Elias, *Über den Prozess der Zivilisation [About the process of civilization]* (1936) (in Deutsch).
5. Etienne de la Boétie, *Discours de la servitude volontaire [Speech of voluntary servitude]* (1577) (in French).
6. Flume W, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts [General part of civil law]* (1979) (in Deutsch).
7. Freud, *Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse [Lectures on the introduction to psychoanalysis]* (1917) (in Deutsch).
8. Habermas, *Faktizität und Geltung [Factuality and effectiveness]* (1992) (in Deutsch).
9. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns [Theory of communicative action]* (1981) (in Deutsch).
10. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts [Principles of the philosophy of law]* (1821) (in Deutsch).
11. Heinsohn G Knieper B, *Theorie des Kindergartens und der Spielpädagogik [Theory of kindergarten and play education]* (1975) (in Deutsch).
12. Heinsohn G Knieper R, *Theorie des Familienrechts. Geschlechtsrollenaufhebung, Kindesvernachlässigung, Geburtenrückgang [The theory of family law. Change of gender roles, child neglect, declining fertility]* (1976) (in Deutsch).
13. Hobbes, *Der Leviathan*, 17. Kapitel (in Deutsch).
14. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung [Spirit of Roman law at the various stages of its evolution]* (1852) (in Deutsch).
15. Kant I, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* (1783) (in Deutsch).
16. Kant I, *Die Metaphysik der Sitten [The metaphysics of morals]* (1797) (in Deutsch).
17. Kant I, *Werke, Sechster Band, herausgegeben von Wilhelm Weischel* (1964) (in Deutsch).
18. Knieper R, *Gesetz und Geschichte [Law and history]* (Baden-Baden 1996) (in Deutsch).
19. Köndgen J, *Selbstbindung ohne Vertrag [Self-commitment without contract]* (1981) (in Deutsch).
20. Maupin, *Blockchain Land Registry Legal Roadmap* (2017) (in English).
21. Maupin, *GIZ Georgia/NAPR Blockchain Land Registry Legal Roadmap* (2017) 9 (Fußnoten ausgelassen) (in Deutsch).
22. Motive, *Band III (Akademie der Wissenschaften 2014)* (in Deutsch).
23. Nörr S, *Die Leiden des Privatrechts [The sufferings of private law]* (1994) (in Deutsch).
24. Picker, *Archiv für die civilistische Praxis 183* (1983) (in Deutsch).
25. Radbruch, *Rechtsphilosophie [Legal philosophy]* (1963) (in Deutsch).

26. Samuelson P Nordhaus W, *Volkswirtschaftslehre [Economics]* (2007) (in Deutsch).
27. Samuelson P, Nordhaus W, 'Volkswirtschaftslehre' 3(18) Auflage (2007) (in Deutsch).
28. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts [System of today's Roman law]* (1840) (in Deutsch).
29. Thaler Sunstein, *Wie man kluge Entscheidungen anstößt [How to initiate smart decisions]* (2011) (in Deutsch).
30. Thaler, *Misbehaving – The Making of Behavioural Economics* (2015) (in English).
31. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft [Economy and society]* (1922) (in Deutsch).

Edited books

32. 'Beschreibung und Analyse bei Felix Müller, Ökonomische Theorie des Rechts' in Buckel Christensen Fischer-Lescano, *Neue Theorien des Rechts [New theories of law]* (2009) (in Deutsch).
33. 'Das Problem der sozialen Kosten', in Assmann, Kirchner, Schanze (Herausgeber), *Ökonomische Analyse des Rechts* (1993) (in Deutsch).

Journal articles

34. Coase, 'The Problem of Social Cost' (1960) *Journal of Law and Economics* (in English).
35. Fries, 'Smart Contracts: Brauchen schlaue Verträge noch Anwälte?' (2018) *Anwaltsblatt* (in Deutsch).
36. Luhmann N, 'Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems' ['Political Constitutions in the Context of the Social System'] (1973) *Der Staat* (in Deutsch).
37. Ritgen, 'Vertragsparität und Vertragsfreiheit' (2002) *Juristenzeitung* 114 (in Deutsch).
38. Wallis J North D C, 'Measuring the Transaction Sector in the American Economy 1870-1970' (1986) *Long Term Factors in American Economic Growth* (in English).

Websites

39. Casey M and Vigna P, 'In blockchain we trust' (*MIT technology review*, April 9, 2018) <<https://www.technologyreview.com/s/6/10781/in-blockchain-we-trust>> (accessed: 12.12.2018).

Рольф Кніпер

ПОНЯТТЯ СВОБОДИ ДІЙ В УКРАЇНСЬКОМУ
ТА НІМЕЦЬКОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

АНОТАЦІЯ. Стаття присвячена дослідженню свободи дій та свободи договору у цивільному праві України й цивільному праві Федеративної Республіки Німеччина.

Автором детально досліджено положення цивільного законодавства України, зокрема статей 6 та 627 Цивільного кодексу України (ЦК України), якими визначено зміст принципу свободи договору.

Встановлено, що єдиними межами договірної свободи є імперативні норми, якими можуть встановлюватись як особливі вимоги до суб'єктного складу конкретного

Rolf Knieper

договірному правовідношенню, так і обмеження, пов'язані з необхідністю дотримання прав та інтересів третіх осіб, а також публічного порядку.

За результатами проведеного дослідження автор доходить висновку, що свобода дій є ширшою, ніж свобода договору, оскільки нею охоплюються також, наприклад, односторонні правові операції, такі як свобода встановлення заповіту тощо. Водночас під “свободою договору” мається на увазі низка потенційних можливостей учасників конкретного договірному правовідношенню.

Констатується, що у досліджуваній проблематиці німецьке цивільне право принципово не відрізняється від українського. Зазначається, що свобода дій та свобода договору, а також їх обмеження, передбачені Німецьким цивільним уложенням (*BGB*), узагальнено концепцією приватної автономії (як правило, йдеться про складову вільного розвитку особистості та загальної свободи дій).

Водночас, на думку автора, статті 6 та 627 ЦК України не мають еквіваленту у Німецькому цивільному уложенні, оскільки *BGB* не містить жодних норм, що визначають принципи і межі свободи договору, свободи дій і приватної автономії.

Здійснено спробу представити юридико-історико-правові філософські передумови приватної свободи дій та приватної автономії, а також небезпеки, які загрожують їм діджиталізацією.

На думку автора, бажання виявити у приватній автономії цивільного права реалізацію суб'єктивних свобод і відкинути роздуми про ефективність, не відповідають сучасному стану розвитку суспільства та правової системи.

Особливу увагу у приватноправовому регулюванні приділено категорії “ефективність”. Так, зазначається про існування тенденції до сприйняття науковою спільнотою, законодавцем та органами судової влади основних положень вчення, що отримало назву “економічний аналіз права”.

Об'єктивність і розробка концепції розумного учасника правовідносин, на яких юристи та органи судової влади проектують свої власні раціональні ідеї, на думку автора, не суперечать основам приватної автономії.

Окрема увага звертається на розвиток *smart*-контрактів, які, на переконання автора, допомагають учасникам цивільних правовідносин звільнитися від недовіри до контрагента, незахищеності суб'єктивних прав та інтересів, інформаційної асиметрії тощо.

Досліджено правову природу *smart*-контракту, його ознаки та особливості.

Автор констатує стрімкість розвитку технології блокчейну та аналізує її вплив на розвиток цивільного права.

Ключові слова: свобода дій; свобода договору; ефективність; смарт-контракт, блокчейн.



Іван Калаур

доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
завідувач кафедри цивільного права і процесу
Тернопільського національного економічного університету
(м. Тернопіль, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2829-9342>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/H-8745-2017>
Kalaur.ir@gmail.com

Ганна Стахира

викладач кафедри міжнародного права,
міжнародних відносин та дипломатії
Тернопільського національного економічного університету
(м. Тернопіль, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6978-4892>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/K-6099-2018>
Hn.Stahyra@gmail.com



УДК 347.42:347.440.64:347.447.7

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СТОРІН ЗА ПОРУШЕННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ІЗ ПОСТАЧАННЯ ЦИФРОВОГО КОНТЕНТУ

АНОТАЦІЯ. У статті проаналізовано відповідальність сторін за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань у договорах постачання цифрового контенту. Досліджено можливість та правові наслідки застосування до договірних відносин з обігу цифрового контенту загальних положень про відповідальність за порушення договірних зобов'язань та спеціальних норм статей 655–711, 759–791 Цивільного кодексу України. З огляду на особливу правову природу цифрового контенту та його нематеріальну форму вираження, а також поширення авторських прав на цифровий контент як твір, автори приділили особливу увагу аналізу відповідальності за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань на підставі Закону України “Про авторське право та суміжні права”. Істотним у цьому дослідженні є аналіз ефективності правового регулювання захисту прав споживачів у випадку порушення постачальником договору постачання цифрового контенту споживачу. З метою гармонізації українського законодавства із законодавством Європейського Союзу (ЄС) проаналізовано норми проекту Директиви Європейського Парламенту і Ради про деякі аспекти, що стосуються договорів постачання цифрового контенту від 9 грудня 2015 р. № 2015/0287 (далі – проект Директиви), які встановлюють відповідальність сторін договору постачання цифрового контенту.

Іван Калаур, Ганна Стахира

Метою статті є всебічний аналіз нормативного регулювання відповідальності за порушення виконання зобов'язань, що виникають із договорів постачання цифрового контенту.

У статті проаналізовано особливості відповідальності сторін у договорах постачання цифрового контенту. Обґрунтовано необхідність впровадження до українського законодавства положень проекту Директиви як для захисту прав українських споживачів та постачальників послуг, так і з метою виконання Україною зобов'язань щодо уніфікації законодавства із законодавством ЄС у сфері приватного права.

Ключові слова: договірна відповідальність; цифровий контент; постачальник цифрового контенту; купівля-продаж цифрового контенту; найм цифрового контенту; споживач.

ЦК України: відповідальність сторін договору постачання цифрового контенту

Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) містить низку положень, що встановлюють загальні засади відповідальності за порушення договірних зобов'язань. Законодавець визначає, що ‘порушенням зобов'язання є його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання)’ (ст. 610 ЦК України)¹. Як бачимо, в українській правовій системі наявний дуалізм порушення зобов'язання. Таке розмежування відповідальності характерне насамперед для країн пострадянського простору. Адже саме у положеннях Цивільного кодексу Української Радянської Соціалістичної Республіки 1922 р.² закріплено аж три види порушення зобов'язання, серед яких: невиконання, неналежне виконання і прострочення. Згодом, у новому Цивільному кодексі 1964 р. знаходимо тільки два види порушення зобов'язання: невиконання та його неналежне виконання. Інститут прострочення відповідно до нового нормативного регулювання міститься у понятті неналежного виконання³. З положень доктрини випливає, що неналежне виконання передбачає зобов'язання, яке виконується, але з наявними порушеннями окремих умов договору, наприклад щодо якості переданого товару, його кількості, строку виконання зобов'язання, обсягу тощо. Натомість невиконання прийнято розглядати як бездіяльність боржника⁴. Проте така диференціація породжує низку практичних проблем. Зокрема, у випадку застосування норм, що регулюють

¹ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 18.11.2018).

² Цивільний кодекс УРСР від 1 лютого 1923 р. <https://yurist-online.org/laws/codes/ex/civilnyi_kodeks_usrr_1922.pdf> (дата звернення: 18.11.2018).

³ Цивільний кодекс Української РСР від 18 липня 1963 р. № 1540-VI <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-06>> (дата звернення: 18.11.2018).

⁴ І Розізана, ‘Загальна характеристика порушення договірних зобов'язань та його наслідки в цивільному праві’ (2014) 2 Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України 73-9.

відповідальність за невиконання зобов'язання, виникають обґрунтовані сумніви стосовно можливості кредитора вимагати одночасно як виконання зобов'язання в натурі, так і відшкодування шкоди (у разі неналежного виконання договору).

Аналізуючи положення про договірну відповідальність кодифікованих актів країн західної Європи, зокрема Польщі⁵ та Німеччини⁶, простежуємо відсутність аналогічного вітчизняному поділу порушення зобов'язання.

Беручи до уваги факт, що ринок цифрових товарів та послуг, до яких відноситься цифровий контент, поступово витісняє ринок матеріальних товарів, що мають ідентичне призначення (до прикладу, електронні книги, перегляд відео в он-лайн форматі, а також у форматі стрімінгу тощо замість звичних паперових книг, відео та музики, що вміщуються на матеріальних носіях CD-, DVD-дисках)⁷ необхідним видається проаналізувати відповідальність сторін за порушення зобов'язання у договорах постачання цифрового контенту.

ЦК України не визначає поняття цифрового контенту та не регулює правовідносин його обігу. Проте змішана правова природа цифрового контенту, а також характер відносин, що виникають у процесі його обігу, уможлиблює застосування на підставі аналогії права найбільш уподібнених договірних конструкцій.

Враховуючи те, що загальні положення відповідальності за порушення зобов'язання, які містяться у главі 51 ЦК України, застосовуються як до поіменованих, так і до непоіменованих договорів, до яких належить договір постачання цифрового контенту, доцільним видається аналіз правових наслідків порушення зобов'язання за цим договором з огляду на таке.

Відповідальність на підставі загальних положень глави 51 ЦК України ґрунтується на відновленні рівності сторін у зобов'язальних правовідносинах шляхом надання одній зі сторін права на:

- припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору;
- зміну умов зобов'язання;
- сплату неустойки;
- відшкодування збитків та моральної шкоди.

⁵ Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. Dz. U. № 16. Poz. 93.

⁶ German Civil Code dated 18.08.1896 <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf> (accessed: 18.11.2018).

⁷ Див. R. Schulze and D. Staudenmayer, 'Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice' (2015) 6 Journal of European Consumer and Market Law 215-7.

Іван Калаур, Ганна Стахира

Застосування такої відповідальності неможливе без існування самого зобов'язання, тобто правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від вчинення певної дії (негативне зобов'язання), а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку. При цьому застосування загальної норми про право на припинення зобов'язання шляхом односторонньої відмови може бути обмеженим, за умови надання цифрового контенту користувачеві на безоплатній основі, тобто боржник у цьому правовідношенні не має обов'язку вчинити будь-які дії на користь кредитора, а отже, не користується правом припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови.

*Договір купівлі-продажу:
договір постачання цифрового контенту*

Спробуємо проаналізувати особливості відповідальності сторін за договором постачання цифрового контенту, застосовуючи за аналогією договірну конструкцію купівлі-продажу. За договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму. З наведеного легального визначення договору купівлі-продажу випливає зобов'язання продавця із передачі товару у власність покупцеві. При застосуванні цієї договірної конструкції до відносин обігу цифрового контенту зіштовхуємося із такими правовими проблемами. Перша із проблем зумовлена правовим титулом власності у випадку, коли продавець не є власником цифрового контенту, а розпоряджається ним на підставі ліцензійного договору. Друга проблема пов'язана із застосуванням договірної конструкції купівлі-продажу до правовідносин з обігу цифрового контенту, що унеможлиблює його передання у власність іншому суб'єкту (до прикладу, при укладенні договору хмарного сховища даних).

Цікавим видається дослідження можливості застосування положення ст. 673 ЦК України щодо якості товару до особливого об'єкта цивільних правовідносин – цифрового контенту. Обов'язком продавця, встановленим у законодавстві, є передання покупцеві товару належної якості. При цьому під якістю розуміється його придатність для мети, з якою товар такого роду зазвичай використовується⁸.

www.pravoua.com.ua

⁸ Л Іваненко та О Язвінська, *Захист прав споживачів* (Юрінком Інтер 2014) 211.

При порушенні зобов'язань щодо якості покупець має право, незалежно від можливості використання товару за призначенням, вимагати від продавця, за своїм вибором:

- пропорційного зменшення ціни;
- безоплатного усунення недоліків товару в розумний строк;
- відшкодування витрат на усунення недоліків товару.

У ЦК України законодавець диференціює положення щодо порушення якості товару та положення щодо істотного порушення вимог щодо якості товару. Під порушенням якості товару розуміється виявлення недоліків, які не можна усунути, або усунення яких пов'язане з непропорційними витратами чи затратами часу, та таких, які виявлялися неодноразово чи з'явилися знову після їх усунення. Як наслідок істотного порушення вимог щодо якості товару покупцю надається право відмовитися від договору і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми або вимагати заміни товару⁹.

У випадку, якщо цифровий контент був придбаний за зразком або описом (до прикладу, покупцю попередньо було надано демо-версію програмного забезпечення або онлайн-гри), застосування ч. 3 ст. 673 ЦК України, що встановлює вимоги щодо відповідності якості товару, попередньо наданому зразку чи опису, надасть додаткову можливість захисту очікуваних сподівань покупця.

Специфічна правова природа цифрового контенту спричинює появу широкого спектру вимог щодо його якості. Нині в доктрині наявна дискусія стосовно дуалістичної відповідальності за договорами про обіг цифрового контенту. Так, на думку П. Стеца, відповідальність за недоліки цифрового контенту можна використовувати лише до цифрового контенту, який має матеріальну форму вираження та вміщується на матеріальному носіїві. Недоліком товару буде вважатися недолік самого носія (його пошкодження, невідповідність умовам договору тощо), а також недолік щодо запису цифрових даних (помилка у коді запису інформації на носій). Цифровий контент вважатиметься таким, що не відповідає умовам договору і у випадку, коли цифрові дані не володітимуть заявленими в договорі властивостями¹⁰. Таку позицію підтримує і Й. Єзьоро, стверджуючи, що відповідальність за недоліки цифрового контенту обмежується до відповідальності за недоліки носія такого контенту, а також поширюється на недоліки, пов'язані з використанням цифрового контенту, що надається он-лайн¹¹.

⁹ Цивільний кодекс України (н 1).

¹⁰ В Kaczmarek-Templin and P Stec and D Szostek, *Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz*. 408.

¹¹ J Jezioro and E Gniewek and Machnikowski P, *Kodeks cywilny. Komentarz*. 1021.

Відповідальність у споживчих договорах

Окрему увагу щодо відповідальності за порушення договірних зобов'язань з постачання цифрового контенту слід приділити споживчим договорам. Варто відзначити, що спеціальне законодавство у сфері захисту прав споживачів містить поділ недоліків товару на недолік та істотний недолік. Відповідно до пунктів 12 та 15 ч. 1 ст. 1 Закону України “Про захист прав споживачів” (далі – Закон):

Істотним недоліком є недолік, який робить неможливим чи недопустимим використання товару відповідно до його цільового призначення, що виник з вини виробника (продавця, виконавця), а після його усунення проявляється знову з незалежних від споживача причин і при цьому наділений хоча б однією з нижченаведених ознак:

- він взагалі не може бути усунутий;
- його усунення потребує понад чотирнадцять календарних днів;
- він робить товар суттєво іншим, ніж передбачено договором <...>.

Недолік – будь-яка невідповідність продукції вимогам нормативно-правових актів і нормативних документів, умовам договорів або вимогам, що пред'являються до неї, а також інформації про продукцію, наданій виробником (виконавцем, продавцем)¹².

Застосовуючи положення Закону до договорів постачання цифрового контенту, у разі виявлення недоліку цифрового контенту споживачу, відповідно до ч. 1 ст. 8, гарантується право вимагати:

- 1) пропорційного зменшення ціни;
- 2) безоплатного усунення недоліків товару в розумний строк;
- 3) відшкодування витрат на усунення недоліків товару.

У разі виявлення протягом встановленого гарантійного строку істотних недоліків, які виникли з вини виробника товару (продавця, виконавця), або фальсифікації товару, підтверджених за необхідності висновком експертизи, споживач, в порядку та у строки, що встановлені законодавством і на підставі обов'язкових для сторін правил чи договору, має право за своїм вибором вимагати від продавця або виробника (у цьому випадку від постачальника цифрового контенту. – І. К., Г. С.):

- розірвання договору та повернення сплаченої за товар грошової суми;
- заміни товару на такий же або на аналогічний, з числа наявних у продавця (виробника), товар¹³.

Зазначена норма закріплює виникнення негативних правових наслідків наявності істотного недоліку товару для продавця (виробника)

¹² Про захист прав споживачів: Закон України від 12 травня 1991 р. № 1023-XII <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12>> (дата звернення: 18.11.2018).

¹³ Там само.

лише у випадку наявності його вини, тобто український законодавець надає споживачу право на розірвання договору та право вимагати заміни товару при істотному недоліку тільки за наявності вини продавця (виробника) товару. У цьому контексті цікавим є питання можливості захисту власних прав споживачем у випадку існування істотного недоліку без вини виробника (продавця). Не підлягає сумніву, що видання товару з недоліком є різновидом неналежного виконання зобов'язання. Проте правові наслідки передання товару з недоліками засновані на інших підставах ніж ті, що виникають із загальних принципів відповідальності. Передусім, підставою є недолік товару, а не завдана шкода. У разі існування недоліку конструкція відповідальності набуває характеру відповідальності продавця незалежно від вини, а також його поінформованості (знання), а тому ця відповідальність ґрунтується на принципі “ризик”. Наведене дає підстави розуміти таку відповідальність як засіб захисту покупців¹⁴.

Відповідальність на підставі договору найму

Беручи до уваги специфіку цифрового контенту та враховуючи те, що цифровий контент, хоч і не виступає річчю (у трактуванні ст. 179 ЦК України), як предметом виключно матеріального світу, проте має комбіновану правову природу¹⁵, відсутність законодавчого закріплення поняття цифрового контенту дає змогу за аналогією застосувати положення глави 58 ЦК України до договорів найму (оренди) цифрового контенту. До останніх можна віднести оренду місця для зберігання електронних файлів у хмарному сховищі даних, надання доступу до користування електронними книгами, музичними та аудіовізуальними файлами в режимі он-лайн.

Аналізуючи нормативно-правове регулювання відповідальності за договорами найму (оренди), що міститься в ЦК України, доходимо висновку, що конструкція відповідальності наймодавця є доволі подібною із конструкцією відповідальності продавця у договорах купівлі-продажу, предметом яких виступає цифровий контент. Так, наймодавець несе відповідальність за своєчасну передачу цифрового контенту наймачеві (негайно або у строк, встановлений у договорі). У цьому разі передачею цифрового контенту можна вважати надання наймачу доступу до його користування. У випадку порушення цього зобов'язання наймачеві надається право:

¹⁴ Л. Саванець, ‘Права споживача у разі придбання товару неналежної якості за законодавством Європейського Союзу та України’ [2017] 1(9) Актуальні проблеми правознавства 36-42.

¹⁵ Див.: Г. Стахира, ‘Речово-правові проблеми природи цифрового контенту’ (2017) 11 Підприємство, господарство і право 55-8.

Іван Калаур, Ганна Стахира

- вимагати від наймодавця передання цифрового контенту і відшкодування збитків, завданих затримкою, або
- відмовитися від договору найму і вимагати відшкодування завданих йому збитків.

Законодавець особливо захищає права наймача і у разі невідповідності якості цифрового контенту, як такої, про яку було заявлено у договорі, так і такої, яку наймодавець гарантував наймачеві протягом усього строку використання цифрового контенту. На нашу думку, така гарантія якості та відповідальність передбачена при недотриманні гарантійних зобов'язань щодо якості цифрового контенту, є основним способом захисту наймача у випадку знищення чи пошкодження його майна. Так, наймодавець буде відповідати за знищення, пошкодження, поширення у мережі без згоди наймача його особистих файлів, що зберігалися на сервері наймодавця. Таку ж відповідальність можна застосувати і при наймі програмного забезпечення, що з часом (значно меншим ніж заявлено у договорі) втратило свою ефективність і призвело до псування електронного пристрою наймача. У зазначених випадках ст. 768 ЦК України надаватиме наймачу право вимагати від наймодавця:

- 1) заміни цифрового контенту, якщо це можливо;
- 2) відповідного зменшення розміру плати за користування контентом;
- 3) безоплатного усунення недоліків цифрового контенту або відшкодування витрат на їх усунення;
- 4) розірвання договору і відшкодування збитків, які були йому завдані¹⁶.

При цьому для користування цифровим контентом за договором найму цікавими видаються положення п. 3 ст. 767 ЦК України, що зобов'язує наймача перевірити справність речі (тут – цифрового контенту). Така норма, на перший погляд, повинна захищати права як наймодавця, так і наймача, проте у випадку договорів найму цифрового контенту, зважаючи на змішану правову природу останнього, можливість проведення такого виду перевірки “у присутності наймодавця” видається надміру обтяжливою для наймача та не сприяє захисту рівності сторін у цивільно-правових відносинах.

www.pravo.ua.com.ua

*Відповідальність на підставі Закону України
“Про авторське право і суміжні права”*

Дуалістичність правової природи цифрового контенту полягає у його можливості бути об'єктом речового права та права інтелектуальної влас-

¹⁶ Цивільний кодекс України (н 1).

ності. Саме тому варто приділити особливу увагу захисту авторських прав особи, яка своєю творчою працею створила твір¹⁷. Особи можуть у подальшому використовувати твір, що виражений у формі цифрового контенту (комп'ютерна програма, аудіо, аудіовізуальний твір, електронна книга тощо), а також надавати його у користування іншим особам у випадку укладення договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, серед яких: ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності; ліцензійний договір; договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності; договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності; інший договір щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності¹⁸.

Проте, на нашу думку, у контексті дослідження варто приділити увагу лише положенням ст. 34 Закону України “Про авторське право і суміжні права”, що встановлює специфічну відповідальність за невиконання авторського договору. Ця норма закріплює зобов'язання сторони, котра не виконала або неналежним чином виконала зобов'язання за авторським договором, відшкодувати іншій стороні всі збитки, зокрема й упущену вигоду.

Проте на практиці у переважній більшості випадків стороною договору, за яким здійснюється обіг цифрового контенту, виступає не автор, а особа, котра первинно отримала дозвіл на використання майнових авторських прав на цифровий контент¹⁹. Тобто особа, яка стала замовником наступного договору, за яким здійснюється обіг цифрового контенту, може пред'явити претензії лише на засадах цивільно-правової відповідальності до виконавця договору, а не спеціальної відповідальності автора, що базується на загальному принципі відповідальності за вину²⁰.

¹⁷ Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-ХІІ <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>> (дата звернення: 18.11.2018).

¹⁸ Див.: Commission staff working document on the modernization of EU copyright rules <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-laying-down-rules-exercise-copyright-and-related-rights-applicable-certain>> (accessed: 18.11.2018).

¹⁹ Див. Communication from the commission to the European Parliament, The Council, the European economic and social committee of the regions Promoting a fair, efficient and competitive European copyright-based economy in the Digital Single Market COM(2016) 592 final <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/promoting-fair-efficient-and-competitive-european-copyright-based-economy-digital-single-market>> (accessed: 18.11.2018).

²⁰ С Бондаренко, *Авторське право і суміжні права* (Ін-т інтел власн і права 2008) <<http://intellect21.cdu.edu.ua/wp-content/uploads/2011/12/%D0%91%D0%BE%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%80%D0%B5%D0%BD%D0%BA%D0%BE%20%D0%A1.%D0%92.%20%D0%90%D0%B2%D1%82%D0%BE%D1%80%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B5%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%20%D1%82%D0%B0%20%D1%81%D1%83%D0%BC%D1%96%D0%B6%D0%BD%D1%96%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0%20.pdf>> (дата звернення: 18.11.2018).

*Відповідальність сторін на підставі проекту Директиви
Європейського Парламенту і Ради про деякі аспекти,
що стосуються договорів постачання цифрового контенту*

На цьому етапі розвитку ринку цифрових товарів і послуг постає гостра необхідність ефективного уніфікованого регулювання відносин, пов'язаних із обігом цифрового контенту. Ним може бути проект Директиви Європейського Парламенту і Ради про деякі аспекти, що стосуються договорів постачання цифрового контенту від 9 грудня 2015 р. № 2015/0287 (далі – проект Директиви)²¹. Цей акт закріплює максимальну форму гармонізації, зокрема й щодо положень, які стосуються відповідальності за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань постачальника послуг. Це означає, що після остаточного прийняття Директиви держави – члени ЄС не зможуть визначити ані жорсткішу, ані більш м'яку форму відповідальності, а лише зобов'язуються впровадити у свої законодавчі акти норми, які ідентичні положенням Директиви про відповідальність постачальника послуг, за якими здійснюється обіг цифрового контенту²².

Відповідно до ст. 10 проекту Директиви постачальник послуг цифрового контенту відповідає за:

- порушення зобов'язання з постачання товарів і послуг, що є цифровим контентом;
- будь-яку невідповідність цифрового контенту умовам договору, що існує в момент отримання споживачем такого контенту;
- у випадку, якщо відповідно до умов договору цифровий контент повинен надаватися споживачу протягом певного періоду – за кожен невідповідність цифрового контенту умовам договору протягом усього періоду його споживання.

Аналізуючи положення ст. 10 проекту Директиви, варто зазначити, що межі відповідальності постачальника цифрового контенту є доволі широкими. Проект Директиви застосовує механізм відсутності обмежень у відповідальності постачальника, подібний до того, що міститься у ст. 36 Конвенції Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р.²³.

²¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content 2015/0287 dated 09.12.2015. The data base of legislation of the European Union <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/EN/1-2015-634-EN-F1-1.PDF>> (accessed: 18.11.2018).

²² R Mañko, 'Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive' <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/582048/EPRS_IDA\(2016\)582048_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/582048/EPRS_IDA(2016)582048_EN.pdf)> (accessed: 18.11.2018).

²³ Див.: Конвенція Організації Об'єднаних націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р. <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_003> (дата звернення: 18.11.2018).

Обмеження відповідальності постачальника цифрового контенту за договором має місце лише на етапі застосування відповідного засобу правового захисту споживача і встановлюється на підставі пропорційності ступеня відповідальності із вчиненим правопорушенням.

Висновки. На підставі проведеного аналізу правового регулювання відповідальності за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань сторін за договорами постачання цифрового контенту доходимо таких висновків.

Відповідальність сторін, що виникає на підставі глави 51 ЦК України, та, серед іншого, дає право на односторонню відмову від зобов'язання, можна застосувати лише у випадку, коли сторони уклали відплатний договір постачання цифрового контенту.

Деяко проблемним виявилось цілковите застосування положень, що регулюють купівлю-продаж, до правовідносин обігу цифрового контенту. Перш за все, це пов'язується із характерним для купівлі-продажу переданням речі у власність покупцю, що у випадку з цифровим контентом практично не застосовується. Проблемою залишаються специфічні вимоги до якості цифрового контенту, що в розумінні доктрини може неоднозначно трактуватися і застосовуватися лише до матеріальних носіїв, на яких розміщується цифровий контент.

У разі застосування законодавства про захист прав споживачів до правовідносин з обігу цифрового контенту проблемним видається спосіб захисту прав споживача цифрового контенту в контексті його обов'язку доведення вини постачальника у разі виявлення недоліків або істотних недоліків цифрового контенту протягом гарантійного строку.

Конструкція відповідальності наймодавця у договорах найму (оренди) цифрового контенту є доволі подібною з конструкцією відповідальності продавця у договорах купівлі-продажу. Проте неоднозначним і практично неможливим є застосування положення, що зобов'язує наймача перевірити якість цифрового контенту у момент його отримання, та виключення на цій підставі відповідальності наймодавця.

З огляду на поширення авторського права на цифровий контент, на підставі Закону України "Про авторське право і суміжні права" до автора можна застосувати відповідальність за невідповідність цифрового контенту виключно у випадку укладення авторського договору.

З урахуванням наведеного вище резюмуємо, що відповідальність за договорами постачання цифрового контенту в Україні не є узагальноною, що породжує неоднозначність у виборі способів захисту порушених прав. Цю проблему в ЄС вирішили шляхом розроблення проекту Директиви Європейського Парламенту і Ради про деякі аспекти, що стосують-

ся договорів постачання цифрового контенту. Акт містить максимальний рівень гармонізації та регулює відповідальність сторін за порушення договірних зобов'язань. Впровадження положень проекту Директиви до законодавства України стане вагомим кроком до забезпечення захисту прав українських споживачів і постачальників послуг цифрового контенту, а також підтвердженням виконання Україною взятих на себе в Угоді про асоціацію з ЄС зобов'язань.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. German Civil Code dated 18.08.1896 <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf> (accessed: 18.11.2018) (in English).
2. Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. *Dz. U. № 16. Poz. 93* (in Polish).
3. Pro avtorske pravo i sumizhni prava [On Copyright and Related Rights]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 23 hrudnia 1993 r. № 3792-XII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (accessed: 18.11.2018) (in Ukrainian).
4. Pro dohovory mizhnarodnoi kupivli-prodazhu tovariv [On Contracts for the International Sale of Goods]: Konventsiiia Orhanizatsii Ob'iednanykh natsii [United Nations Convention] vid 11 kvitnia 1980 r. <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_003> (accessed: 18.11.2018) (in Ukrainian).
5. Pro zakhyst prav spozhyvachiv [On Consumer Protection Law]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 12 travnia 1991 r. № 1023-XII <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12>> (accessed: 18.11.2018) (in Ukrainian).
6. Tsyvilnyi kodeks Ukrainiskoi RSR [the Civil Code of Ukrainian RSR] vid 18 lupnia 1963 r. № 1540-VI <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-06>> (accessed: 18.11.2018) (in Ukrainian).
7. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy [the Civil Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 435-IV <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (accessed: 18.11.2018) (in Ukrainian).
8. Tsyvilnyi kodeks URSR [the Civil Code of URSR] vid 1 liutoho 1923 r. <https://yurist-online.org/laws/codes/ex/civilnyi_kodeks_usrr_1922.pdf> (accessed: 18.11.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

9. Jezioro J and Gniewek E and Machnikowski P, *Kodeks cywilny. Komentarz. s. 1021* (in Polish).
10. Kaczmarek-Templin B and Stec P and Szostek D, *Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz. s. 408* (in Polish).
11. Bondarenko S, *Avtorske pravo i sumizhni prava [Copyright Law and Related Rights]* (In-t intel vlasn i prava 2008) <<http://intellect21.cdu.edu.ua/wp-content/uploads/2011/12/%D0%91%D0%BE%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%80%D0%B5%D0%BD%D0%BA%D0%BE%20%D0%A1.%D0%92.%20%D0%90%D>

0%B2%D1%82%D0%BE%D1%80%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B5%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%20%D1%82%D0%B0%20%D1%81%D1%83%D0%BC%D1%96%D0%B6%D0%BD%D1%96%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0%20.pdf> (accessed: 18.11.2018) (in Ukrainian).

- Ivanenko L ta Yazvinska O, *Zakhyst prav spozhyvachiv*[*Consumer Protection*] (Yurinkom Inter 2014) (in Ukrainian).

Journal articles

- Schulze R and Staudenmayer D, 'Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice' (2015) 6 *Journal of European Consumer and Market Law* 215-7 (in English).
- Roziznana I, 'Zahalna kharakterystyka porushennia dohovirnykh zobov'iazan ta yoho naslidky v tsyvilnomu pravi' ['General Characteristics of Violation of Contractual Obligations and its Consequences in Civil Law'] (2014) 2 *Naukovi zapysky Instytutu zakonodavstva Verkhovnoi Rady Ukrainy* 73-9 (in Ukrainian).
- Savanets L, 'Prava spozhyvacha u razi prydbannia tovaru nenaleznoi yakosti za zakonodavstvom Yevropeiskoho Soiuzu ta Ukrainy' ['Consumer Rights in Case of Purchase of Goods of Inadequate Quality under the Legislation of the European Union and Ukraine'] [2017] 1(9) *Aktualni problemy pravoznavstva* 36-42 (in Ukrainian).
- Stakhyra H, 'Rechovo-pravovi problemy pryrody tsyfrovoho kontentu' ['Proprietary of the Problem of Digital Content Nature'] (2017) 11 *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo* 55-8 (in Ukrainian).

Websites

- Commission staff working document on the modernization of EU copyright rules <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-laying-down-rules-exercise-copyright-and-related-rights-applicable-certain>> (accessed: 18.11.2018) (in English).
- Communication from the commission to the European Parliament, The Council, the European economic and social committee of the regions Promoting a fair, efficient and competitive European copyright-based economy in the Digital Single Market COM(2016) 592 final <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/promoting-fair-efficient-and-competitive-european-copyright-based-economy-digital-single-market>> (accessed: 18.11.2018) (in English).
- Maňko R, 'Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive' <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/582048/EPRS_IDA\(2016\)582048_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/582048/EPRS_IDA(2016)582048_EN.pdf)> (accessed: 18.11.2018) (in English).
- Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content 2015/0287 dated 09.12.2015. The data base of legislation of the European Union <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/EN/1-2015-634-EN-F1-1.PDF>> (accessed: 18.11.2018) (in English).

Ivan Kalaur
Hanna Stakhira

LIABILITY OF THE PARTIES FOR BREACH OF CONTRACTUAL OBLIGATIONS OF DIGITAL CONTENT SUPPLY

ABSTRACT. The article analyzes the liability of the parties for failure to fulfill or improper fulfillment of obligations prescribed in digital content supply contracts. The author investigates what the possibility and legal implications would be if the general provisions on liability for breach of contractual obligations and special rules of Articles 655–711, 759–791 the Civil Code of Ukraine are applied to the contractual relations involving digital content turnover. Given the special legal nature of digital content and the intangible form in which it is manifested, and also that the copyright to digital content is distributed as the right to a work, the authors pay special attention to the analysis of the liability for failure to perform or improper performance of obligations under the Law of Ukraine “On Copyright and Related Rights”. In this study, an essential point is analyzing the efficiency of legal regulation of consumer protection in case the supplier breaches the contract for supply of digital content to the consumer. With the aim of harmonizing the Ukrainian legislation with the legislation of the European Union (EU), the article reviews the provisions of the draft Directive of the European Parliament and the Council on certain aspects relating to digital content supply contracts dated December 9, 2015, № 2015/0287, which establish the liability of the parties to the digital content supply contract.

The purpose of the article is to make a comprehensive analysis of statutory regulation of the liability for breach of the obligations arising from digital content supply contracts.

The article analyzes the specific aspects pertaining to the liability of the parties under digital content supply contracts, and substantiates the need to introduce the provisions of the mentioned draft Directive into the Ukrainian legislation for the purpose of protecting the rights of Ukrainian consumers and service providers, and also for the purpose of fulfilling Ukraine’s obligations regarding the unification of the legislation with the EU legislation in the private law domain.

KEYWORDS: contractual liability; digital content; digital content provider; purchase and sale of digital content; hiring of digital content; consumer.

II. Проблеми спадкового права

DOI: 10.33498/opus-2019-02-091



Сергій Погрібний

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
суддя Касаційного цивільного суду
у складі Верховного Суду
(м. Київ, Україна)
pohribniy@gmail.com

УДК 347.6

ЗАДОВОЛЕННЯ ВИМОГ КРЕДИТОРА СПАДКОЄМЦЯМИ БОРЖНИКА ЗА ГРОШОВИМИ ЗОБОВ'ЯЗАННЯМИ: ОБРАННЯ ЕФЕКТИВНОГО СПОСОБУ СУДОВОГО ЗАХИСТУ

АНОТАЦІЯ. Стаття присвячена дослідженню особливостей судового розгляду вимог кредиторів до спадкоємців померлого боржника, визначенню та обранню ефективного способу захисту їхніх прав. Особливу увагу автор зосередив на питанні захисту прав кредитора, що виникли у договірному грошовому зобов'язанні зі спадкодавцем за його життя та ним не виконані, що охоплюють ті грошові зобов'язання, які виникли у зв'язку з укладеними спадкодавцем договорами, а також у зв'язку з його невиконанням (зокрема й неналежним виконанням).

Метою статті є визначення недоліків правового регулювання зазначених цивільних відносин, а також висвітлення власного бачення щодо запровадження оптимальних шляхів його удосконалення.

Встановлено, що зобов'язання за участю кредитора спадкодавця, окрім випадків, коли воно нерозривно пов'язане з особою спадкодавця, через що таке правовідношення смертю особи припиняється, продовжує існувати з попереднім змістом навіть у разі відкриття спадщини у зв'язку зі смертю. Спадкування як перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців) є підставою для універсального правонаступництва у цивільних правовідносинах, де відбувається лише заміна одного з їх учасників, а цивільні правовідносини продовжують існувати за основними своїми характеристиками. З'ясовано, що у разі смерті спадкодавця спадкоємці, які прийняли спадщину, не відмовилися від її прийняття, замінюють його особу в усіх правовідносинах, що існували на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок смерті спадкодавця.

У статті проаналізовано способи захисту порушених прав кредитора у разі смерті боржника у судовому порядку та зазначено про недоцільність використання кредитором у зазначених правовідносинах лише спеціального способу захисту, передбаченого в абзаці 2 ч. 2 ст. 1282 Цивільного кодексу України (ЦК України).

© Сергій Погрібний, 2019

Сергій Погрібний

Автор доходить висновку, що кредитор у спадкових правовідносинах наділений правом самостійно обрати спосіб захисту, передбачених як у загальному переліку способів захисту цивільних прав ст. 16 ЦК України, так і застосувавши спеціальний спосіб захисту, викладений в абзаці 2 ч. 2 ст. 1282 ЦК України. Наявність спеціального способу захисту певних цивільних прав та інтересів кредиторів спадкодавця не повинна виключати можливості застосування судом загальних способів захисту з переліку ст. 16 ЦК України.

Ключові слова: кредитор; спадкоємець; боржник; грошові зобов'язання; спосіб захисту; права; суд.

Цивілістичні дослідження, які на перший погляд є прикладними і мають на меті вирішення правових проблем суто практичного спрямування, досить часто отримують своє вирішення у площині теоретичних розвідок.

Розуміння ідей законодавця стає очевидним лише після досягнення його задуму, комплексно реалізованого у тих правових конструкціях, що втілені в актах цивільного законодавства загалом й у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України)¹ зокрема. Водночас цей Кодекс як цілісний та системоутворюючий нормативно-правовий акт, у якому реалізовано та втілено певну правову ідеологію, залишається найскладнішим для розуміння і застосування правовим актом у сфері регулювання суспільних відносин. Наведена оцінка повною мірою стосується і багатьох аспектів та інститутів спадкового права, оскільки містить комплексне правове регулювання суспільних відносин, що виникають у сфері спадкування. До визначення ефективності запровадженого механізму правового регулювання тих чи інших суспільних відносин зводиться більшість наукових розвідок.

Питаннями визначення ефективного способу судового захисту прав кредиторів за вимогами до спадкоємців боржника у різні часи займалися Л. Гузь, Ю. Заїка, О. Кухарев, О. Коротюк, О. Кот, В. Серебровський, О. Печений, Ю. Ходико та ін. Однак у дослідженнях зазначених авторів правова проблема задоволення вимог кредитора спадкоємцями боржника за грошовими зобов'язаннями в контексті визначення й обрання ефективного способу судового захисту цієї категорії учасників цивільних відносин не знайшла свого вирішення.

Метою дослідження є вивчення особливостей судового розгляду вимог кредиторів до спадкоємців померлого боржника в частині визначення та обрання ефективного способу захисту їхніх прав. Переважно предметом

¹ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 13.02.2019).

дослідження стали правовідносини, що виникли за життя спадкодавця, предметом яких були грошові зобов'язання.

Поставлено за мету визначити недоліки механізму правового регулювання зазначених цивільних відносин та запропонувати шляхи його вдосконалення.

Мета правового регулювання досліджуваних цивільних відносин

Правове регулювання цивільних відносин є дієвим впливом суб'єкта правового регулювання (учасників цивільних відносин або держави) на цивільні суспільні відносини шляхом установлення норм цивільного права (договірного чи статутного) та їх реалізації з метою впорядкування зазначених відносин відповідно до ідеальних моделей, закладених у цих нормах. Задіяння механізму правового регулювання суспільних відносин призводить до переведення правил, закладених у нормах цивільного права (договірного чи статутного), на реальну поведінку адресатів таких норм. Категорію механізму правового регулювання не можна розцінювати як таку, що охоплює практично всі явища правової дійсності, оскільки його призначенням є лише передання регуляторної енергії дій суб'єкта правового регулювання, у результаті яких створюється норма права, на цивільні суспільні відносини загалом (об'єкт цивільно-правового регулювання) та поведінку суб'єктів цивільних правовідносин зокрема (предмет правового регулювання). Саме тому структура механізму цивільно-правового регулювання окреслюється нормами цивільного права (початковий елемент механізму) та здійсненням цивільних прав і виконанням цивільних обов'язків, а за необхідності – захистом порушених цивільних прав (кінцевий елемент механізму). Інші правові явища до структури цього механізму не належать.

Такий механізм зв'язує між собою норму цивільного права (договірного чи статутного) та стан правопорядку в договірних цивільних відносинах, призводить до втілення у суспільних відносинах тих цілей правового регулювання, які закладені в нормах. В остаточному варіанті мета застосування механізму правового регулювання цивільних відносин полягає у приведенні таких відносин у стан їх впорядкованості, коли відбувається втілення у певних суспільних відносинах тих цілей правового регулювання, що первинно закладені законодавцем у сконструйованих ним нормах і правилах поведінки.

Механізм правового регулювання цивільних відносин передбачає побудову спочатку бажаної уявної моделі, що є ідеальною з точки зору держави та суспільства, – як стану врегульованості певних суспільних відносин. Сконструювавши таку ідеальну модель функціонування пев-

Сергій Погрібний

них суспільних відносин, законодавець за допомогою прийомів і засобів законодавчої техніки створює та запроваджує норми, правила поведінки, реалізація яких і має на практиці (у кожному конкретному випадку) забезпечити такий стан урегульованості цих відносин, які у сукупності створюють стан правопорядку в суспільстві зокрема та у державі загалом.

Досить часто пошук законодавцем зазначеної ідеальної моделі існування тих чи інших суспільних відносин полягає у віднайденні справедливого балансу інтересів різних суб'єктів, сторін відносин із метою запобігти виникненню спірних ситуацій. Прикладом пошуку такого справедливого балансу інтересів є запровадження в законі критеріїв надання власнику речі захисту проти незаконного володільця його майна. Так само законодавець здійснює пошук такого справедливого балансу між інтересами кредиторів спадкодавця та правомірними інтересами його спадкоємців.

Надання повної, тотальної переваги інтересам однієї сторони на шкоду іншій здатне порушити справедливий баланс, поставити під загрозу існування самого інституту спадкування як такого. Результатом пошуку такого справедливого балансу є, зокрема, конструкція статей 1281 та 1282 ЦК України.

Обов'язки спадкодавця як складова частина спадщини

Як зазначив Ю. Заїка:

Під час розробки нового ЦК України це питання привернуло увагу ряду як вітчизняних науковців, так і вчених ближнього зарубіжжя. Зобов'язання, які успадкував спадкоємець, умовно можна поділити на такі види: зобов'язання з передачі майна, що виникло з укладених спадкодавцем договорів про передачу майна (зберігання, оренда, перевезення тощо); грошові зобов'язання, що виникли у зв'язку з укладеними спадкодавцем договорами (наприклад, обов'язок сплатити за куплену річ); зобов'язання, що виникли у зв'язку з неналежним виконанням спадкодавцем укладених договорів (обов'язок сплатити штраф, неустойку, пеню); зобов'язання, що виникли із заподіянням спадкодавцем шкоди; зобов'язання, що виникли у зв'язку із набуттям чинності рішення суду, за яким спадкодавець повинен був відшкодувати моральну шкоду².

З огляду на мету цієї статті, у ній знайшли своє висвітлення питання захисту прав кредитора, що виникли у договірному грошовому зобов'язанні спадкодавця за його життя та ним не виконані, що охоплюють

² Ю Заїка, *Спадкове право в Україні: становлення і розвиток: монографія* (КНТ 2007) 75.

грошові зобов'язання, які виникли у зв'язку з укладеними спадкодавцем договорами, а також у зв'язку з невиконанням (зокрема неналежним виконанням, а так само у разі невиконання, що відбулося виключно з причини смерті) спадкодавцем укладених договорів.

Насамперед, проаналізуємо характер правонаступництва у спадкових цивільних правовідносинах.

*Спадкування як підстава універсального правонаступництва
у цивільних відносинах*

Принципове значення має визначення, що зобов'язання за участю кредитора спадкодавця (окрім випадків, коли воно нерозривно пов'язане з особою спадкодавця і припиняється внаслідок його смерті) продовжує існувати з попереднім змістом навіть у разі відкриття спадщини у зв'язку зі смертю.

Тривалий період часу панівним у науці радянського цивільного права був підхід, згідно з яким борги спадкодавця не входили до спадкової маси, проте у цьому питанні вітчизняний законодавець обрав інший підхід, відійшовши від першої радянської традиції, в основі якої було заперечення можливості спадкування усіх цивільних прав та обов'язків.

В. Серебровський зазначав:

Спадкоємець стає наступником сукупності належних померлій особі майнових прав, які переходять у спадщину, не змінюючи свого змісту, а сам перехід цих прав здійснюється одночасно і відразу – одним актом. Тому спадкування є загальним або універсальним правонаступництвом. Спадкоємець вступає у ті права, які належали померлій особі. Вступаючи у права, належні померлому, спадкоємець – правонаступник спадкодавця не потребує для набуття кожної окремої частини спадкового майна наявності тих умов, які вимагаються в разі набуття кожної з цих частин майна окремо (зокрема, передання речі, відступлення права вимоги тощо)³.

У статтях 1216, 1218 ЦК України однозначно визначено, що до складу спадкової маси разом із речами і правами (активом) також входять обов'язки спадкодавця, дійсні на момент відкриття спадщини.

Отже, спадкування як перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців) (ст. 1216 ЦК України) є підставою для універсального правонаступництва у цивільних правовідносинах. У такому разі відбувається зміна суб'єктного складу у правовідношенні, тобто цивільні правовідносини

³ В Серебровский, *Очерки советского наследственного права* (Статут 1997) 64-5.

Сергій Погрібний

існують безперервно, не припиняючись, відбувається лише заміна одного з їх учасників.

Основною метою універсального правонаступництва є збереження стабільності цивільного обороту за допомогою забезпечення заміни третіми особами особи, яка вибула зі складу учасників цивільного обороту.

За правилом ст. 1218 ЦК України до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті.

Зазначені положення законодавства необхідно розуміти так, що у подібних випадках не відбувається припинення одних правовідносин і виникнення інших – правовідносини за змістом і природою продовжують існувати за основними своїми характеристиками. Таким чином, у разі смерті спадкодавця спадкоємці, які прийняли спадщину, не відмовилися від її прийняття, замінюють його особу у всіх правовідносинах, що існували на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок смерті спадкодавця.

Необхідно враховувати, що спадкування – це зазвичай вольовий акт (за окремими винятками), під час вчинення якого спадкоємець свідомо приймає рішення про прийняття спадщини або свідомо не користується правом відмовитися від такого прийняття спадщини. Тобто у другому прикладі наявність безпосереднього волевиявлення презюмується у разі, якщо особа проживала зі спадкодавцем на момент відкриття спадщини і не відмовилася від її прийняття, або якщо законний представник неповнолітньої чи недієздатної особи не відмовився від прийняття спадщини, діючи в інтересах особи, представником якої він є.

Н. Черногор вважає: 'Приймаючи спадщину, спадкоємець може навіть і не передбачати, що саме входить до її складу'⁴. Деякі науковці зазначають:

Втім, обов'язки спадкодавця – це та частина спадщини, в прийнятті якої, безумовно, спадкоємці не заінтересовані. Навіть у юридичній літературі у дослідженні значення спадкування увага акцентується передусім на спадкуванні як на підставі й способі набуття права власності⁵.

Проте, з огляду на вольовий критерій, у цивільних правовідносинах прийнято вважати, що кожен спадкоємець діє добросовісно, як добрий господар, який є виваженим, передбачливим і розсудливим під час прий-

www.pravona.com.ua

⁴ Н Черногор, 'Відповідальність спадкоємців за борги спадкодавця: проблема потребує законодавчого вирішення' (2013) 15 Часопис цивілістики 31.

⁵ И Спасибо-Фатеева и О Печеный и другие, *Харьковская цивилистическая школа: грани наследственного права: монография* (Спасибо-Фатеева И ред, Право 2016) 368.

няття юридично значущих рішень та обрання варіанта власної поведінки. Дотримання наведених вимог забезпечуватиме стабільність цивільного обороту.

Загальною засадою цивільного права є принцип справедливості, добросовісності та розумності (п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК України), що покладає певні обов'язки на особу під час обрання можливого варіанта поведінки, справедливо очікуваної іншими учасниками цивільних відносин.

І. Главач зазначає: 'Дійсно, положення ЦК України не зобов'язують учасників спадкових правовідносин з'ясувати наявність усіх боргів, які спадкоємець мав за життя, та всіх кредиторів, які мають право вимоги за такими боргами'⁶. Проте, очевидно, що інші учасники цивільних відносин, зі свого боку, обираючи варіант власної поведінки у цивільних відносинах, мають право розраховувати на те, що поведінка їхніх контрагентів має бути очікуваною та об'єктивно розумною.

Порядок задоволення вимог кредитора спадкодавця

У положеннях ЦК України про порядок задоволення вимог кредитора спадкодавця в імперативному порядку законодавцем реалізована модель пошуку справедливого балансу між законними інтересами та правомірними очікуваннями кредитора спадкодавця і відповідними зустрічними інтересами спадкоємців. Дотримання цього балансу полягає, з одного боку, у забезпеченні можливості задоволення вимог кредитора спадкодавця зі спадкового майна, а з другого – без порушення майнових прав та інтересів спадкоємців такої особи.

Забезпечення цього балансу законодавець бачить у встановленні обмеження, згідно з яким спадкоємці боржника повинні відповідати за його зобов'язаннями в межах вартості майна, одержаного у спадщину. За правилом ч. 1 ст. 1282 ЦК України спадкоємці зобов'язані задовольнити вимоги кредитора повністю, але в межах вартості майна, одержаного у спадщину. Кожен зі спадкоємців зобов'язаний задовольнити вимоги кредитора особисто у розмірі, який відповідає його частці у спадщині.

Спадкування є способом безоплатного набуття майна, а тому стягнення боргів спадкодавця з його спадкоємців та покладення на них його майнових обов'язків у межах вартості отриманої спадщини є справедливим у співвідношенні із законними інтересами та правомірними очікуваннями кредитора (кредиторів).

Врахування вартості спадщини дає підстави стверджувати, що спадкоємець може задовольнити вимоги кредитора спадкодавця коштом

⁶ І Главач, 'Реалізація прав кредитора у спадковому правовідношенні крізь призму законодавчого регулювання' [2016] 2(14) Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького 172.

Сергій Погрібний

іншого власного майна, що не входить до складу спадщини, якщо успадковане майно становить для спадкоємця більший інтерес, ніж те власне майно, яке спадкоємець може передати кредитору на погашення заборгованості, виконавши таким чином зобов'язання померлого.

Визнання за кредитором права на захист

За загальним правилом, законодавець зберігає за кредитором право вимоги у разі смерті боржника. У такому випадку відбувається правонаступництво, яке є транслятивним, тобто таким, що переносить права та обов'язки на нового боржника.

Право на захист є складовою будь-якого суб'єктивного права. Визнавши за особою певне цивільне право, законодавець тим самим визнає за кредитором право вимагати надання захисту, зокрема й у судовому порядку. Таким чином, суб'єктивне цивільне право – це визначені змістом норми цивільного права та породжувані відповідним юридичним фактом вид і міра можливої поведінки суб'єкта цивільних відносин (зокрема договірних), що включає право на власну поведінку, право розраховувати на відповідну правомірну поведінку зобов'язаного суб'єкта та право на захист.

У зв'язку з цим постає питання про обрання кредитором способу захисту, який відповідав би природі досліджуваних цивільних відносин.

Згідно з абзацом 1 ч. 2 ст. 1282 ЦК України вимоги кредитора спадкоємці зобов'язані задовольнити шляхом одноразового платежу, якщо домовленістю між спадкоємцями та кредитором не встановлено інше. В абзаці 2 зазначеної статті сформульоване правило, за яким у разі відмови від одноразового платежу суд за позовом кредитора накладає стягнення на майно, яке було передане спадкоємцям у натурі.

На думку О. Кухарєва:

Належним способом захисту прав кредиторів у відносинах, пов'язаних із наступництвом боргів спадкодавця, є накладення стягнення на майно, яке було передане спадкоємцям у натурі. Такий спосіб захисту є спеціальним, а тому можна стверджувати, що правові можливості кредитора суттєво звужені, а отже, звернення до суду із позовом до спадкоємця боржника про стягнення грошових сум не може вважатися належним способом захисту в розумінні частини другої статті 1282 ЦК України. У зв'язку з цим науковець вважає правильною позицію тих судів, які відмовляють у позові кредиторам спадкодавця у зв'язку з неправильним обранням позивачем способу захисту з урахуванням положення частини третьої статті 16 ЦК України, за змістом якого суд може відмовити

у захисті цивільного права або інтересу в разі, якщо обраний позивачем спосіб не відповідає вимогам закону⁷.

Дещо відмінну від цієї позицію обстоює О. Коротюк, який вважає:

Якщо спадкоємці не задовольняють вимоги кредитора у межах вартості спадкового майна згідно з правилом, викладеним в абзаці першому частини другої статті 1282 ЦК України, кредитор може за позовом до спадкоємців стягнути успадковане ними майно в примусовому порядку. І виключно у тому випадку, якщо на момент пред'явлення вимоги спадкове майно виявиться (буде) відчуженим спадкоємцями, цей автор визнає за кредитором право на стягнення суми його вартості (зі спадкоємців, які прийняли спадщину)⁸.

М. Дякович розуміє зазначене положення ЦК України як таке, 'що надає кредитору право вимагати стягнення боргу спадкодавця з його майна, переданого спадкоємцям в натурі'⁹.

Із таким підходом і відповідною йому судовою практикою погодитися не можна. З метою здійснення аналізу необхідно розділити дослідження зазначеної проблеми на два питання: 1) стосуватиметься можливості застосування загальних способів захисту цивільних прав у разі наявності можливості застосування і спеціальних способів захисту; 2) можливості для суду відмовити у наданні захисту порушеного права в разі обрання такого способу захисту, що не відповідає вимогам закону.

Відповідно до усталеної судової практики суди традиційно визнавали за кредиторами спадкодавця право на вимогу до спадкоємців щодо виконання зобов'язань попереднього боржника (спадкодавця).

Л. Гузь визнає за кредитором право вимагати від суду стягнення боргу з майна спадкодавця, переданого спадкоємцю в натурі, у разі його відмови здійснити одноразовий платіж та за відсутності домовленості між учасниками таких правовідносин¹⁰. На обґрунтування такого підходу автор навів посилання на п. 27 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 7 "Про судову практику у справах про спадкування"¹¹, згідно з яким, якщо спадкоємець прийняв спадщину стосовно нерухомого майна, але зволікає з виконанням обов'язку, перед-

⁷ О Кухарев, *Актуальні питання спадкового права в судовій практиці: практичний посібник* (Алерта 2017) 131-2.

⁸ О Коротюк, *Спадкове право: Коментар до книги І Цивільного кодексу України* (ОВК 2017) 215.

⁹ О Дзера та Н Кузнєцова та В Луць (за ред), *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України* (5-те вид, Юрінком Інтер 2013) 1087.

¹⁰ Л Гузь, *Практика застосування спадкового права в судовій та нотаріальній діяльності* (Право 2015) 677.

¹¹ Про судову практику у справах про спадкування: постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 7 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-08>> (дата звернення: 13.02.2019).

Сергій Погрібний

баченого ст. 1297 ЦК України, зокрема з метою ухилення від погашення боргів спадкодавця, кредитор має право звернутися до нього з вимогою про погашення заборгованості спадкодавця, розмір якої може бути визначений відповідно до правил ст. 625 цього Кодексу.

Обрання кредитором способу захисту своїх прав

У статті 16 книги першої розділу I “Основні положення” ЦК України визначені загальні способи захисту цивільних прав та інтересів. Ці способи захисту є універсальними для всіх правовідносин і можуть бути застосовані особою для врегулювання спірних правовідносин. Застосовувані способи захисту цивільних прав мають відповідати характеру спірних правовідносин та природі спору, що існує між сторонами.

Як обґрунтовує О. Кот:

Уповноважена особа для захисту свого права може використовувати будь-який спосіб чи способи захисту як із числа загальних, так і спеціальних. За відсутності нормативно визначеного способу (способів) захисту особа, чий права порушені, вправі запропонувати належний спосіб захисту цивільних прав. Застосування способу захисту визначається виключно критерієм його належності, а не механістичним співвідношенням загальних та спеціальних способів захисту. При конкуренції спеціальних способів захисту застосуванню підлягає той, що відповідає особливостям спірних матеріальних правовідносин і є належним¹².

Очевидно, з такою точкою зору необхідно погодитися, оскільки аналіз структури та змісту ЦК України дає підстави для висновку, що застосування спеціальних способів захисту, які визначені законодавцем для захисту окремих категорій цивільних прав, не виключає можливості також застосовувати й загальні способи захисту цивільних прав та інтересів.

Саме такий спеціальний спосіб захисту прав кредитора в разі смерті боржника у договірному зобов’язанні передбачений, зокрема, абзацом 2 ч. 2 ст. 1282 ЦК України, за змістом якого в разі відмови від одноразового платежу суд за позовом кредитора накладає стягнення на майно, яке було передане спадкоємцям у натурі.

Оцінімо ефективність та дієвість цього спеціального способу захисту.

На думку Ю. Ходико, закріплений у ст. 1282 ЦК України правовий механізм є хибним і певною мірою недосконалим для забезпечення задоволення майнових інтересів кредиторів спадкодавця. У разі відмови спадкоємця від одноразового платежу суд за позовом кредитора накладає стягнення на майно, яке було передане спадкоємцям у натурі (абзац 2 ч. 2

www.pravoua.com.ua

¹² О Кот ‘Проблеми здійснення та захисту суб’єктивних цивільних прав’ (автореф дис д-ра юрид наук, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф Г Бурчака 2017) 4.

ст. 1282 ЦК України). Проте автор пропонує уявити таку ситуацію, що майно, яке було отримано спадкоємцями, може мати достатню вартість для задоволення вимог кредитора, але бути малоліквідним, або за цим майном кредиторам важко забезпечити контроль і його збереження (наприклад, коштовності), щоб у подальшому задовольнити свої вимоги. Обмежувати обсяг відповідальності спадкоємців межами вартості спадкового майна автор вважає правильним. Водночас обмеження можливості кредиторів задовольняти свої вимоги виключно з отриманого майна є неефективним і недоцільним¹³.

Погоджуючись з оцінкою недосконалості способу захисту прав кредиторів, сформульованого в абзаці 2 ч. 2 ст. 1282 ЦК України, необхідно застерегти, що категорія “звернення стягнення” у кодексі тлумачиться як примусова реалізація майна боржника з метою задоволення завдяки отриманим від реалізації коштів вимог кредитора. Задоволення вимог кредитора шляхом безпосереднього звернення стягнення на майно боржника, зокрема визнання права власності на нього за кредитором, передбачена, наприклад, для іпотеки. Проте для реалізації такого способу стягнення стосовно іпотеки в законі сконструйовано певні правові механізми, що не можуть бути механічно застосовані для реалізації ст. 1282 ЦК України.

Також необхідно застерегти, що спосіб захисту прав кредитора спадкодавця, передбачений в абзаці 2 ч. 2 ст. 1282 ЦК України, не може розглядатись як єдино можливий, що передбачений законодавцем задля захисту кредиторів у досліджуваній правовій ситуації.

У наведеній правовій нормі сформульовано спеціальний, який є додатковим за своєю правовою природою, спосіб захисту цивільних прав та правомірних інтересів кредитора спадкодавця в разі, якщо спадкоємці не виконують його вимог. Ані зі змісту, ані з системного аналізу наведеного правила у зв'язку з іншими нормами ЦК України неможливо сформулювати зрозумілі доводи на користь висновку про наявність будь-яких об'єктивних і розумних підстав визнавати такий спосіб захисту виключним та єдино можливим. Отже, застосування правил ст. 1282 ЦК України не виключає можливості застосування альтернативного способу захисту, зокрема п. 5 ч. 2 ст. 16 ЦК України про примусове виконання обов'язку в натурі.

Тлумачення ст. 1282 ЦК України не в сукупності з комплексом інших норм ЦК України позбавить кредитора права на захист своїх цивільних прав та інтересів у тому випадку, якщо на час його звернення до суду

¹³ Ю Ходико, ‘Щодо особливостей правового режиму об'єкта спадкового правовідношення’ [2016] 1(40) Науковий вісник Ужгородського національного університету 90.

Сергій Погрібний

з відповідною позовною вимогою майно, яке було передано спадкоємцю в натурі, не збереглося.

Відповідно до структури ЦК України кредитор має право обирати один з усіх способів захисту, які надаються йому законом, якщо інше правило в імперативному порядку не визначено у цивільному законі. При цьому вибір способу захисту кредитор здійснює на власний розсуд.

Згідно зі ст. 5 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)¹⁴ застосований судом спосіб захисту цивільного права має відповідати критерію ефективності, тобто він має бути дієвим, а наслідком його реалізації повинно бути відновлення порушених майнових або немайнових прав та інтересів управомоченої особи.

Таке розуміння права кредитора на обрання ефективного способу захисту не порушуватиме прав та інтересів спадкоємців, оскільки завжди в основі вирішення питання про прийняття спадщини лежить вольовий акт, пов'язаний із наміром спадкоємця прийняти спадщину.

Такі висновки повною мірою відповідають позиції Європейського суду з прав людини щодо оцінки належності обраного позивачем способу захисту та його ефективності з точки зору ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, викладеній у рішенні від 15 листопада 1996 р. у справі “*Chahal v. the United Kingdom*” (заява №22414/93, [1996] ECHR 54¹⁵). Отже, ефективний спосіб захисту повинен забезпечити поновлення порушеного права, а в разі неможливості такого поновлення – гарантувати особі можливість отримання нею відповідного відшкодування. Тим більше, що пріоритет норм міжнародного права за наявності колізій із внутрішнім законодавством надає судам України досить широкі повноваження в обранні джерела права задля вирішення конкретного спору.

Саме таке розуміння особливостей захисту прав кредиторів у спадкових відносинах відповідає основній меті цивільного права, якою є забезпечення стабільності цивільного обороту.

Висновки. Зважаючи на наведене, обґрунтованими є висновки, відповідно до яких кредитор спадкодавця має право вимагати з його спадкоємців стягнення суми заборгованості за договорами (наприклад, кредитними), оскільки обов'язок спадкоємців боржника перед таким кредитором спадкодавця полягає у поверненні сум боргу та інших нарахувань за договором, що виникли до дня смерті спадкодавця, але в межах

www.pravo.ua.com.ua

¹⁴ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>> (дата звернення: 13.02.2019).

¹⁵ *Chahal v. the United Kingdom*: Court Judgment 15.11.1996. App. 2414/93 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58004>> (accessed: 13.02.2019).

вартості одержаного у спадок майна та згідно з розміром часток кожного з них.

Цивільне право, яке оперує категоріями “розумність”, “добросовісність”, “справедливість” передбачає дієві засоби захисту порушених прав, а отже, створює усім учасникам цивільних відносин підстави розраховувати на те, що поведінка інших учасників буде виваженою, розсудливою та добросовісною. З огляду на це, рішення кожного спадкоємця про прийняття певної спадщини має бути зваженим та розсудливим, він має діяти як *Bonus pater familias* (добрий господар), усвідомлюючи, що разом з активом до складу спадщини також входить і спадковий пасив.

Кредитор у спадкових правовідносинах наділений правом як самостійно обрати спосіб захисту, передбачений у загальному переліку способів захисту цивільних прав (ст. 16 ЦК України), так і застосувати спеціальний спосіб захисту, викладений в абзаці 2 ч. 2 ст. 1282 ЦК України.

Наявність спеціального способу захисту певних цивільних прав та інтересів не повинна виключати можливості застосування судом загальних способів захисту з переліку ст. 16 ЦК України.

Суди не мають права відмовляти у захисті порушеного права у зв'язку з невідповідністю обраного способу захисту вимогам закону. Обраний позивачем спосіб захисту повинен відповідати правовій природі порушених цивільних прав, бути ефективним, тобто сприяти відновленню порушеного права, а його застосування – призводити до дієвого впливу на спірну правову ситуацію.

Категорія належного способу захисту, яка раніше застосовувалася у практиці Верховного Суду України як підстава для відмови у позові в разі, якщо такий спосіб визнавався неналежним, не має підстав для подальшого застосування у практиці новоствореного Верховного Суду. Визначальною для останнього повинна бути категорія ефективного способу захисту, запроваджена в новітніх процесуальних кодексах (ст. 5 ЦПК України у редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII).

Визначений в абзаці 2 ч. 2 ст. 1282 ЦК України спосіб захисту, який передбачає, що в разі відмови від одноразового платежу суд за позовом кредитора накладає стягнення на майно, яке було передане спадкоємцям у натурі, не є ефективним та досконалим, оскільки в чинному законодавстві відсутній дієвий механізм його реалізації та застосування на практиці.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy [The Civil Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (accessed: 13.02.2019) (in Ukrainian).
2. Tsyvilnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [The Code of Civil Procedure of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 18 bereznia 2004 r. № 1618-IV <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>> (accessed: 13.02.2019) (in Ukrainian).

Cases

3. Chahal v. the United Kingdom: Court Judgment 15.11.1996. App. 2414/93 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58004>> (accessed:13.02.2019) (in English).
4. Pro sudovu praktyku u spravakh pro spadkuvannia [On the Court Practice in Inheritance Cases]: postanova plenumu Verkhovnoho Sudu Ukrainy [Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine] vid 30 travnia 2008 r. № 7 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-08>> (accessed: 13.02.2019) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

5. Huz L, *Praktyka zastosuvannia spadkovoho prava v sudovii ta notarialnii diialnosti [Practice of Inheritance Law Application in Court and Notarial Activities]* (Pravo 2015) (in Ukrainian).
6. Kukhariev O, *Aktualni pytannia spadkovoho prava v sudovii praktytsi: Praktychnyi posibnyk [Topical Issues of Inheritance Law in Judicial Practice: Practical Guide]* (Alerta 2017) (in Ukrainian).
7. Korotyiuk O, *Spadkove pravo: Komentar do knyhy I Tsyvilnoho kodeksu Ukrainy [Inheritance Law: Commentary on Book 1 of the Civil Code of Ukraine]* (OVK 2017) (in Ukrainian).
8. Serebrovskij V, *Ocherki sovetskogo nasledstvennogo prava [Essays on the Soviet Law of Inheritance]* (Statut 1997) (in Russian).
9. Zaika Yu, *Spadkove pravo v Ukraini: stanovlennia i rozvytok: monohrafiia [Inheritance Law in Ukraine: Establishment and Development: Monograph]* (KNT 2007) (in Ukrainian).

Edited books

10. Dzera O ta Kuznietsova N ta Luts V (za red), *Naukovo-praktychnyi komentar Tsyvilnoho kodeksu Ukrainy [Scientific and Practical Commentary on the Civil Code of Ukraine]* (5th edn, Yurinkom Inter 2013) (in Ukrainian).
11. Spasibo-Fateeva I i Pechenyj O i drugie, *Har'kovskaja civilisticheskaja shkola: grani nasledstvennogo prava: monografija [Kharkov School of Civil Law: the Facets of Inheritance Law: Monograph]* (Spasibo-Fateeva I red, Pravo 2016) (in Russian).

Journal articles

12. Chernohor N, 'Vidpovidalnist spadkoiemtsiv za borhy spadkodavtsia: problema potrebuie zakonodavchoho vyrishennia' ['Liability of Heirs for Debts of the Testator: the Issue Requires Legislative Solution'] (2013) 15 Chasopys tsyvilistyky (in Ukrainian).

13. Hlavach I, 'Realizatsiia prav kredytora u spadkovomu pravovidnoshenni kriz pryzmu zakonodavchoho rehuliuвання' ['Implementation of Creditor's Rights in Hereditary Legal Relations through the Prism of Legislative Regulation'] [2016] 2(14) Naukovo-informatsiyni visnyk Ivano-Frankivskoho universytetu prava imeni Korolia Danyla Halytskoho (in Ukrainian).
14. Khodyko Yu, 'Shchodo osoblyvosti pravovoho rezhymu ob'iekta spadkovoho pravovidnoshennia' ['On the Specific Aspects of the Legal Regime of the Object in Hereditary Legal Relations'] (2016) 40 Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu (in Ukrainian).

Thesis abstracts

15. Kot O, 'Problemy zdiisnennia ta zakhystu sub'iektyvnykh tsyvilnykh prav' ['Issues of Exercise and Protection of Subjective Civil Rights'] (avtoief dys d-ra yuryd nauk, Naukovo-doslidnyi instytut pryvatnoho prava i pidpriemnytstva imeni akademika F H Burchaka 2017) (in Ukrainian).

Serhii Pohribnyi

SATISFACTION OF CREDITOR'S CLAIMS BY HEIRS
OF THE DEBTOR UNDER MONETARY OBLIGATIONS:
SELECTING AN EFFICIENT JUDICIAL REMEDY

ABSTRACT. The article aims at studying the specific aspects pertaining to court proceedings with regard to creditors' claims against heirs of a deceased debtor, and also to determining and selection of an efficient remedy for protection of their rights. The author gives a special focus to such an issue as protection of creditor's rights which arose in the contractual monetary obligation with the testator while the latter was alive but remained unfulfilled by him/her, which cover the monetary obligations arising in connection with the contracts entered into by the testator, as well as in connection with non-performance of the same (including improper performance).

The purpose of the article is to determine the shortcomings present in legal regulation of these civil relations, and also to present the author's own vision regarding the introduction of the best ways to improve it.

The author establishes that the obligation involving the testator's creditor continues to be valid with the prior content even in case of commencement of succession in connection with death, except when this obligation is inextricably linked to the personality of the testator and thus such legal relations are terminated by the person's death. Inheritance as a transfer of rights and obligations (estate) from an individual who died (the testator) to other persons (heirs) is the basis for universal succession in civil relations, where only a replacement of one of their participants occurs and civil legal relations continue and maintain their main characteristics. The article demonstrates that in the event the testator dies, his/her heirs who accepted the inheritance and did not refuse to accept it, replace him/her in all of the legal relations which existed at the time of commencement of succession and did not cease due to the testator's death.

The article analyzes how the violated rights of the creditor may be protected in court if the debtor died, and indicates that in these legal relations it is inexpedient for the creditor

Сергій Погрібний

to use only the special remedy provided for in paragraph 2, Part 2, Article 1282 of the Civil Code of Ukraine (Ukraine's CC).

The author reaches the conclusion that a creditor in hereditary relations is entitled at own discretion to choose the legal remedy prescribed in the general list of means for protecting civil rights under Article 16 of Ukraine's CC, or to apply a special remedy provided for in paragraph 2, Part 2, Article 1282 of Ukraine's CC. The availability of a special remedy protecting certain civil rights and interests of the testator's creditors should not exclude the possibility for the court to apply general remedies provided for in the list under Article 16 of Ukraine's CC.

KEYWORDS: creditor; heir; debtor; monetary obligations; legal remedy; rights; court.



Світлана Бичкова

доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ
(м. Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8227-2127>
civilkafedra@gmail.com

DOI: 10.33498/Юш-2019-02-107

УДК 347.66

ВИЗНАННЯ СПАДЩИНИ ВІДУМЕРЛОЮ: НОВЕЛІЗАЦІЯ ПРАВОВОГО ІНСТИТУТУ ЗА ОСТАННІ 15 РОКІВ

АНОТАЦІЯ. У законодавстві незалежної України з 2003 р. закріплено інститут визнання спадщини відумерлою. Проте за 15-річний досвід його застосування на практиці неодноразово стикалися із проблемами недосконалої законодавчої конструкції. Тому сьогодні законодавчі положення щодо визнання спадщини відумерлою суттєво відрізняються від первісної редакції відповідних норм. Зважаючи на це, виникла нагальна потреба провести аналіз оновленого цивільного законодавства для вироблення єдиних підходів до тлумачення його змісту і подальшого застосування нормативних приписів.

Метою статті є аналіз напрямів і наслідків новелізації інституту визнання спадщини відумерлою з часів його регламентації в законодавстві нашої держави, виявлення наявних проблем у правовому регулюванні відповідних питань, а також пропозиція шляхів їхнього вирішення.

У процесі дослідження встановлено, що новелізація положень цивільного законодавства щодо визнання спадщини відумерлою сприяла оптимізації відповідного правового інституту, адже всі внесені зміни були доцільними і допомагали усунути прогалини у правовому регулюванні, вирішили окремі проблеми, які виникали під час застосування нормативних приписів на практиці.

Проте невстановлення часових обмежень виконання органами місцевого самоврядування обов'язку щодо подання до суду заяви про визнання спадщини відумерлою фактично може призвести до його невиконання чи сприяти зловживанням із боку посадових осіб указаних органів, що, зі свого боку, призведе до наявності майна з невизначеним правовим режимом чи позбавить територіальну громаду можливості отримати відповідне майно. З огляду на таке слід змінити положення, закріплене у ч. 2 ст. 1277 Цивільного кодексу України (ЦК України), окресливши граничні часові межі подання до суду заяви про визнання спадщини відумерлою.

Зважаючи на правила законодавчої техніки та логіки, звернено увагу на необхідність використання уніфікованої термінології при регулюванні питань, пов'язаних із визнанням спадщини відумерлою. У зв'язку з чим обґрунтовано потребу у вне-

© Світлана Бичкова, 2019

Світлана Бичкова

сенні змін до ч. 4 ст. 1277 та ч. 2 ст. 1280 ЦК України, замінивши словосполучення “відумерле майно” фразою “майно, що входило до складу спадщини, яка визнана відумерлою”.

Ключові слова: спадщина; склад спадщини; відумерлість спадщини; спадкодавець; спадкоємці; орган місцевого самоврядування; територіальна громада.

Кожна фізична особа з повною цивільною дієздатністю має право розпорядитися долею своїх майнових прав та обов’язків на випадок своєї смерті шляхом складення заповіту. У разі відсутності заповіту та в інших, визначених у ч. 2 ст. 1223 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)¹ випадках, спадкування здійснюється за законом. Проте інколи, через об’єктивні (наприклад, відсутність спадкоємців) чи суб’єктивні (зокрема, неприйняття спадкоємцями спадщини чи їх відмову від прийняття відповідних прав та обов’язків) причини, спадщина залишається ніким непринятною. У такому разі правовий режим майна стає невизначеним. Крім того, майно, втративши власника, “залишається непризволяще, знищується або захоплюється особами, які не мають ніякого права на нього”, а також може бути небезпечним для оточуючих. Тому законодавець, керуючись публічними інтересами, повинен визначити суб’єкта, який набуватиме право на таке майно². Задля запобігання подібним ситуаціям у законодавстві України з 2003 р. закріплено інститут визнання спадщини відумерлою.

Проте за 15-річний досвід його застосування на практиці неодноразово стикалися з проблемами недосконалої законодавчої конструкції. Також за цей, хоча й не дуже тривалий період, відбулися зміни і в суспільній свідомості, і в житті нашої держави загалом (наприклад, пов’язані з проведенням правових реформ), зважаючи на що, законодавство, у тому числі цивільне, постійно доводиться новелізувати, щоб воно відповідало реаліям сьогодення. Не залишився осторонь зазначених процесів й інститут, що становить предмет нашого наукового дослідження: зокрема, текст ст. 1277 ЦК України зазнав суттєвих змін спочатку у 2011 р.³, а потім був майже повністю оновлений у 2016 р.⁴.

Оптимізація законодавчих актів завжди викликає необхідність проведення аналізу нововведень, їх тлумачення, розроблення нових підходів

¹ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 13.02.2019).

² С Бичкова (ред), *Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар* (Атіка 2010) 613.

³ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг: Закон України від 22 вересня 2011 р. № 3795-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3795-17>> (дата звернення: 13.02.2019).

⁴ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової долі земельних ділянок, власники яких померли: Закон України від 20 вересня 2016 р. № 1533-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1533-19>> (дата звернення: 13.02.2019).

до застосування відповідних нормативних приписів, виявлення додаткових прогалин і колізій у правовому регулюванні з огляду на зміни, що відбулися. У зв'язку з чим слід переглянути і наукові погляди щодо визнання спадщини відумерлою.

Розвиток відповідного правового інституту зумовлює наявність до нього інтересу з боку науковців. Так, за 15-річний досвід застосування відповідних нормативних положень до питань визнання спадщини відумерлою зверталися у своїх працях, зокрема, Ю. Заїка, В. Комаров, О. Кухарев, О. Первомайський, Є. Рябоконт, Г. Світлична, Н. Солтис, С. Фурса. Проте детальний аналіз законодавчих змін за часи незалежної України в означеному контексті не проводився.

Мета дослідження – проаналізувати напрями і наслідки новелізації інституту визнання спадщини відумерлою з часів його регламентації в законодавстві нашої держави, а також виявити наявні проблеми у правовому регулюванні відповідних питань і запропонувати шляхи їх вирішення.

Розпочнімо з невеличкого історичного екскурсу.

Хоча на теренах нашої держави такий інститут є відносно “молодим”, термін “відумерла спадщина” відомий здавна. Так, ще у стародавні часи майно, яке не прийняли спадкоємці, вважалося відумерлим. З епохи принципату вказане майно передавалося державі; у період абсолютної монархії міська курія, церкви, монастирі отримували перевагу щодо набуття відумерлої спадщини після осіб, які належали до цих організацій⁵.

Однак деякі науковці вважають, що на той час використовувався певною мірою тотожний за своєю суттю термін – “виморочне майно”⁶.

Як обґрунтовується в юридичній літературі, на території України поняття виморочного майна вперше у законодавчому порядку вживається в Уставній земській грамоті мешканцям Київської землі 1507 р. У Статутах Великого князівства Литовського (1566 р. і 1588 р.), до складу якого входили українські землі, також містилися положення про визнання майна виморочним та його перехід до держави, тобто до Великого князя, у разі відсутності спадкоємців за законом і за заповітом⁷. У подальшому випадки оголошення спадщини відумерлою визначалися й у Цивільному кодексі Східної Галіції 1797 р.⁸

⁵ В Борисова та Л Баранова (ред), *Основи римського приватного права* (Право 2008) 211.

⁶ О Нелін, ‘Генезис та розвиток інституту відумерлості спадщини в Україні’ (2013) 6 *Юридична Україна* 43.

⁷ Там само 44.

⁸ Гужва А (пер с лат), *Гражданский кодекс Восточной Галиции 1797 г. = Codex civilis pro Galicia Orientali anna MDCCXCVII* (Статут 2013) 293.

У 1922 р. при прийнятті Цивільного кодексу УРСР⁹ було прямо введено категорію “виморочне майно”, яким визнавалося майно, що входило до складу спадщини, у разі його неприйняття спадкоємцями внаслідок їх неявки, відмови від спадщини, а у подальшому, після внесення до ст. 433 цього нормативного акта змін, – й у разі позбавлення спадкоємців заповідачем права на одержання спадщини. Указане майно, за первісною редакцією нормативного припису, переходило у розпорядження відповідних органів держави. Однак пізніше, напевне, зрозумівши, що у такому разі майно все одно залишається без власника, законодавець уточнив, що воно переходило саме у власність держави.

Надалі законодавець відмовився від подібних термінів і у статтях 524, 555 Цивільного кодексу Української РСР 1963 р.¹⁰ встановив правила переходу спадкового майна за правом спадкоємства до держави.

І нарешті, у 2003 р. у ЦК України вже остаточно було задекларовано положення щодо відумерлості спадщини, а в 2004 р. додатково регламентовано у Цивільному процесуальному кодексі України (далі – ЦПК України)¹¹ процесуальний порядок розгляду відповідної категорії цивільних справ у порядку окремого провадження.

Принагідно зауважимо, що сьогодні можна виокремити два основних підходи європейських законодавців до визначення долі спадщини, що залишилася неприйнятою: або вона переходить у власність держави (наприклад, відповідно до ст. 539 Цивільного кодексу Французької Республіки майно осіб, померлих без спадкоємців, або спадщина, яка залишилася, належать державі; згідно з ч. 2 ст. 1433, частинами 1, 2 ст. 1515 Цивільного кодексу Республіки Молдова¹² держава стає спадкоємцем виморочного майна і вступає у володіння ним внаслідок видачі свідоцтва про виморочну спадщину)¹³, що певною мірою є подібним до положень ЦК Української РСР 1963 р.; або визнається відумерлою (виморочною) в судовому порядку (ч. 3 ст. 1039 Цивільного кодексу Республіки Білорусь¹⁴, ч. 3 ст. 1083 Цивільного кодексу Республіки Казахстан¹⁵), як це закріплено і в ЦК України.

⁹ Цивільний кодекс УРСР: Закон від 16 грудня 1922 р. <https://yurist-online.org/laws/codes/ex/civilnyi_kodeks_usrr_1922.pdf> (дата звернення: 13.02.2019).

¹⁰ Цивільний кодекс Української РСР: Закон від 18 липня 1963 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/1540-06>> (дата звернення: 13.02.2019).

¹¹ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>> (дата звернення: 13.02.2019).

¹² Гражданский кодекс Республики Молдова от 6 июня 2002 г. № 1107 <http://lex.justice.md/index.php?acti_on=view&view=doc&lang=2&id=325085> (дата звернення 13.02.2019).

¹³ На нашу думку, варіант, закріплений у Цивільному кодексі Республіки Молдова, важко назвати виваженим, оскільки спадщина тому і визнається відумерлою (виморочною), бо немає спадкоємців.

¹⁴ Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 218-3 <<http://xn---7sbakgchdukjdc8auvwj.xn--90ais/>> (дата звернення: 13.02.2019).

¹⁵ Гражданский кодекс Республики Казахстан от 1 июля 1999 г. № 409-I <https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880#pos=5;-245> (дата звернення: 13.02.2019).

Проте другий підхід, який на сучасному етапі реформування правової сфери в Україні є нам ближчим, у різних державах має свої відмінності. Зокрема, це стосується: а) самої назви, оскільки іноді у цивільних кодексах іноземних держав використовується конструкція “виморочна спадщина” (Республіка Білорусь), іноді – “виморочне майно” (Республіка Казахстан); б) визначення остаточного отримувача (власника) майна, що входило до складу спадщини і залишилося ніким не прийнятим, наприклад, у Республіці Білорусь таким стає адміністративно-територіальна одиниця за місцем перебування відповідного майна (ч. 2 ст. 1039 Цивільного кодексу Республіки Білорусь); у Республіці Казахстан виморочне майно переходить у комунальну власність за місцем відкриття спадщини (ч. 2 ст. 1083 Цивільного кодексу Республіки Казахстан).

Отже, які ж засади закладено в основу інституту визнання спадщини відумерлою в Україні, і які зміни відбулися у національному законодавстві за час його існування?

Насамперед, у ч. 1 ст. 1277 ЦК України законодавець визначив підстави визнання спадщини відумерлою, такими є: 1) відсутність спадкоємців за заповітом і за законом; 2) усунення спадкоємців від права на спадкування; 3) неприйняття спадкоємцями спадщини; 4) відмова спадкоємців від прийняття спадщини.

Звичайно, ці підстави можуть існувати як разом, так може бути наявною лише одна з них. Єдине, що має значення, – спадщина залишилася неприйнятною і на момент вирішення питання про визнання її відумерлою відсутні особи, які мають право на отримання спадщини.

На час прийняття ЦК України у ч. 1 ст. 1277 закріплювалося, що спадщина визнається відумерлою судом за заявою відповідного органу місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини. Проте у подальшому законодавцеві довелося уточнювати це нормативне положення, по-перше, чітко встановивши, що подання такої заяви є обов’язком органу місцевого самоврядування; по-друге, передбачивши додаткові правила щодо територіальної юрисдикції (підсудності), – якщо до складу спадщини входить нерухоме майно, заяву про визнання її відумерлою слід подавати до суду за його місцезнаходженням; по-третє, розширивши коло заявників.

Навіть при побіжному аналізі наведених змін не можна не відзначити їх доцільність. Адже, зокрема, без вказівки на обов’язок органу місцевого самоврядування подавати заяву про визнання спадщини відумерлою, відповідні органи нехтували зверненням до суду у разі, коли спадщина була обтяжена боргами спадкодавця, потребувала більше вкладень на

утримання ніж була її собівартість тощо. Проте можливість для зловживань щодо звернення до суду в окреслених випадках в органів місцевого самоврядування залишилася, про що буде зазначено далі.

Також сприяють виконанню завдань цивільного судочинства й змінені правила територіальної юрисдикції (підсудності) справ про визнання спадщини відумерлою, оскільки таким чином забезпечено кращі умови для справедливого, неупередженого і своєчасного розгляду відповідних цивільних справ, а також виконання ухваленого у них рішення: у зв'язку з особливостями вимог щодо нерухомого майна обставини, що мають значення для розгляду справи, легше і швидше з'ясувати саме за місцезнаходженням такого майна, більшості доказів, проведення основних процесуальних дій¹⁶.

І нарешті, заявники. Як уже зазначалося, обов'язок подати заяву про визнання спадщини відумерлою покладається на орган місцевого самоврядування або за місцем відкриття спадщини, або, якщо до складу спадщини входить нерухоме майно, – за його місцезнаходженням.

Однак відповідними органами місцевого самоврядування коло заявників у категорії справ, що розглядається, не обмежується: сьогодні правом (а не обов'язком!) звернутися до суду із заявою про визнання спадщини відумерлою наділені:

- 1) кредитор спадкодавця – щодо будь-якої спадщини;
- 2) власники або користувачі суміжних земельних ділянок – щодо спадщини, до складу якої входять земельні ділянки сільськогосподарського призначення.

У разі, коли зазначені особи скористалися наданим їм правом, суд має залучити до розгляду справи органи місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини та (або) за місцезнаходженням нерухомого майна, що входить до складу спадщини. Такі органи залучаються в означеному випадку в процесуальному статусі заінтересованих осіб.

Відразу слід звернути увагу на таке: зважаючи на формулювання положення абзацу 3 ч. 1 та ч. 3 ст. 1277 ЦК України, можна помилково дійти висновку, що законодавець допускає відкриття кількох проваджень у справах, які стосуються однієї спадщини, якщо вона складається з нерухомого та рухомого майна, що знаходяться у різних місцях, і якщо спадщина відкрита не за місцем знаходження нерухомого майна, – за місцем відкриття спадщини і за місцезнаходженням нерухомого майна.

Проте це не так. Правила територіальної юрисдикції (підсудності) аналізованої категорії справ сформульовані однозначно, а тому, в будь-якому разі, якщо до складу спадщини входить нерухоме майно, заву про

¹⁶ Бичкова (н 2) 286.

визнання її відумерлою слід подавати до суду за місцезнаходженням відповідного майна.

Визначаючи ж у процесі розгляду справи склад спадщини і вирішуючи її подальшу долю, суд своїм рішенням передає спадщину у власність територіальної громади за місцем відкриття спадщини, крім нерухомого майна – воно переходить у власність територіальної громади за його місцезнаходженням. Хоча із цього правила є один виняток: відповідно до абзацу 2 ч. 1 ст. 1277 ЦК України, коли ‘на об’єкті нерухомого майна на момент відкриття спадщини знаходиться рухоме майно, що входить до складу спадщини, таке рухоме майно переходить у власність територіальної громади, якій передано нерухоме майно’¹⁷.

Нормативний же припис щодо залучення органів місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини та (або) за місцезнаходженням нерухомого майна, що входить до складу спадщини, допомагає забезпечити захист інтересів відповідних територіальних громад і запобігти виникненню спору про належність відумерлої спадщини.

Ще одним положенням, яке новелізувало правовий інститут визнання спадщини відумерлою, стала норма, якою регламентовано спеціальні права заявників, а також органів місцевого самоврядування, залучених як заінтересованих осіб у разі подання до суду заяви кредиторами спадкодавця чи власниками або користувачами суміжних земельних ділянок: усі вони наділяються правом на одержання інформації зі Спадкового реєстру про заведену спадкову справу та видане свідоцтво про право на спадщину (абзац 4 ч. 1 ст. 1277 ЦК України).

Подібний нормативний припис також сприяє захисту прав та інтересів заявників і заінтересованих осіб, забезпечує пришвидшення розгляду справи про визнання спадщини відумерлою, адже немає потреби клопотати перед судом про затребування відповідних відомостей, а також чекати після задоволення клопотання на їх отримання.

І останнім нововведенням, що змінило підхід до нормативного регулювання питань, пов’язаних із визнанням спадщини відумерлою, стала регламентація правила про задоволення вимог кредиторів, якщо власниками майна, яке входило до складу відумерлої спадщини, стали кілька територіальних громад.

Так, у разі, коли одна територіальна громада стала власником майна, що входило до складу спадщини, визнаної судом відумерлою, питання, хто зобов’язаний задовольняти вимоги кредиторів спадкодавця, що заявлені відповідно до ст. 1231 ЦК України, не виникало, з огляду на наявність відповідної норми в межах ст. 1277 ЦК України. До внесення ж змін

¹⁷ Цивільний кодекс України (н 1).

до ч. 4 цієї статті проблеми виникали у разі, якщо власниками майна, що входило до складу спадщини, визнаної судом відумерлою, ставали кілька територіальних громад. Тому законодавець додатково передбачив правило, згідно з яким у такому випадку вимоги кредиторів спадкодавця задовольняються територіальними громадами пропорційно до вартості майна, що входило до складу спадщини, визнаної судом відумерлою, набутого у власність кожною з них.

Отже, проаналізувавши зміни, що були внесені до ст. 1277 ЦК України за останні 15 років, можна із впевненістю стверджувати, що всі вони змінили відповідний правовий інститут на краще, оптимізувавши його й усунувши окремі проблеми, з якими доводилося стикатися на практиці при наявності спадщини, яка не була ніким прийнята, або під час розгляду справи про визнання її відумерлою чи після ухвалення відповідного рішення судом.

Однак наразі залишилося кілька проблем, що стосуються правового регулювання визнання спадщини відумерлою.

Насамперед, відповідно до ч. 2 ст. 1277 ЦК України заява про визнання спадщини відумерлою подається після спливу одного року з часу відкриття спадщини. Як слушно наголошується в юридичній літературі, цей законодавчий припис є додатковою гарантією захисту прав спадкоємців, які в передбачених законом випадках можуть набути право на спадщину після спливу встановленого законом строку для прийняття спадщини (статті 1270, 1272 ЦК України)¹⁸.

Проте один рік – це мінімальний строк, після спливу якого на орган місцевого самоврядування покладається обов'язок подати до суду заяву про визнання спадщини відумерлою чи виникає подібне право в інших, визначених у законі осіб. Граничного (максимально можливого) ж строку виконання такого обов'язку чи здійснення права законодавець не встановлює. З одного боку, це є зрозумілим, оскільки не завжди орган місцевого самоврядування чи інші особи, які можуть стати заявниками у відповідній справі, дізнаються вчасно про наявність спадщини, щодо якої потрібно (можна) порушувати питання про визнання її відумерлою. З другого боку, як ми вже зазначали у своїй попередній праці, – хоча законодавець і передбачив, що подання відповідної заяви є обов'язком органу місцевого самоврядування, невстановлення часових обмежень фактично зводить нанівець таке нормативне положення. Оскільки у разі, коли указаному органу буде “невигідно” визнавати спадщину відумерлою (унаслідок незначної вартості чи поганого стану майна, наявності кредиторів тощо), він може завжди послатися на відсутність гранично-

¹⁸ В Комаров (ред), *Окреме провадження* (Право 2011) 242.

го строку подання заяви¹⁹. Крім того, зволікання з поданням заяви про визнання спадщини відумерлою може призвести до набуття права власності на відповідне майно за набувальною давністю. Що, в певних випадках, можуть спричинити й зловживання з боку посадових осіб органів місцевого самоврядування.

Хоча, цього не заперечиш, певний “важіль впливу”, яким можна скористатися у разі необхідності, в законодавстві закріплено. Так, відповідно до ч. 1 ст. 75 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”²⁰ органи та посадові особи місцевого самоврядування є підзвітними, підконтрольними і відповідальними перед територіальними громадами. І територіальна громада у будь-який час може достроково припинити повноваження органів та посадових осіб місцевого самоврядування, якщо вони порушують Конституцію або закони України, обмежують права і свободи громадян, не забезпечують здійснення наданих їм законом повноважень (ч. 2 ст. 75 цього Закону).

Проте без встановлення у цивільному законодавстві додаткових гарантій виконання обов’язку органами місцевого самоврядування щодо подання до суду заяви про визнання спадщини відумерлою буде важко довести наявність відповідного порушення нормативного припису або незабезпечення здійснення наданих їм законом повноважень.

Зважаючи на зазначене, а також враховуючи положення щодо позовної давності, вважаємо, слід закріпити на законодавчому рівні (змінивши ч. 2 ст. 1277 ЦК України), норму на кшталт подібної: “Заява про визнання спадщини відумерлою подається після спливу одного року з часу відкриття спадщини, але не пізніше ніж через три роки від дня, коли орган місцевого самоврядування чи інша особа, визначена у ч. 1 цієї статті, довідалися або могли довідатися про наявність спадщини, щодо якої можна звернутися до суду із заявою про визнання її відумерлою”.

Ще одним питанням, якого слід торкнутися, є правильність використання законодавчої термінології, її уніфікації. Майже всі нормативні приписи відповідного правового інституту, що їх, насамперед, закріплено в цивільному законодавстві, базуються на словосполученні “відумерла спадщина”. Проте у ч. 4 ст. 1277, ч. 2 ст. 1280 ЦК України законодавець використав уже інший термін – “відумерле майно”. По-перше, це не можна вважати правильним, зважаючи на елементарні логічні міркування, адже наявне майно не може стати відумерлим. По-друге, такий підхід суперечить правилам законодавчої техніки. Тому слід внести зміни до

¹⁹ С Бичкова, ‘Визнання спадщини відумерлою: проблеми застосування ст. 1277 Цивільного кодексу України’ (2013) 2 Приватне право 200.

²⁰ Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 13.02.2019).

вказаних норм ЦК України, зазначивши замість фрази “відумерле майно” – “майно, що входило до складу спадщини, яка визнана відумерлою”.

Звичайно, питаннями, які були розглянуті, не можна обмежити дослідження визнання спадщини відумерлою, проте інші проблемні аспекти, що з ним пов’язані (наприклад, щодо процесуальних особливостей розгляду відповідних категорій цивільних справ, порядку перерозподілу спадщини після передання майна, яке входило до її складу, територіальній громаді тощо), виходять за межі цієї наукової розвідки і становлять перспективні напрями подальших наукових пошуків.

Висновки. Таким чином, за результатами проведеного дослідження можна підсумувати: новелізація положень цивільного законодавства щодо визнання спадщини відумерлою сприяла оптимізації відповідного правового інституту, адже всі внесені законодавцем зміни були доцільними і допомагали усунути прогалини у правовому регулюванні, вирішили окремі проблеми, які виникали під час застосування проаналізованих нормативних приписів на практиці.

Проте невстановлення часових обмежень виконання органами місцевого самоврядування обов’язку щодо подання до суду заяви про визнання спадщини відумерлою фактично може потягнути його невиконання чи сприяти зловживанням із боку посадових осіб указаних органів, що, зі свого боку, призведе до наявності майна з невизначеним правовим режимом чи позбавить територіальну громаду можливості отримати відповідне майно внаслідок, наприклад, набуття на нього права власності за набувальною давністю іншими особами. З огляду на таке слід змінити положення, закріплене у ч. 2 ст. 1277 ЦК України, окресливши граничні часові межі подання до суду заяви про визнання спадщини відумерлою.

Також, зважаючи на правила законодавчої техніки та логіки, слід звернути увагу на використання уніфікованої термінології при регулюванні питань, пов’язаних із визнанням спадщини відумерлою, і внести зміни до ч. 4 ст. 1277 та ч. 2 ст. 1280 ЦК України, замінивши словосполучення “відумерле майно” фразою “майно, що входило до складу спадщини, яка визнана відумерлою”.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. *Grazhdanskiy kodeks Respubliki Belarus’* [The Civil Code of the Republic of Belarus] ot 7 dekabrja 1998 g. № 218-3 <<http://xn----7sbakgchdukjdc8auvwj.xn--90ais/>> (accessed: 13.02.2019) (in Russian).

2. Grazhdanskij kodeks Respubliki Kazahstan [The Civil Code of the Republic of Kazakhstan] ot 1 ijulja 1999 g. № 409-I <https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880#pos=5;-245> (accessed: 13.02.2019) (in Russian).
3. Grazhdanskij kodeks Respubliki Moldova [The Civil Code of the Republic of Moldova] ot 6 iyunya 2002 g. № 1107 <<http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=325085>> (accessed: 13.02.2019) (in Russian).
4. Pro mistseve samovriaduvannia v Ukraini [On Local Self-Government in Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 21 travnia 1997 r. № 280/97-BP <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80>> (accessed: 13.02.2019) (in Ukrainian).
5. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo vrehuliuvannia vidnosyn mizh kredytoramy ta spozhyvachamy finansovykh posluh [On Amending Some Legislative Acts of Ukraine Concerning Regulation of the Relations between Creditors and Consumers of Financial Services]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 22 veresnia 2011 r. № 3795-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3795-17>> (accessed: 13.02.2019) (in Ukrainian).
6. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo pravovoi doli zemelnykh dilianok, vlasnyky yakyykh pomerly [On Amending Some Legislative Acts of Ukraine Concerning Legal Interest in Lands Which Owners Died]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 20 veresnia 2016 r. № 1533-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1533-19>> (accessed: 13.02.2019) (in Ukrainian).
7. Tsyvilnyi kodeks Ukrainskoi RSR [The Civil Code of the Ukrainian SSR]: Zakon [the Law] vid 18 lypnia 1963 r. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/1540-06>> (accessed: 13.02.2019) (in Ukrainian).
8. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy [The Civil Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (accessed: 13.02.2019) (in Ukrainian).
9. Tsyvilnyi kodeks URSR [The Civil Code of the UkSSR] vid 16 hrudnia 1922 r. <https://yurist-online.org/laws/codes/ex/civilnyi_kodeks_usrr_1922.pdf> (accessed: 13.02.2019) (in Ukrainian).
10. Tsyvilnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [The Code of Civil Procedure of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 18 bereznia 2004 r. № 1618-IV <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>> (accessed: 13.02.2019) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

11. Komarov V, Svetlichna G, Udaltsova I, *Okreme provadzhennia: monohrafiia [Separate Proceedings: Monograph]* (Pravo 2011) (in Ukrainian).

Edited books

12. Borysova V, Baranova L (red), *Osnovy rym'skoho pryvatnoho prava: pidruchnyk [Fundamentals of Roman Private Law: Textbook]* (Pravo 2008) (in Ukrainian).
13. Bychkova S (red), *Tsyvilnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy: Naukovo-praktychnyi komentar [The Code of Civil Procedure of Ukraine: Scientific and Practical Commentary]* (Atika 2010) (in Ukrainian).
14. Huzhva A (per), Kutateladze O, Zubar V (red), *Hrazhdanskyi kodeks Vostochnoi Halysyy 1797 h. = Codex civilis pro Galicia Orientali anna MDCCXCVII [The Civil Code of Eastern Galicia, 1797 = Codex civilis pro Galicia Orientali anna MDCCXCVII]* (Statut 2013) (in Russian).

Journal articles

15. Bychkova S, 'Vyznannia spadshchyny vidumerloiu: problemy zastosuvannia st. 1277 Tsyvilnoho kodeksu Ukrainy' ['Declaring the Estate as Escheat: Issues of Application of Article 1277 of the Civil Code of Ukraine'] (2013) 2 Private Law 195-202 (in Ukrainian).
16. Nelin O, 'Henezys ta rozvytok instytutu vidumerlosti spadshchyny v Ukraini' ['The Genesis and Development of Escheat Estate as an Institution in Ukraine'] (2013) 6 Legal Ukraine 43-47 (in Ukrainian).

Svitlana Bychkova

DECLARING THE ESTATE:
NOVELIZATION OF THIS LEGAL INSTITUTION OVER
THE PAST 15 YEARS

ABSTRACT. Starting from 2003, the legislation of independent Ukraine has enshrined such an institution as declaring the escheat estate. However, 15-year experience of its practical application has time and again revealed the imperfection of the legislative structure. Therefore, today the legislative provisions on declaring the estate as escheat differ significantly from the original version of the relevant rules. Given this, there is an urgent need to analyze the updated civil legislation with a view to developing uniform approaches to the interpretation of its content and subsequent application of regulatory requirements.

The purpose of this article is to analyze the orientations and consequences which novelization of the institution of declaring the estate as escheat may entail starting from the time of its regulation in the legislation of our State, as well as to identify the problematic aspects currently observed in legal regulation of relevant issues, and also to suggest the ways of resolving them.

In the course of the study the author has established that novelization of the provisions contained in civil legislation with regard to declaring the estate as escheat has contributed to the optimization of the relevant legal institution because all of the changes were appropriate and helped bridge the gaps in legal regulation and resolve some of the issues arising when regulatory requirements were applied in practice.

However, if no time limits are prescribed within which local self-government bodies should fulfill the duty to file an application for declaring the estate as escheat may actually entail its non-fulfillment or trigger power abuse by officials of these bodies, and this, on its part, will result in the occurrence of property with an uncertain legal regime or will make the territorial community unable to receive the relevant property. With this consideration in mind, there is a need to amend the provision enshrined in Part 2, Article 1277 of the Civil Code of Ukraine (Ukraine's CC) and outline the deadlines for requesting a court to declare the estate as escheat.

Given the rules of legislative technique and logic, the author highlights the need to use unified terminology for regulating the issues which involve declaring the estate as escheat. In this connection, the article justifies the requirement for amendments to Part 4, Article 1277 and Part 2, Article 1280 of Ukraine's CC which would replace the phrase "escheat property" with its phrase "property included in the estate which is declared as escheat".

KEYWORDS: estate; composition of the estate; escheat status of the estate; testator; heirs; local self-government body; territorial community.

III. Взаємодія сегментів нормативно-правового регулювання у сфері приватного права

DOI: 10.33498/opus-2019-02-119



Тетяна Боднар

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри цивільного права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(м. Київ, Україна)
tvbodnar@ukr.net

УДК 347.1+347.61/64

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ ТА ІНШИХ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ ДО РЕГУЛЮВАННЯ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН

АНОТАЦІЯ. У статті розкриваються окремі аспекти застосування норм Цивільного кодексу України (ЦК України) та інших нормативно-правових актів національного законодавства до регулювання сімейних відносин.

Метою статті є дослідження проблем застосування норм зазначених актів на прикладі окремих сімейних правочинів.

Автор, ґрунтуючись на розумінні сімейного права як самостійної галузі українського права, поділяє думку низки українських учених про те, що норми ЦК України застосовуються до регулювання сімейних відносин субсидіарно, а не безпосередньо.

Зазначається, що судова практика не завжди дотримується припису ч. 1 ст. 9 ЦК України, згідно з яким його положення застосовуються до врегулювання сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства. Таке нерозуміння співвідношення норм ЦК України і Сімейного кодексу України (СК України) при застосуванні їхніх положень до регулювання сімейних відносин стосується, зокрема, особливостей визнання недійсними сімейних правочинів із підстави відсутності згоди у відносинах щодо здійснення права спільної сумісної власності подружжя; щодо управління майном, належним малолітній дитині; щодо укладення шлюбного договору до реєстрації шлюбу, якщо його стороною є неповнолітня особа, тощо.

Окрему увагу приділено згоді батьків, інших законних представників або дитини, відсутність якої не визнається СК України підставою для визнання недійсними договорів про патронат над дитиною, про влаштування дітей до прийомної сім'ї, про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу. Особливість

© Тетяна Боднар, 2019

Тетяна Боднар

цих договорів полягає у тому, що за своєю правовою природою і суттю ці договори не є сімейно-правовими у вузькому розумінні, а тому, на думку автора, можуть визнаватися недійсними з підстав, передбачених ЦК України.

Наявність низки нормативно-правових актів сімейного законодавства, значна кількість норм яких, так само, як і частина норм СК України, має публічний характер, підтверджує висновок про те, що сімейне право не може визнаватися підгалуззю цивільного права як права приватного, а є самостійною галуззю українського права, що містить як приватноправові (переважно), так і публічно-правові (які обслуговують, власне, сімейні відносини) норми.

Ключові слова: Цивільний кодекс України; Сімейний кодекс України; субсидіарне застосування норм; недійсність сімейних правочинів.

На формування сучасних поглядів українських учених-правознавців щодо застосування норм Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)¹ та інших нормативно-правових актів до регулювання сімейних відносин певним чином вплинула остання кодифікація цивільного законодавства, під час якої норми сімейного законодавства планувалося кодифікувати в книзі 6 ЦК України під назвою “Сімейне право”, але згодом ця книга була вилучена з проекту ЦК України і 10 січня 2002 р. було прийнято Сімейний кодекс України (далі – СК України)², який спочатку планувалося ввести в дію з 1 січня 2003 р. Проте оскільки він був певною мірою пов’язаний із ЦК України, який на той час ще не був прийнятий, Законом від 26 грудня 2002 р. строк набрання чинності було перенесено й передбачено, що СК України набирає чинності одночасно з набранням чинності ЦК України.

Метою дослідження є вивчення проблем застосування норм ЦК України та інших нормативно-правових актів національного законодавства до сімейних відносин.

У зв’язку з вилученням книги 6 із проекту ЦК України і прийняттям окремого СК України цілком природно постало питання заповнення того вакууму у правовому регулюванні сімейних відносин, що виник у зв’язку з цим.

Адже далеко не всі особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками і дітьми, іншими членами сім’ї та родичами достатньо повно були врегульовані СК України.

Законодавець знайшов вихід із ситуації, передбачивши в ст. 8 СК України можливість субсидіарного застосування відповідних норм ЦК

¹ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 12.11.2018).

² Сімейний кодекс України: Закон України від 10 січня 2002 р. № 2947-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>> (дата звернення: 12.11.2018).

України до зазначених відносин, але за умови, якщо таке регулювання не суперечить суті сімейних відносин.

Включення цієї статті до СК України породило неоднозначне коментування її положень в юридичній літературі.

На думку Ю. Червоного та З. Ромовської, йдеться про субсидіарне застосування норм ЦК України до регулювання окремих сімейних відносин, зокрема, у зв'язку з розширенням сфери їх регулювання за допомогою договору, а також з метою законодавчої економії³.

Однак, на думку І. Жилінкової, про субсидіарне застосування норм ЦК України до сімейних відносин можна було б вести мову лише у разі визнання сімейного права самостійною галуззю. У разі визнання сімейного права підгалуззю цивільного права масив цивільно-правових норм визнається єдиним із внутрішнім поділом на окремі підгалузі⁴.

З таким твердженням важко погодитися, якщо виходити зі змісту ч. 1 ст. 9 ЦК України, згідно з яким положення ЦК України застосовуються до врегулювання сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства.

Так, визнання інституту опіки і піклування інститутом цивільного права зумовило застосування до відносин опіки та піклування положень глави 6 ЦК України (статті 55–79). Можна навести й інші приклади субсидіарного застосування ЦК України до сімейних відносин.

Субсидіарне застосування норм ЦК України до особистих немайнових і майнових сімейних відносин деякі вчені пояснюють тим, що цивільне і сімейне право відносяться до приватного права. Зокрема, таку думку висловлював Ю. Червоний⁵. На наше переконання, така аргументація не є безспірною і переконливою, оскільки питання щодо приватноправової природи сімейного права не можна визнати однозначно вирішеним і загальноприйнятим. Ба більше, як можна пояснити, наприклад, передбачену ст. 9 ЦК України можливість застосування положень кодексу до відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових відносин або у сфері господарювання. Навряд, чи відповідні галузі права можна визнати приватно-правовими.

У літературі висловлено думку, що субсидіарне застосування положень ЦК України до сімейних відносин не означає, що воно можливе стосовно всіх видів сімейних відносин. Зокрема, В. Борисова вважає, що таке застосування можливе лише до *майнових* відносин членів сім'ї та

³ Ю Червоний (ред), *Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України* (Юрінком Інтер 2008) 24-5.

⁴ З Ромовська, *Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар* (Правова єдність 2009) 461.

⁵ Червоний (н 3) 97.

Тетяна Боднар

родичів. Що стосується особистих *немайнових* відносин членів сім'ї, то застосування для їх регулювання норм ЦК України неможливе⁶. З цього приводу цілком слушно постає запитання: як бути з правом на недоторканність сімейного життя, правом на вільний вибір місця проживання та на свободу пересування (ч. 1 ст. 270 ЦК України), зі здійсненням особистих немайнових прав в інтересах малолітніх, неповнолітніх батьками (усиновлювачами), опікунами?

Слід зазначити, що у низці випадків СК України містить пряме відсилання до ЦК України. Наприклад, ст. 12 СК України передбачає, що строки, встановлені СК України, обчислюються відповідно до ЦК України. Відповідно до ч. 2 ст. 20 СК України у випадках застосування позовної давності до вимог, що випливають із сімейних відносин, позовна давність застосовується судом відповідно до ЦК України, якщо інше не передбачено СК України.

Застосування ЦК України до сімейних відносин передбачено також ч. 1 ст. 9 ЦК України, відповідно до якої 'положення цього Кодексу застосовуються до врегулювання <...> сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства'⁷. Тому важко погодитися з твердженням, що норми ЦК України застосовуються до регулювання сімейних відносин не субсидіарно, а безпосередньо⁸. Досить ще раз уважно прочитати ч. 1 ст. 9 ЦК України, щоб дійти протилежного висновку.

Здавалося б, що визначення порядку застосування ЦК України до врегулювання сімейних відносин у ст. 9 ЦК України мало б слугувати певним орієнтиром, покликаним забезпечити оптимальне правове регулювання сімейних відносин, проте судова практика свідчить про деяке нерозуміння співвідношення норм обох кодексів при застосуванні їх положень до регулювання сімейних відносин.

Зокрема, це стосується особливостей визнання недійсними сімейних правочинів із підстави відсутності згоди.

У СК України термін "згода" застосовується у багатьох випадках щодо різних правовідносин: шлюбу (статті 24, 40); особистих немайнових прав та обов'язків подружжя (ст. 54); прав та обов'язків подружжя по утриманню (ст. 77); особистих немайнових прав і обов'язків батьків та дітей (статті 145, 146, 148, 149, 160, 161 та ін.); усиновлення (статті 201, 217–222 та ін.); опіки та піклування (ст. 244) тощо.

При цьому відсутність згоди в одних випадках тягне за собою недійсність певних дій (наприклад, недійсність усиновлення – статті 236, 237

www.pravoua.com.ua

⁶ В Борисова та І Жилінкова (ред), *Сімейне право України: підручник* (Юрінком Інтер 2011) 44.

⁷ Цивільний кодекс України (н 1).

⁸ І Жилінкова, 'Регулювання майнових відносин у сім'ї: тенденції розвитку цивільного та сімейного законодавства' в Кузнецова Н (ред), *Правова система України: історія, стан та перспективи, т 3: Цивільно-правові науки. Приватне право* (Право 2008) 461.

СК України), в інших – слугує перешкодою для укладення відповідних договорів (про патронат над дитиною – статті 253, 254 СК України, про влаштування дітей до прийомної сім'ї – статті 256³, 256⁴ СК України, про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу – статті 256⁷, 256⁸ СК України).

Особливого значення у контексті питання, що досліджується, набуває згода у відносинах щодо здійснення права спільної сумісної власності подружжя (ст. 65 СК України), щодо управління майном дитини (ст. 177 СК України), а також в інших правовідносинах, підставою виникнення яких є відповідний договір (наприклад, шлюбний договір – ст. 92 СК України).

Спільною ознакою, що об'єднує зазначені види правовідносин, є договір (правочин), укладений (вчинений) однією особою за згодою іншої, яка є однією з умов дійсності зазначених договорів (правочинів).

Здавалося б, що спільна ознака, яка об'єднує ці правочини, повинна визначати і спільні (однакові) для кожного правочину правові наслідки недотримання вимоги щодо наявності згоди. Проте, насправді, ці правові наслідки відрізняються.

Розглянемо їх докладніше.

1. Як встановлено ст. 63 СК України, дружина та чоловік мають рівні права на володіння, користування і розпорядження майном, що належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено домовленістю між ними.

З урахуванням цього ч. 1 ст. 65 СК України встановлює, що дружина, чоловік розпоряджаються майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, за взаємною згодою.

З огляду на це, при укладенні договорів одним із подружжя вважається, що він діє за згодою другого з подружжя (ч. 2 ст. 65 СК України).

Наведені норми майже дослівно збігаються із положеннями частин 1 і 2 ст. 369 ЦК України щодо здійснення права спільної сумісної власності, проте основна відмінність полягає в тому, що, як встановлено ч. 2 ст. 68 СК України, розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності, здійснюється співвласниками виключно за взаємною згодою, відповідно до ЦК України *після розірвання шлюбу*. Таким чином, положення ст. 369 ЦК України не можуть застосовуватися до відносин щодо здійснення права спільної сумісної власності подружжям.

Проте на цьому розбіжності між нормами ст. 65 СК України і ст. 369 ЦК України не закінчуються, оскільки 'дружина, чоловік має право на звернення до суду з позовом про визнання договору недійсним як тако-

Тетяна Боднар

го, що укладений другим із подружжя без її, його згоди, якщо цей договір виходить за межі дрібного побутового' (ч. 2 ст. 65 СК України)⁹.

Таким чином, підставою визнання недійсним договору щодо розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності, укладеного одним із подружжя, є *відсутність згоди іншого з подружжя*. Визнання недійсним зазначеного договору з інших підстав має здійснюватися відповідно до положень ст. 215 ЦК України.

Не зачіпаючи питання щодо форми і нотаріального посвідчення такої згоди, зауважимо, що якщо стосовно поняття дрібного побутового договору може бути за аналогією закону використане визначення поняття дрібного побутового правочину, вміщене в ч. 1 ст. 31 ЦК України, то на запитання – який договір можна вважати договором стосовно цінного майна? – ні ЦК України, ні СК України відповіді не дають.

Судова практика, ігноруючи пряму вказівку ч. 2 ст. 65 СК України щодо визнання недійсним договору, укладеного одним із подружжя без згоди іншого, виходить із того, що

<...> розпорядження спільним майном без згоди другого з подружжя може бути підставою для визнання такого договору недійсним лише в тому разі, якщо судом буде встановлено, що той з подружжя, який уклав договір щодо спільного майна, та третя особа-контрагент за таким договором, діяли недобросовісно, зокрема, що третя особа знала чи за обставинами справи не могла не знати про те, що майно належить подружжю на праві спільної сумісної власності, і що той з подружжя, який уклав договір, не отримав згоди на це другого з подружжя¹⁰.

Так, звернення Верховного Суду України до принципу добросовісності при розгляді справ про визнання недійсними договорів, укладених без згоди іншого з подружжя, характерне для низки його постанов (від 7 жовтня 2015 р., від 30 березня 2016 р., від 7 вересня 2016 р., від 22 лютого 2017 р. тощо).

На нашу думку, таке мотивування не витримує критики, оскільки той із подружжя, хто укладає договір без згоди іншого з подружжя, вже не може діяти добросовісно. Що стосується поведінки контрагента за договором, то законодавець взагалі не бере її до уваги при визначенні підстави визнання договору недійсним відповідно до ст. 65 СК України.

Тому посилання суду на добросовісність як на одну з засад цивільного законодавства (хоч така засада згідно зі ст. 7 СК України властива і сімей-

⁹ Сімейний кодекс України (н 2).

¹⁰ Там само.

ному законодавству), відповідно до якої мали б діяти сторони договору, у цьому разі є безпідставним.

До цього додамо, що, беручи до уваги зміст ч. 3 ст. 202 ЦК України, можна констатувати, що згода одного з подружжя на укладення іншим із подружжя договору щодо розпорядження майном, що є об'єктом їх спільної сумісної власності, породжує лише право іншої особи укласти такий договір, проте не породжує для нього жодних обов'язків. Така згода може створювати обов'язки для іншого з подружжя лише у випадках, встановлених законом, або за домовленістю з цими особами.

Зазначимо, що викладені тут положення і висновки поширюються і на здійснення права спільної сумісної власності на майно, набуте за час спільного проживання чоловіком і жінкою, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі.

2. За загальним правилом, встановленим ч. 1 ст. 177 СК України, батьки управляють майном, належним малолітній дитині, без спеціального на те повноваження.

При вчиненні одним із батьків правочинів щодо майна малолітньої дитини вважається, що він діє за згодою другого з батьків. Вважаємо, що є всі підстави, як і в попередньому випадку, кваліфікувати таку згоду як односторонній правочин.

Другий із батьків має право звернутися до суду з вимогою про визнання правочину недійсним як укладеного без його згоди, якщо цей правочин виходить за межі дрібного побутового (абзац 1 ч. 6 ст. 177 СК України).

Слід звернути увагу на неточність формулювання норми щодо визнання недійсним правочину, оскільки під *укладеним правочином* розуміють дво- або багатосторонній правочин – договір. Якщо ж мати на увазі всі правочини, то вони *вчиняються*. Тому в абзаці 1 ч. 6 ст. 177 СК України має йтися про визнання недійсним *правочину, вчиненого* без згоди одного з батьків.

Стаття 177 СК України не містить відповіді на запитання щодо правових наслідків вчинення батьками малолітньої дитини правочинів, передбачених ч. 2 зазначеної статті, щодо її майнових прав без дозволу органів опіки та піклування.

Очевидно, в такому разі правочин може бути визнано недійсним за позовом органу опіки та піклування з підстав, передбачених ст. 215 ЦК України, зокрема, з огляду на те, що правочин, який вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей (ч. 6 ст. 203 ЦК України).

Тетяна Боднар

3. Особливий інтерес у контексті питання, що розглядається, становить укладення шлюбного договору до реєстрації шлюбу, якщо його стороною є неповнолітня особа. На укладення такого договору потрібна письмова згода її батьків або піклувальника, засвідчена нотаріусом (ч. 2 ст. 92 СК України). На нашу думку, і цю згоду слід розглядати як односторонній правочин.

Розглядаючи шлюбний договір як сімейно-правовий договір, вважаємо, що положення ст. 103 СК України, яка передбачає можливість визнання шлюбного договору на вимогу одного з подружжя або іншої особи, права та інтереси якої цим договором порушені, недійсним із підстав, встановлених ЦК України, не повинні поширюватися на випадки відсутності письмової згоди, про яку йдеться у ч. 2 ст. 92 СК України.

У зв'язку з цим вважаємо за доцільне доповнити ст. 92 СК України ч. 3 такого змісту:

“3. Батьки (один з них) або піклувальник мають право на звернення до суду з позовом про визнання шлюбного договору недійсним як такого, що укладений до реєстрації шлюбу неповнолітньою особою без письмової згоди її батьків або піклувальника, засвідченої нотаріусом”.

4. Окремо варто зупинитися на згоді (батьків, інших законних представників або дитини), відсутність якої не визнається СК України підставою для визнання недійсними договорів про патронат над дитиною, про влаштування дітей до прийомної сім'ї, про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу.

Водночас така згода як односторонній правочин спрямована на набуття сторонами зазначених договорів права на їх укладення.

Особливість цих договорів полягає у тому, що, незважаючи на розміщення норм щодо них у СК України, за своєю правовою природою і суттю вони (попри протилежне твердження¹¹) не є сімейно-правовими у вузькому розумінні, оскільки укладаються: договір про патронат над дитиною – за участю органу опіки та піклування і патронатного вихователя (участь у зазначеному договорі батьків чи законних представників дитини, що передбачена Типовим договором про патронат над дитиною, не передбачена СК України, а тому розглядається нами лише як факт підтвердження їх згоди відповідно до ч. 2 ст. 254 СК України); договір про влаштування дітей до прийомної сім'ї – за участю прийомних батьків та органу, який прийняв рішення про створення прийомної сім'ї; договір про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу – за участю

¹¹ В Борисова, 'Договір у сімейно-правовій сфері' в *Актуальні проблеми приватного права: договір як правова форма регулювання приватних відносин: матеріали науково-практичної конференції, присвяченої 95-й річниці з дня народження доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента АН УРСР В. П. Маслова* (Право 2017) 14-5.

батьків-вихователів та органу, який прийняв рішення про створення дитячого будинку сімейного типу.

Відповідно, цілком виправданою є відсутність у СК України норм щодо визнання зазначених договорів недійсними. Очевидно, такі договори можуть визнаватися недійсними з підстав, передбачених ЦК України.

Приймаючи СК України, законодавець визнав таким, що втратив чинність, Кодекс про шлюб та сім'ю України, крім розділу V “Акти громадянського стану”, який зберігав свою чинність у частині, що не суперечила СК України, до прийняття спеціального закону.

Прийняття спеціального закону, відповідно до якого провадиться реєстрація актів цивільного стану, а саме: шлюбу, розірвання шлюбу, усиновлення, позбавлення та поновлення цивільних прав, передбачено також ст. 49 ЦК України.

Такий спеціальний закон – Закон України “Про державну реєстрацію актів цивільного стану” було прийнято 1 липня 2010 р. Згідно з ч. 1 ст. 1:

Цей Закон регулює відносини, пов'язані з проведенням державної реєстрації актів цивільного стану, внесенням до актових записів цивільного стану змін, їх поновленням і анулюванням, визначає засади діяльності органів державної реєстрації актів цивільного стану¹².

Досліджуючи питання застосування норм ЦК України до регулювання сімейних відносин, не можна обійти увагою питання щодо застосування до регулювання зазначених відносин і низки інших, крім Закону України “Про державну реєстрацію актів цивільного стану”, нормативно-правових актів. Так, чимало норм, покликаних регулювати сімейні відносини, міститься у законах України “Про попередження насильства в сім'ї”¹³, “Про державну допомогу сім'ям з дітьми”¹⁴, “Про охорону дитинства”¹⁵.

Із набранням чинності Законом України “Про міжнародне приватне право”¹⁶ із СК України були виключені статті 275–281, і тепер особливості застосування норм сімейного права до іноземців та осіб без громадянства визначаються положеннями зазначеного закону, зокрема, статтями 55–69 розділу IX “Колізійні норми сімейного права”, які допус-

¹² Про державну реєстрацію актів цивільного стану: Закон України від 1 липня 2010 р. № 2398-VI <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2398-17>> (дата звернення: 12.11.2018).

¹³ Про попередження насильства в сім'ї: Закон України від 15 листопада 2001 р. № 2789-III <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2789-14>> (дата звернення: 12.11.2018).

¹⁴ Про державну допомогу сім'ям з дітьми: Закон України від 21 листопада 1992 р. № 2811-XII <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2811-12>> (дата звернення: 12.11.2018).

¹⁵ Про охорону дитинства: Закон України від 26 квітня 2001 р. № 2402-III <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14>> (дата звернення: 12.11.2018).

¹⁶ Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>> (дата звернення: 12.11.2018).

Тетяна Боднар

кають регулювання шлюбно-сімейних відносин *нормами іноземного законодавства*.

До нормативно-правових актів сімейного законодавства відносяться також постанови Кабінету Міністрів України, зокрема: від 26 квітня 2002 р. № 564 “Про затвердження Положення про дитячий будинок сімейного типу”¹⁷; від 26 квітня 2002 р. № 565 “Про затвердження Положення про прийомну сім’ю”¹⁸; від 10 листопада 2010 р. № 1025 “Про затвердження зразків актових записів цивільного стану, описів та зразків бланків свідоцтв про державну реєстрацію актів цивільного стану”¹⁹ та ін.

Відповідно до Указу Президента України від 4 серпня 2000 р. № 958/2000 “Про соціально-економічну підтримку становлення та розвитку студентської сім’ї”²⁰ розпорядженням Кабінету Міністрів України від 14 березня 2001 р. схвалено “Заходи щодо підтримки становлення та розвитку студентської сім’ї”²¹.

Окремі нормативно-правові акти затвержені Міністерством юстиції України, наприклад, Правила державної реєстрації актів цивільного стану в Україні (у редакції від 24 грудня 2010 р.)²².

Наявність цих та інших нормативно-правових актів сімейного законодавства, значна кількість норм яких, так само, як і частина норм СК України, має публічний характер, підтверджує висновок про те, що сімейне право не може визнаватися підгалуззю цивільного права як права приватного, а є самостійною галуззю українського права, що містить як приватноправові (переважно), так і публічно-правові (які обслуговують, власне, сімейні відносини) норми²³.

Одним із досягнень СК України З. Ромовська називала перенесення з Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)²⁴

¹⁷ Про затвердження Положення про дитячий будинок сімейного типу: постанова Кабінету Міністрів України від 26 квітня 2002 р. № 564 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/564-2002-p>> (дата звернення: 12.11.2018).

¹⁸ Про затвердження Положення про прийомну сім’ю: постанова Кабінету Міністрів України від 26 квітня 2002 р. № 565 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/565-2002-p>> (дата звернення: 12.11.2018).

¹⁹ Про затвердження зразків актових записів цивільного стану, описів та зразків бланків свідоцтв про державну реєстрацію актів цивільного стану: постанова Кабінету Міністрів України від 10 листопада 2010 р. № 1025 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1025-2010-p>> (дата звернення: 12.11.2018).

²⁰ Про соціально-економічну підтримку становлення та розвитку студентської сім’ї: Указ Президента України від 4 серпня 2000 р. № 958/2000 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/958/2000>> (дата звернення: 12.11.2018).

²¹ Про заходи щодо підтримки становлення та розвитку студентської сім’ї: розпорядження Кабінету Міністрів України від 14 березня 2001 р. № 92-р <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/92-2001-p>> (дата звернення: 12.11.2018).

²² Про затвердження Правил державної реєстрації актів громадянського стану: наказ Міністерства юстиції України від 18 жовтня 2000 р. № 52/5 (в ред. наказу від 24 грудня 2010 р. № 3307/5) <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0719-00>> (дата звернення: 12.11.2018).

²³ Т. Боднар, “К вопросу о месте семейного права в системе права Украины” в *Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (2010)* 37.

²⁴ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>> (дата звернення: 13.02.2019).

у СК України норм щодо аналогії закону й аналогії права. Очевидно, це перенесення саме з ЦПК України пояснюється тим, що на той час ЦК України, який сьогодні також містить статтю щодо аналогії закону й аналогії права, ще не було прийнято, хоча у проекті ЦК України відповідна стаття вже була.

Згідно зі ст. 10 СК України:

Якщо певні сімейні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами або домовленістю (договором) сторін, до них застосовуються норми цього Кодексу, які регулюють подібні відносини (аналогія закону).

Якщо до регулювання сімейних відносин неможливо застосувати аналогію закону, вони регулюються відповідно до загальних засад сімейного законодавства (аналогія права)²⁵.

Включенням положень щодо аналогії закону й аналогії права до СК України було підтверджено, що ці категорії є не процесуальними, а, передусім, матеріальними. Тому якщо в СК України відсутня певна норма, то можна застосовувати аналогію закону або аналогію права. За допомогою цього правового засобу врегульовуються відносини, які безпосередньо не регламентовані СК України.

Однак при цьому слід розуміти, що аналогія закону і субсидіарне застосування норм ЦК України до регулювання сімейних відносин – це різні правові засоби подолання прогалин у сімейному законодавстві, оскільки при аналогії закону застосовуються норми однієї галузі законодавства (сімейного), а при субсидіарному застосуванні норми однієї галузі законодавства (цивільного) застосовуються додатково до норм іншої, суміжної галузі законодавства (сімейного).

Висновки. Проведене дослідження проблем застосування норм ЦК України та інших нормативно-правових актів національного законодавства до регулювання сімейних відносин дає змогу сформулювати такі висновки.

Субсидіарний, щодо СК України, характер норм ЦК України, попри його значення для регулювання приватних відносин, має враховуватися в судовій практиці, з огляду на імперативну норму ч. 1 ст. 9 ЦК України.

Визнання недійсними договорів про патронат над дитиною, про влаштування дітей до прийомної сім'ї, про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу, які, на нашу думку, не відносяться до сімейно-правових договорів, має здійснюватися з підстав, передбачених ЦК України.

²⁵ Сімейний кодекс України (н 2).

Наявність у СК України та в інших нормативно-правових актах сімейного законодавства значної кількості норм, що мають публічний характер, підтверджує висновок про те, що сімейне право не може визнаватися підгалуззю цивільного права як права приватного, а є самостійною галуззю українського права, що містить як приватноправові (переважно), так і публічно-правові (які обслуговують, власне, сімейні відносини) норми.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Pro derzhavnu dopomohu simiam z ditmy [On the State Assistance for Families with Children]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 21 lystopada 1992 r. № 2811-XII <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2811-12>> (accessed: 12.11.2018) (in Ukrainian).
2. Pro derzhavnu reiestratsiiu aktiv tsyvilnoho stanu [On Public Registration of Civil Status Acts]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 1 lytnia 2010 r. № 2398-VI <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2398-17>> (accessed: 12.11.2018) (in Ukrainian).
3. Pro mizhnarodne pryvatne pravo [On International Private Law]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 23 chervnia 2005 r. № 2709-IV <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>> (accessed: 12.11.2018) (in Ukrainian).
4. Pro okhoronu dytynstva [On Child Protection]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 26 kvitnia 2001 r. № 2402-III <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14>> (accessed: 12.11.2018) (in Ukrainian).
5. Pro poperedzhennia nasylstva v simi [On Prevention of Domestic Violence]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 15 lystopada 2001 r. № 2789-III <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2789-14>> (accessed: 12.11.2018) (in Ukrainian).
6. Pro sotsialno-ekonomichnu pidtrymku stanovlennia ta rozvytku studentskoi simi [On Social and Economic Support for the Establishment and Development of a Student Family]: Ukaz Prezydenta Ukrainy [Decree of the President of Ukraine] vid 4 serpnia 2000 r. № 958/2000 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/958/2000>> (accessed: 12.11.2018) (in Ukrainian).
7. Pro zakhody shchodo pidtrymky stanovlennia ta rozvytku studentskoi simi [On Measures for Supporting the Establishment and Development of a Student Family]: Rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrainy [Regulation of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 14 bereznia 2001 r. № 92-r <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/92-2001-r>> (accessed: 12.11.2018) (in Ukrainian).
8. Pro zatverdzhennia Polozhennia pro dytiachyi budynok simeinoho typu [On Approval of the Regulations on Family-Type Orphanage]: postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy [Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 26 kvitnia 2002 r. № 564 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/564-2002-p>> (accessed: 12.11.2018) (in Ukrainian).
9. Pro zatverdzhennia Polozhennia pro pryiomnu simiu [On Approval of the Regulations on Foster Family]: postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy [Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 26 kvitnia 2002 r. № 565 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/565-2002-p>> (accessed: 12.11.2018) (in Ukrainian).
10. Pro zatverdzhennia Pravyl derzhavnoi reiestratsiiu aktiv hromadianskoho stanu [On Approval of the Rules for Public Registration of Civil Status Acts]: nakaz Ministerstva yustytzii Ukrainy [Order of the Ministry of Justice of Ukraine] vid

- 18 zhovtnia 2000 r. № 52/5 (v red. nakazu vid 24 hrudnia 2010 r. № 3307/5) <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0719-00>> (accessed: 12.11.2018) (in Ukrainian).
11. Pro zatverdzhennia zrazkiv aktovykh zapysiv tsyvilnoho stanu, opysiv ta zrazkiv blankiv svidotstv pro derzhavnu reiestratsiiu aktiv tsyvilnoho stanu [On Approval of Sample Civil Status Act Records, Descriptions and Sample Forms of Certificates of Public Registration of Civil Status Acts]: postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy [Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 10 lystopada 2010 r. № 1025 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1025-2010-p>> (accessed: 12.11.2018) (in Ukrainian).
 12. Simeinyi kodeks Ukrainy [The Family Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 10 sichnia 2002 r. № 2947-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>> (accessed: 12.11.2018) (in Ukrainian).
 13. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy [The Civil Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (accessed: 12.11.2018) (in Ukrainian).
 14. Tsyvilnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [The Code of Civil Procedure of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 18 bereznia 2004 r. № 1618-IV <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>> (accessed: 13.02.2019) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

15. Romovska Z, *Simeinyi kodeks Ukrainy: Naukovo-praktychnyi komentar [The Family Code of Ukraine: Scientific and Practical Commentary]* (Pravova yednist 2009) (in Ukrainian).

Edited books

16. Borysova V ta Zhylinkova I (red), *Simeine pravo Ukrainy: pidruchnyk [Family Law of Ukraine: Textbook]* (Iurinkom Inter 2011) (in Ukrainian).
17. Chervonyi Yu (red), *Naukovo-praktychnyi komentar Simeinoho kodeksu Ukrainy [Scientific and Practical Commentary on the Family Code of Ukraine]* (Iurinkom Inter 2008) (in Ukrainian).
18. Zhylinkova I, 'Rehuliuвання mainovykh vidnosyn u simi: tendentsii rozvytku tsyvilnoho ta simeinoho zakonodavstva' ['Regulation of Property Relations in the Family: Trends in the Development of Civil and Family Law'] v Kuznietsova N (red), *Pravova systema Ukrainy: istoriia, stan ta perspektyvy [Legal System of Ukraine: History, Current Situation and Prospects]*, t 3: *Tsyvilno-pravovi nauky. Pryvatne pravo [Civil Law Sciences. Private Law]* (Pravo 2008) (in Ukrainian).

Materials conference

19. Bodnar T, 'K voprosu o meste semeynogo prava v sisteme prava Ukrainy' ['More on the Place of Family Law in the System of Law of Ukraine'] v *Aktualni problemy tsyvilnoho, simeinoho ta mizhnarodnoho pryvatnoho prava (Matvieievski tsyvilistychni chytannia). Materialy mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii [Topical Issues of Civil, Family and Private International Law (Matveev Civil Readings): Materials of the International Scientific and Practical Conference]* (2010) (in Ukrainian).
20. Borysova V, 'Dohovir u simeino-pravovii sferi' ['Contract in the Family Law Domain'] v *Aktualni problemy pryvatnoho prava: dohovir yak pravova forma rehuliuвання pryvatnykh vidnosyn: materialy naukovo-praktychnoi konferentsii, prysviachenoj 95-y richnytsi z dnia narodzhennia doktora yurydychnykh nauk, profesora, chlenakorespondenta AN URSSR V. P. Maslova [Topical Issues of Private Law: Contract as a Legal Form Regulating Private Relations: Materials of Scientific and Practical Conference Dedicated to the 95th Birth Anniversary of Doctor Habil. of Law, Professor, Corresponding Member of the UkSSR Academy of Sciences V. P. Maslov]* (Pravo 2017) (in Russian).

ISSUES OF APPLYING THE PROVISIONS
OF THE UKRAINIAN CIVIL CODE AND OTHER LEGAL
AND REGULATORY INSTRUMENTS FOR REGULATION
OF FAMILY RELATIONS

ABSTRACT. The article highlights some aspects pertaining to the application of provisions of the Civil Code of Ukraine (Ukraine's CC) and other legal and regulatory instruments comprised by national legislation for the purpose of regulating family relations.

The purpose of the article is to examine the issues arising where the provisions of such instruments are applied, on the example of separate family transactions.

Premised on the understanding of family law as an independent branch of Ukrainian law, the author shares the opinion of a number of Ukrainian scholars that the provisions of Ukraine's CC are applied for regulation of family relations on a subsidiary basis, and not directly.

The author notes that in the judicial practice the requirement contained in Part 1, Article 9 of Ukraine's CC is not always complied with; it prescribes that its provisions shall apply to regulate family relations where they are not regulated by other acts of legislation. This misunderstanding of the relationship between the provisions of Ukraine's CC and the Family Code of Ukraine (Ukraine's FC) where their provisions are applied to regulate family relations concerns, in particular, the specific aspects of invalidation of family transactions on the basis that in the relations there was no consent with regard to the exercise of the right to common joint property of spouses; with regard to management of property owned by a minor child; with regard to entering into a marriage contract before registration of marriage where its party is a minor, and etc.

The article pays particular attention to the consent of parents, other legal representatives or a child, the absence of which is not recognized by Ukraine's FC as the reason for invalidation of agreements on child patronage, on placement of children in a foster family, on organization of operation of a family-type orphanage. The specific feature of these agreements is that by their legal nature and essence they are not family-law agreements in the narrow sense and, therefore, in the author's opinion, may be invalidated on the grounds prescribed by Ukraine's CC.

Currently existing laws and regulations of family law, with a large number of their provisions having public nature, in the same manner as provisions of Ukraine's FC, confirm the conclusion that family law may not be recognized as a sub-branch of civil law as private law, but is an independent branch of Ukrainian law comprising private-law (primarily) and public-law (which, in fact, serve family relations) provisions.

KEYWORDS: Civil Code of Ukraine; Family Code of Ukraine; subsidiary application of regulations; invalidity of family transactions.



Валентина Борисова

професор,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений працівник освіти України,
завідувач кафедри цивільного права № 1
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2135-5735>
valentina.borisova48@gmail.com

DOI: 10.33498/Юш-2019-02-133

УДК 347.63-058.862 (477)

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ФОРМ СІМЕЙНОГО ВЛАШТУВАННЯ ДИТИНИ, ЩО ЗАЛИШИЛАСЯ БЕЗ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ, ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

АНОТАЦІЯ. Дитинство – особливий період у житті людини, який характеризується залежністю дитини від дорослих, і передусім від батьків. Втрата внаслідок різних обставин батьківського піклування, що створює небезпеку для життя, здоров'я та виховання дитини, змінює її становище, і така дитина набуває статусу дитини-сироти та дитини, позбавленої батьківського піклування, який надає їй право на повне державне забезпечення та отримання передбачених законодавством пільг. Влаштування таких дітей – це діяльність компетентних органів держави, пов'язана з передачею їх на виховання у сім'ї громадян або до інтернатних дитячих закладів системи освіти, охорони здоров'я і соціального захисту.

Метою статті є аналіз сформованих у доктрині права підходів до розуміння форм влаштування дитини, позбавленої батьківського піклування, на виховання, а також викладення власного бачення подолання сирітства в Україні, шляхом запровадження як легалізованих на рівні закону сімейних форм влаштування таких дітей, а вони є пріоритетними порівняно з інтернатними формами, так і не поименованих сімейних форм виховання.

Встановлено, що форми сімейного влаштування дитини, яка опинилася у складних життєвих умовах, і які врегульовані на рівні закону, не є вичерпними. Існують й інші форми, зокрема фактичне виховання дитини-сироти або дитини, позбавленої батьківського піклування, в сім'ї певної особи без відповідної правової підстави. У фактичному вихованні реалізуються всі батьківські правомочності, окрім охоронної правомочності захисту батьківських прав, а тому як соціально цінне явище воно потребує певного правового регулювання.

У статті обґрунтовується твердження, що кожна з легалізованих форм сімейного виховання (патронат, прийомна сім'я, дитячий будинок сімейного типу) має свої особливості, однак об'єднує їх те, що одним з елементів фактичного складу їх виникнення є відповідний договір: про патронат; про влаштування дітей у прийомну сім'ю для виховання й спільного проживання; про організацію діяльності дитячо-

© Валентина Борисова, 2019

Валентина Борисова

го будинку сімейного типу. Ці договори входять до групи сімейно-правових договорів соціального сприяння дітям, які перебувають у складних життєвих обставинах у зв'язку з сирітством, безпритульністю, конфліктами, жорстоким ставленням у сім'ї тощо. Мета цих договорів – шляхом соціального сприяння дитині, батькам/законним представникам, якщо вони давали, наприклад, згоду на патронат, подолати ті складні життєві обставини, в яких вона (вони) опинилися. І хоча вказані договори не є самостійними юридичними фактами, що породжують відповідні правовідносини, однак при визначенні правової природи цих договорів слід враховувати специфіку договору як юридичного факту, що формується під впливом тих відносин, які ним опосередковуються.

Ключові слова: фактичне виховання дітей, позбавлених батьківського піклування; форми сімейного влаштування дітей; сімейно-правовий договір соціального сприяння; договір про патронат над дитиною; договір на користь третьої особи.

В Україні проблема сирітства все ще залишається однією з найбільш гострих соціальних проблем, а тому сучасний стан життя зберігає не тільки необхідність існування вже апробованих практикою форм сімейного влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, а й не виключає можливості запровадження інших форм і перегляд тих, що вважалися усталеними.

Метою дослідження є аналіз сформованих у доктрині права підходів до розуміння форм влаштування дитини, позбавленої батьківського піклування, на виховання, а також викладення власного бачення подолання сирітства в Україні шляхом запровадження як легалізованих на рівні закону сімейних форм влаштування таких дітей, а вони є пріоритетними порівняно з інтернатними формами, так і не поійменованих сімейних форм виховання.

У статті 20 Конвенції про права дитини, учасницею якої є Україна, йдеться:

1. Дитина, яка тимчасово або постійно позбавлена сімейного оточення або яка в її власних якнайкращих інтересах не може залишатися в такому оточенні, має право на особливий захист і допомогу, що надаються державою.
2. Держави-учасниці відповідно до своїх національних законів забезпечують зміну догляду за дитиною.
3. Такий догляд може включати, зокрема, передачу на виховання, <...> усиновлення або, за необхідності, направлення до відповідних установ по догляду за дітьми <...>¹.

www.pravo.ua.com.ua

¹ Конвенція про права дитини прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 20 листопада 1989 року, ратифікована Постановою Верховної Ради Української РСР № 789-XII від 27 лютого 1991 р. <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021> (дата звернення: 10.11.2018).

Сімейний кодекс України (далі – СК України)², з огляду на різноманітність правових форм влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, постійно моделює і вводить нові та життєздатні їх види. Якщо спочатку влаштування таких дітей регулювалося виключно в межах опіки й піклування, усиновлення та патронату, то сьогодні це можливо і в таких правових формах, як прийомна сім'я та дитячий будинок сімейного типу, а також за допомогою вже оновленого інституту патронату, на чому ми зупинимося далі.

Водночас це не означає, що перелік правових форм влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, є вичерпним. Аналіз положень статей 261, 269 та 271 СК України, а також Порядку провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини (п. 31)³ дає можливість стверджувати, що в них закладено правовий механізм влаштування дитини, яка залишилася без батьківського піклування, зокрема й дитини, розлученої із сім'єю, на виховання, який відрізняється від тих, що вже легалізовані на рівні закону. Такий механізм прямо не названий формою сімейного виховання, але по суті такою є, – це фактичне виховання, яке як усиновлення, опіка та піклування є видом сімейної форми влаштування дитини на виховання.

Особа, яка взяла дитину-сироту або дитину, позбавлену батьківського піклування на виховання в свою сім'ю (фактичний вихователь), має права й обов'язки щодо її виховання та захисту, які аналогічні правам та обов'язкам опікуна і піклувальника, сестри, брата, мачухи, вітчима та інших членів сім'ї дитини (ст. 261 СК України). З урахуванням того, що опіка і піклування – це одна з правових форм влаштування дитини, позбавленої батьківського піклування, фактичне виховання також можна віднести до таких форм.

Слід погодитися з тими вченими, які вважають, що у фактичному вихованні реалізуються усі батьківські правомочності, крім охоронної правомочності захисту батьківських прав, а тому як соціально цінне явище воно потребує певного правового врегулювання⁴.

Фактичне виховання може бути охарактеризоване як прийняття особою – фактичним вихователем добровільного обов'язку постійного виховання та утримання дитини, яка втратила батьківське піклування – вихованцем, що не пов'язане з юридичним оформленням усиновлення,

² Сімейний кодекс України: Закон України від 10 січня 2002 р. № 2947-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 21-22. Ст. 135.

³ Порядок провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини: затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 24 вересня 2008 р. № 866 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/866-2008-%D0%BF#n136>> (дата звернення: 10.11.2018).

⁴ Л Короткова, 'Правовой статус фактических воспитателей детей' (1983) 3 Правоведение 83-4.

опіки або піклування, патронату, створення прийомної сім'ї або дитячого будинку сімейного типу.

При втраті дитиною батьків або одного з них можлива ситуація, при якій близькі родичі залишають її у себе на виховання. Це характерно для сімей, у яких відносини між родичами носять близький, довірчий характер, хоча не виключено, що подібні відносини можуть виникати і між особами, які не перебувають у відносинах спорідненості. У таких випадках питання відносно того, з ким буде проживати дитина, якщо та оточена турботою та увагою близьких їй людей, може не ставитися, однак проблема кваліфікації таких відносин виникає обов'язково.

З урахуванням вимог чинного законодавства, дитина, яка позбавлена батьківського піклування, має перебувати в полі зору органів опіки та піклування. Саме ці органи зобов'язані провести обстеження умов життя такої дитини, всебічно проаналізувавши відносини, що склалися між нею та особами, в сім'ї яких вона проживає, і відобразити в даних первинного обліку таких дітей не тільки факт втрати ними батьківського піклування, а й результат аналізу проведеного обстеження, з обов'язковим зазначенням осіб, які замінили дитині батьків. Аналіз відносин, що склалися між дитиною та особами, в сім'ї яких вона проживає, дасть змогу органам опіки і піклування прийняти рішення про доцільність або, навпаки, недоцільність застосування такого способу захисту інтересів дитини, як усиновлення, опіку або піклування, передачу в прийомну сім'ю або дитячий будинок сімейного типу, під патронат.

Фактичне виховання як правову форму влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, слід відносити до однієї з форм сімейного влаштування дитини. Така точка зору не безперечна, проте її підтримують як у доктрині сімейного права, так і на рівні чинного законодавства. У 60-ті роки ХХ ст. окремі науковці, зокрема А. Пергамент, пропонували на законодавчому рівні передбачити можливість встановлення у судовому порядку факту усиновлення з тим, щоб за фактичним вихователем визнати право на отримання аліментів від вихованця, за наявності факту, що усиновлення своєчасно не оформлялося з поважних причин⁵. Таким чином, не виділяючи фактичне виховання як самостійну форму сімейного влаштування дитини, позбавленої батьківського піклування, А. Пергамент прирівнювала фігуру фактичного вихователя до фігури усиновлювача.

Непряме підтвердження тому, що фактичне виховання – правова форма влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, міститься у положеннях ст. 271 СК України: якщо особа до досягнення нею

⁵ А Пергамент, *Опека и попечительство* (Юридическая литература 1966) 108-9.

повноліття (фактичний вихованець) не менше п'яти років проживала разом із родичами або іншими особами (фактичними вихователями) однією сім'єю, вона зобов'язана буде надавати їм матеріальну допомогу, якщо ті стануть непрацездатними, а особи, які з огляду на закон передусім були зобов'язані це робити, не зможуть надавати їм матеріальну допомогу з поважних причин. Водночас такий обов'язок настає, якщо колишній вихованець зможе надавати матеріальну допомогу колишнім фактичним вихователям.

Однак не в усіх випадках відносини, що складаються між особою і дитиною, позбавленою батьківського піклування, яка проживає в родині особи, можна підводити під правову форму фактичного виховання. Так, Н. Дьячкова вважає, що при усиновленні дитини одним із подружжя, другий із подружжя, не виказавши бажання стати її усиновлювачем, однак, давши письмову нотаріально посвідчену згоду на це усиновлення (ч. 1 ст. 220 СК України), визнається фактичним вихователем дитини за умови збереження правового зв'язку дитини зі своїм батьком (матір'ю)⁶. Вважаємо, що у цьому випадку можна говорити лише про окремі правомочності фактичного вихователя у другого з подружжя. А тому письмова нотаріально засвідчена згода на усиновлення дитини не породжує для нього тих правових наслідків, які настають для фактичного вихователя, в сім'ї якого проживає і виховується дитина, позбавлена батьківського піклування, і який добровільно взяв на себе обов'язки замінити його такий дитині.

Повертаючись до таких легалізованих форм сімейного виховання, як патронат, прийомна сім'я, дитячий будинок сімейного типу, а сімейне виховання традиційно вважається найбільш ефективним, оскільки йому притаманні безперервність, тривалість, стійкість, можливість забезпечення індивідуального підходу до дитини⁷, слід зазначити, що кожна з них має свої особливості, однак об'єднує їх те, що елементом фактичного складу їхнього виникнення є відповідний договір: про патронат, про влаштування дітей у прийомну сім'ю для виховання й спільного проживання, про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу. Ці договори не є самостійними юридичними фактами, що породжують відповідні правовідносини.

У сучасних умовах договір як споконвічна цивілістична категорія набув рис універсальної правової форми, за допомогою якої регулюються різні суспільні відносини. Загалом це стосується і сімейних відносин,

⁶ І Жилінкова (ред), *Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар* (Ксілон 2008) 221.

⁷ Е Татаринцева, 'Реформирование системы институциональной заботы о детях, оставшихся без попечения родителей в России, Англии и Японии' в *Проблеми цивільного права та процесу: матеріали науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті професора О. А. Пушкіна* (ХНУВС 2010) 32-5.

оскільки СК України закріпив загальні положення їхнього договірною регулювання. За загальним правилом, сімейні відносини можуть регулюватися за домовленістю між самими учасниками цих відносин (ст. 2 СК України) за умови, що це не суперечить вимогам СК України, інших законів та моральним засадам суспільства (ч. 2 ст. 7; ч. 1 ст. 9 СК України). Таким чином, договір набуває рис регулятора сімейних відносин.

Водночас закріплення диспозитивного методу регулювання сімейних відносин, а також можливість за певних умов регулювати їх Цивільним кодексом України (далі – ЦК України)⁸, викликало до життя не тільки дискусію щодо правової природи сімейно-правових договорів, а й поновило інтерес до проблеми, яка має давню історію, а саме: проблеми місця сімейного права в системі права, яка, як і раніше, має дискусійний характер.

Не вдаючись до дискусії щодо місця сімейного права в системі права і правової природи договору в сімейній сфері⁹, вважаємо, що при визначенні правової природи цих договорів слід враховувати специфіку договору як юридичного факту, що формується під впливом тих відносин, які ним опосередковуються, а тому спробуємо охарактеризувати правову природу договору про патронат, який разом із договорами про влаштування дітей до прийомної сім'ї та про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу входить до групи договорів соціального сприяння дітям, які перебувають у складних життєвих обставинах у зв'язку з сирітством, безпритульністю, конфліктами, жорстоким ставленням у сім'ї тощо.

Слід зазначити, що така форма сімейного влаштування, як патронат над дитиною, за останні роки була суттєво оновлена. Сьогодні патронат над дітьми – це тимчасовий догляд, виховання та реабілітація дитини в сім'ї патронатного вихователя на період подолання дитиною, її батьками або іншими законними представниками складних життєвих обставин (ч. 1 ст. 252 СК України). Під дитиною, яка перебуває у складних життєвих обставинах, чинне законодавство, зокрема Закон України “Про охорону дитинства”¹⁰, а також Порядок взаємодії органів державної влади, органів місцевого самоврядування, закладів та установ під час забезпечення соціального захисту дітей, які перебувають у складних жит-

⁸ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 13.02.2019).

⁹ Див. про це: В Борисова, ‘Договір у сімейно-правовій сфері’ в *Актуальні проблеми приватного права: договір як правова форма регулювання приватних відносин*; матеріали науково-практичної конференції (Право 2017) 12-6; Т Боднар, ‘Роль договору в регулюванні сімейних відносин’ в Боднар Т та Дзера О (заг ред), *Сімейне право України: підручник* (Юрінком Інтер 2016) 45-50; О Розгон, *Договори у сімейному праві України* (Ін Юре 2018) 301.

¹⁰ Про охорону дитинства: Закон України від 26 квітня 2001 р. № 2402-Ш. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 30. Ст. 142.

тевих обставинах, у тому числі таких, що можуть загрожувати їх життю та здоров'ю¹¹, розуміють:

<...> дитина, яка потрапила в умови, що негативно впливають на її життя, стан здоров'я та розвиток у зв'язку з інвалідністю, тяжкою хворобою, безпритульністю, перебуванням у конфлікті із законом, залученням до найгірших форм дитячої праці, залежністю від психотропних речовин та інших видів залежності, жорстоким поведінням, зокрема домашнім насильством, ухилянням батьків, осіб, які їх замінюють, від виконання своїх обов'язків, обставинами стихійного лиха, техногенних аварій, катастроф, воєнних дій чи збройних конфліктів тощо, що встановлено за результатами оцінки потреб дитини¹².

Метою патронату над дитиною є забезпечення захисту прав дитини, яка через складні життєві обставини тимчасово не може проживати разом із батьками/законними представниками, надання їй та її сім'ї соціальних послуг, спрямованих на повернення у сім'ю відповідно до найкращих інтересів дитини.

Відповідно до чинного законодавства, а нині це не тільки норми глави 20 СК України, а й положення Закону України "Про соціальні послуги"¹³, а також положення інших нормативно-правових актів, зокрема: Порядку створення та діяльності сім'ї патронатного вихователя, влаштування, перебування дитини в сім'ї патронатного вихователя¹⁴; Типового договору про патронат над дитиною (далі – Типовий договір)¹⁵; Порядку оплати послуг патронатного вихователя та виплати соціальної допомоги на утримання дитини в сім'ї патронатного вихователя¹⁶, в основі виникнення патронату, як зазначалося вище, лежить фактичний склад, до якого входять: а) визнання дитини такою, що перебуває у складних жит-

¹¹ Порядок взаємодії органів державної влади, органів місцевого самоврядування, закладів та установ під час забезпечення соціального захисту дітей, які перебувають у складних життєвих обставинах, у тому числі таких, що можуть загрожувати їх життю та здоров'ю, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 3 жовтня 2018 р. № 800 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/800-2018-%D0%BF#n9>> (дата звернення: 10.11.2018).

¹² Про охорону дитинства (н 10).

¹³ Про соціальні послуги: Закон України від 19 червня 2003 р. № 966-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 45. Ст. 358.

¹⁴ Порядок створення та діяльності сім'ї патронатного вихователя, влаштування, перебування дитини в сім'ї патронатного вихователя, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 16 березня 2017 р. № 148 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/148-2017-%D0%BF>> (дата звернення: 10.11.2018).

¹⁵ Типовий договір про патронат над дитиною, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 16 березня 2017 р. № 148 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/148-2017-%D0%BF>> (дата звернення: 10.11.2018).

¹⁶ Порядок оплати послуг патронатного вихователя та виплати соціальної допомоги на утримання дитини в сім'ї патронатного вихователя, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 16 березня 2017 р. № 148 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/148-2017-%D0%BF>> (дата звернення: 10.11.2018).

тєвих обставинах; б) договір про патронат; в) передача дитини в сім'ю патронатного вихователя.

До особливостей цієї форми влаштування дитини слід віднести: а) патронат не належить до підстав створення сім'ї, а тому не є перешкодою для усиновлення дитини; б) підставою виникнення відносин між дитиною й патронатним вихователем є договір між останнім та органом, який прийняв рішення про влаштування дитини, який укладається у письмовій формі; в) при цій формі не виникає батьківських прав; г) для влаштування дитини потрібна її згода, якщо вона досягла такого віку та рівня розвитку, що може її висловити. Водночас дитина незалежно від її віку в укладенні цього договору участі не бере. Її згода не є елементом фактичного складу виникнення патронату, оскільки у певних випадках передача дитини під патронат провадиться й без її згоди, зокрема коли та не досягла віку, з якого може висловити своє бажання; г) влаштування дитини здійснюється за письмовою згодою її батьків, інших законних представників, а у разі, якщо мати чи батько дитини є неповнолітніми, крім їхньої згоди потрібна ще згода їхніх батьків. Водночас без згоди батьків, інших законних представників здійснюється влаштування дитини у разі відібрання її у них, відсутності відомостей про місце їх перебування, а також за наявності безпосередньої загрози життю чи здоров'ю дитини; д) між дитиною й патронатним вихователем складаються більш тісні зв'язки, ніж між дитиною і піклувальником чи опікуном; е) проте між патронатним вихователем і дитиною не виникає аліментних зобов'язань, оскільки батьки не звільняються від обов'язку щодо утримання такої дитини; є) за дитиною на період перебування її в сім'ї патронатного вихователя зберігається право на аліменти, пенсію, інші соціальні виплати, а також на відшкодування шкоди у зв'язку з втратою годувальника, які вона мала до влаштування в таку сім'ю; ж) дитина має право підтримувати особисті контакти з батьками та іншими родичами; з) термін перебування дитини в сім'ї патронатного вихователя не може перевищувати шість місяців; и) патронатний вихователь отримує плату за виховання.

Варто зазначити, що до внесення змін до глави 20 СК України, законодавство не вирішувало питання щодо того, чи можна передавати під патронат дитину, в якій є рідні неповнолітні брати й сестри, які до цього моменту виховувалися разом. Із цього приводу науковці зазначали, що хоча такі форми, як усиновлення й патронат, і різняться між собою, вони мають одну мету – виховання дитини. Ось чому, виходячи з аналогії закону, а саме з положень ст. 210 СК України, неповнолітні брати й сестри не можуть бути роз'єднані при передачі їх під патронат. І лише за на-

явності обставин, що мають істотне значення (приміром, неможливості їх спільного проживання й виховання за станом здоров'я), орган опіки й піклування укладає договір і передає під патронат одного з братів (сестер)¹⁷. Нині ця проблема вирішена, оскільки відповідно до ч. 5 ст. 252 СК України до сім'ї патронатного вихователя можуть бути одночасно влаштовані тільки діти, які є між собою рідними братами та сестрами, або діти, які виховувалися в одній сім'ї.

Зміст договору про патронат становлять обов'язки та права сторін цього договору, які позначені в Типовому договорі і спрямовані на покращення умов проживання дитини, яка опинилася у складних життєвих обставинах, хоча за згодою сторін договір може бути доповнений ще іншими зобов'язаннями.

Так, патронатний вихователь зобов'язаний: забезпечувати надання послуг із догляду, виховання та реабілітації дитини, піклуватися про її моральний і фізичний стан, нести відповідальність за життя та здоров'я; створювати належні умови для проживання, навчання, фізичного та духовного розвитку дитини відповідно до її віку, потреб та індивідуальних особливостей; представляти у межах своїх повноважень інтереси дитини у відповідних установах та організаціях; використовувати у повному обсязі та за призначенням соціальну допомогу на утримання дитини в своїй сім'ї для забезпечення її повноцінного харчування, утримання, виховання, навчання та розвитку відповідно до потреб; забезпечувати доступ дитини до соціальних, освітніх і медичних послуг, організовувати проведення медичного обстеження, у разі потреби – надання невідкладної медичної допомоги; невідкладно повідомляти батькам/законним представникам (у разі влаштування дитини за їх згодою), службі у справах дітей про зміну стану здоров'я дитини, самовільне залишення нею сім'ї патронатного вихователя та інші важливі факти, які можуть негативно вплинути на задоволення її потреб; взаємодіяти з працівниками служби у справах дітей, соціального захисту, здійснювати заходи, які передбачені індивідуальним планом соціального захисту дитини; співпрацювати з батьками/законними представниками з метою подолання складних життєвих обставин у межах та способами, визначених органом опіки та піклування; сприяти за погодженням зі службою у справах дітей проведенню зустрічі (контакту) дитини з батьками/законними представниками, родичами, забезпеченню контакту дитини-сироти та дитини, позбавленої батьківського піклування, з потенційними опікунами (піклувальниками), усиновителями, прийомними батьками та батьками-вихователями; вести журнал спостережень за дитиною, а після її ви-

¹⁷ В Борисова та І Жилінкова (ред), *Сімейне право: підручник* (Право 2012) 271.

Валентина Борисова

буття із сім'ї передати його службі у справах дітей; погоджувати із цією службою виїзд сім'ї патронатного вихователя разом з дитиною за межі населеного пункту, тривалість якого перевищує дві доби; дотримуватися конфіденційності стосовно інформації про дитину та її сім'ю; на момент прийняття рішення про вибуття дитини забезпечити проходження нею медичного огляду, отримання відповідного висновку про стан здоров'я; співпрацювати після вибуття дитини із сім'ї патронатного вихователя протягом семи календарних днів із батьками/законними представниками, до яких вона повернулася, надавати консультації з її догляду, виховання та реабілітації.

Патронатний вихователь має право: отримувати інформацію про стан здоров'я, психічний і фізичний розвиток влаштованої в сім'ю дитини; у разі влаштування дитини використовувати методи спілкування, які позитивно впливають на її емоційний стан відповідно до рекомендацій батьків/законних представників (у разі влаштування дитини за їх згодою) та залучених до патронату над нею спеціалістів; отримувати у педагогів і психологів навчального закладу, який відвідує дитина, спеціалістів закладів охорони здоров'я, соціального захисту дітей та сімей з дітьми, інших закладів і установ, що надають соціальні послуги дітям і сім'ям із дітьми, консультації з питань виховання та розвитку дитини, особливостей її догляду та режиму дня; звертатися до відповідних органів, установ та організацій щодо забезпечення дотримання прав дитини, задоволення її потреб, функціонування сім'ї патронатного вихователя; ініціювати розгляд міждисциплінарною командою питань щодо забезпечення прав та інтересів дитини і її сім'ї.

За договором про патронат обов'язки та права виникають не тільки у патронатного вихователя, а й у відповідного органу (райдержадміністрації, виконавчого органу міської, районної у місті (у разі її створення) ради). Зазначений орган *зобов'язаний*: 1) забезпечувати за участю відповідних структурних підрозділів і закладів охорони здоров'я, соціального захисту населення та сімей з дітьми, навчальних закладів: надання освітніх послуг відповідно до віку дитини, її розвитку та особливих потреб; первинне медичне обстеження дитини та надання медичної допомоги; надання соціальних послуг дитині та її сім'ї або законним представникам відповідно до їх потреб; вирішувати питання соціального захисту дитини, її особистих, майнових, житлових прав; взаємодію відповідних структурних підрозділів щодо розроблення та виконання індивідуального плану соціального захисту дитини; соціальний супровід сім'ї дитини з метою подолання складних життєвих обставин, що призвели до її влаштування в сім'ю; здійснення контро-

лю за утриманням та вихованням дитини, забезпеченням її прав; своєчасне прийняття рішень щодо повернення дитини до батьків/законних представників, влаштування до інших сімейних форм виховання; 2) здійснювати оплату через відповідні структурні підрозділи послуг патронатного вихователя та виплату соціальної допомоги на утримання дитини; 3) здійснювати координацію за участю служби у справах дітей діяльності відповідних структурних підрозділів, установ та організацій, пов'язаної із захистом прав дитини; 4) визначати спосіб співпраці патронатного вихователя з батьками/законними представниками, а також умови такої співпраці.

Щодо прав, то ці органи мають право приймати в межах наданих повноважень рішення в найкращих інтересах дитини.

Необхідно зазначити, що якщо договір про патронат над дитиною укладався за згодою батьків/законних представників, то вони теж набувають за цим договором певних прав та обов'язків. Так, вони зобов'язуються: надавати патронатному вихователю інформацію про потреби, особливості догляду дитини, харчування та режим дня й іншу важливу інформацію, яку необхідно враховувати під час здійснення патронату; забезпечувати дитину одягом, взуттям, особистими речами та передавати наявні медичні документи дитини (медичну картку, висновки та рекомендації спеціалістів); підтримувати у визначений службою у справах дітей спосіб контакт із дитиною з урахуванням її найкращих інтересів, дотримуватися рекомендацій служби у справах дітей щодо контакту з дитиною під час перебування її у сім'ї патронатного вихователя; інформувати службу у справах дітей про обставини, що призвели до влаштування дитини в сім'ю патронатного вихователя, та інші важливі обставини щодо неї та її сім'ї; співпрацювати з патронатним вихователем, працівниками соціального закладу, служби у справах дітей з питань забезпечення прав та інтересів дитини, подолання складних життєвих обставин; не перешкоджати патронатному вихователю у виконанні обов'язків та реалізації прав, визначених таким договором.

Батьки/законні представники мають право: отримувати інформацію про дитину під час її перебування в сім'ї патронатного вихователя; брати участь у вирішенні питань щодо навчання, медичного обстеження, лікування, оздоровлення та відпочинку дитини; ініціювати питання щодо припинення перебування дитини в сім'ї патронатного вихователя або продовження строку перебування.

Спори між сторонами стосовно виконання цього договору розв'язуються шляхом переговорів, а у разі недосягнення сторонами згоди – у судовому порядку.

Дія договору припиняється: у разі прийняття рішення органу опіки та піклування або суду про невиконання або неналежне виконання патронатним вихователем своїх обов'язків, виникнення у його сім'ї несприятливих для виховання та догляду за дитиною умов або обставин, зазначених у ст. 212 СК України; у разі прийняття органом опіки та піклування рішення про повернення дитини до батьків/законних представників, усиновлення, встановлення над нею опіки, піклування, влаштування в сім'ю громадян (приймну сім'ю або дитячий будинок сімейного типу) або до дитячого закладу, закладу охорони здоров'я, навчального або іншого закладу; у разі досягнення дитиною повноліття або її смерті чи смерті патронатного вихователя; а також шляхом розірвання за згодою сторін.

Висновки. Наведене вище дає змогу дійти висновку, що договір про патронат над дитиною – це один із різновидів сімейно-правових договорів соціального сприяння дітям, які перебувають у складних життєвих обставинах і не можуть самостійно їх подолати. Мета цього договору – шляхом соціального сприяння дитині, батькам/законним представникам, якщо вони давали згоду на патронат, подолати ті складні життєві обставини, в яких вона (вони) опинилися.

До особливостей договору про патронат над дитиною слід віднести: 1) особливий суб'єктний склад та обмеження свободи договору, що пов'язується, перш за все, з глибоким проникненням у сімейне право публічних начал; 2) договір не є самостійним юридичним фактом, що породжує, змінює або припиняє сімейні правовідносини, а є одним із елементів фактичного складу виникнення патронату як форми сімейного виховання дитини, що опинилася у складних життєвих обставинах; 3) договір укладається на користь третьої особи, якою є дитина, що опинилася у складних життєвих обставинах; 4) договір носить особистий характер; 5) договір, окрім превентивної функції, виконує функцію подолання складних життєвих обставин, у яких дитина (батьки/законні представники) опинилася, а також не менш важливу регулятивну функцію, оскільки на строк його дії трансформуються існуючі сімейні правовідносини: а) якщо батьки/законні представники давали згоду на патронат (ідеться про багатосторонній договір), то цей договір перерозподіляє немайнові обов'язки батьків між ними і патронатним вихователем, що відповідає ч. 5 ст. 150 СК України: передача дитини на виховання іншим особам не звільняє батьків від обов'язків батьківського піклування щодо неї. Батьки зобов'язані утримувати дитину, але вони позбавляються права на особисте виховання дитини; б) якщо ж батьки/законні представники не давали згоду на патронат (ідеться про двосторонній договір), то патронатний вихователь мовби заміщує батьків на строк дії патронату.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Konventsiiia pro prava dytyny, pryiniata Heneralnoiu Asambleieiu OON 20 lystopada 1989 r., ratyfikovana postanovoiu Verkhovnoi Rady Ukrainiskoi RSR Convention on the Rights of the Child Adopted by the UN General Assembly on November 20, 1989, Ratified by Resolution of the Supreme Council of the Ukrainian SSR № 789-XII vid 27 liutoho 1991 r. <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021> (accessed: 10.11.2018) (in Ukrainian).
2. Poriadok oplaty posluh patronatnoho vykhovatel'ia ta vyplaty sotsialnoi dopomohy na utrymanna dytyny v simi patronatnoho vykhovatel'ia, zatverdzheno postanovoiu Kabinetu Ministriv Ukrainy [Procedure of Payment for Foster Caregiver Services and Payment of Social Allowance for Child Maintenance in the Foster Caregiver Family Approved by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 16 bereznia 2017 r. № 148 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/148-2017-%D0%BF>> (accessed: 10.11.2018) (in Ukrainian).
3. Poriadok provadzhennia orhanamy opiky ta pikluvannia diialnosti, poviazanoi iz zakhystom prav dytyny, zatverdzheno postanovoiu Kabinetu Ministriv Ukrainy [Procedure for Implementation of Activities Protecting the Rights of the Child by Custody and Guardianship Agencies Approved by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 24 veresnia 2008 r. № 866 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/866-2008-%D0%BF#n136>> (accessed: 10.11.2018) (in Ukrainian).
4. Poriadok stvorenna ta diialnosti simi patronatnoho vykhovatel'ia, vlashtuvannia, perebuvannia dytyny v simi patronatnoho vykhovatel'ia, zatverdzheno postanovoiu Kabinetu Ministriv Ukrainy [Procedure for Establishment and Operation of a Foster Caregiver Family, and a Child's Placement with and Stay in the Foster Caregiver Family Approved by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 16 bereznia 2017 r. № 148 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/148-2017-%D0%BF>> (accessed: 10.11.2018) (in Ukrainian).
5. Poriadok vzaiemodii orhaniv derzhavnoi vlady, orhaniv mistsevoho samovriaduvannia, zakladiv ta ustanov pid chas zabezpechennia sotsialnoho zakhystu ditei, yaki perebuvaiut u skladnykh zhyttievnykh obstavynakh, u tomu chysli takykh, shcho mozhut zahrozhuvaty yikh zhyttiu ta zdoroviu, zatverdzheno postanovoiu Kabinetu Ministriv Ukrainy [Procedure for Interaction of Public Authorities, Local Self-Government Bodies, Institutions and Facilities When Ensuring Social Protection of Children Who Face Adverse Circumstances, Including Those Which Can Endanger Their Life and Health] vid 3 zovtnia 2018 r. № 800 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/800-2018-%D0%BF#n9>> (accessed: 10.11.2018) (in Ukrainian).
6. Pro okhoronu dytynstva On the Protection of Childhood: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 26 kvitnia 2001 r. № 2402-III. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2001. № 30. St. 142 (in Ukrainian).
7. Pro sotsialni posluhy [On Social Services]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 19 chervnia 2003 r. № 966-IV. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2003. № 45. St. 358 (in Ukrainian).
8. Simeinyi kodeks Ukrainy [the Family Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 10 sichnia 2002 r. № 2947-III. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2002. № 21-22. St. 135 (in Ukrainian).

Валентина Борисова

9. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy [The Civil Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (accessed: 13.02.2019) (in Ukrainian).
10. Typovyi dohovor pro patronat nad dytynoiu, zatverdzheno Postanovoiu Kabinetu Ministriv Ukrainy [Standard Agreement on Foster Caregiving Approved by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 16 bereznia 2017 № 148 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/148-2017-%D0%BF>> (accessed: 10.11.2018) (in Ukrainian).

Authored books

11. Perhament A, *Opeka y popechytelstvo [Guardianship and Custody]* (Yuridicheskaya literatura 1966) (in Russian).
12. Rozghon O, *Dohovory u simeinomu pravi Ukrainy: monohrafiia [Contracts in Family Law of Ukraine]* (In Yure 2018) (in Ukrainian).

Edited books

13. Bodnar T, 'Rol dohovoru v rehuliuванні simeinykh vidnosyn' ['Role of Contract in the Regulation of Family Relations'] v Bodnar T ta Dzera O (red), *Simeine pravo Ukrainy: pidruchnyk [Family Law of Ukraine: Textbook]* (Yurinkom Inter 2016) (in Ukrainian).
14. Borysova V ta Zhylinkova I (red), *Simeine pravo: pidruchnyk [Family Law: Textbook]* (Pravo 2012) (in Ukrainian).
15. Zhylinkova I (red), *Simeinyi kodeks Ukrainy: naukovo-praktychnyi komentar [The Family Code of Ukraine: Scientific and Practical Commentary]* (Pravo 2008) (in Ukrainian).

Journal articles

16. Korotkova L, 'Pravovoi status faktycheskykh vospytatelei detei' ['The Legal Status of Actual Child Caregivers'] (1983) 3 Pravovedenye 83 (in Russian).

Conference paper

17. Borysova V, 'Dohovor u simeino-pravovii sferi' ['Contract in the Family-Law Domain'] v *Aktualni problemy pryvatnoho prava: dohovor yak pravova forma rehuliuвання pryvatnykh vidnosyn: materialy naukovo-praktychnoi konferencii [Topical Issues of Private Law: Contract as a Legal Form Regulating Private Relations: Materials of Scientific and Practical Conference]* (Pravo 2017) (in Ukrainian).
18. Tatarinceva E, 'Reformirovanie sistemy institucional'noj zaboty o detjah, ostavshihsia bez popechenija roditel' v Rossii, Anglii i Japonii' ['Reforming of the System of Institutional Care for Children Left Without Parental Care in Russia, England and Japan'] v *Problemy tsyvilnoho prava ta protsesu: materialy naukovo-praktychnoi konferencii, prysviachenoj pamiaty profesora O. A. Pushkina [Challenging Issues of Civil Law and Procedure: Materials of the Scientific and Practical Conference Dedicated to the Memory of Professor O. A. Pushkin]* (KhNUVS 2010) (in Russian).

Valentina Borisova

TOPICAL ISSUES RELATING TO THE FORMS OF FAMILY-BASED
FOSTER CARE PLACEMENT OF A CHILD LEFT WITHOUT PARENTAL
CARE ACCORDING TO THE LEGISLATION OF UKRAINE

ABSTRACT. Childhood is a special period in a person's life when a child is depended on adults, and especially on parents. If for various reasons parental care is lost, and thus a child's life, health and upbringing is endangered and his/her life situation is changed, the child acquires the status of an orphan and a child deprived of parental care, and this entitles the child to full support by the State and benefits prescribed by law. Placement of such children for foster care is within the responsibility of the relevant competent authorities of the State and involves placement of such children with families of other citizens or with children's residential care institutions within the system of education, healthcare and social protection.

The purpose of the article is to analyze the approaches which have been developed in the law doctrine with regard to understanding the forms of arranging foster care for a child deprived of parental care, and also to present the author's own vision of overcoming orphanhood in Ukraine by introducing family-based forms of placement of such children legalized at the level of law, which would have priority as compared to forms involving residential care institutions, and non-defined family-based forms of child care.

The author has established that the forms of family-based foster care for a child facing adverse circumstances, which are regulated at the level of law, are not exhaustive. There are also other forms, such as actual care for an orphan child or a child deprived of parental care in the family of a certain person without the relevant legal basis. In the even of actual care, all of the parental powers and authorities are implemented, except for the eligibility to protection of parental rights, and therefore this form as a phenomenon valuable for society requires specific legal regulation.

The article substantiates that each of the legalized forms of family-based child care (foster caregiving, foster family, family-type children's home) has its respective specific aspects, but their common feature is that one of the elements underpinning their actual occurrence is the relevant agreement: on foster caregiving; on placement of a child with a foster family for upbringing and cohabitation; on organization of operation of a family-type children's home. These agreements are classified as family-law agreements on social support of children facing adverse circumstances due to orphanhood, homelessness, conflicts, ill-treatment in the family etc. The purpose of these agreements is to help a child, parents/legal representatives (if they, for example, consented to foster caregiving) overcome the adverse life circumstances which the child (the parents) face, by proving social support. Although these agreements are not standalone legal facts which entail the relevant legal relations, the legal nature of these agreements should nevertheless take account of the specifics of the agreement as a legal fact formed under the influence of the relations which it mediates.

KEYWORDS: actual care for children deprived of parental care; forms of family-based placement of children; family-law agreement of social support; agreement on foster caregiving; agreement in favor of a third party.



Микола Іншин

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
заслужений юрист України,
завідувач кафедри трудового права
та права соціального забезпечення
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
(м. Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9332-0286>
trud_1@ukr.net

Олег Ярошенко

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
завідувач кафедри трудового права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9022-4726>
trudpravo_nuau@ukr.net



УДК 349.2

СИСТЕМА ДЖЕРЕЛ ТРУДОВОГО ПРАВА УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМА ГАРМОНІЙНОГО ПОЄДНАННЯ ПРИВАТНОГО І ПУБЛІЧНОГО

АНОТАЦІЯ. Дієва система публічного управління у сфері праці здатна швидко, точно й ефективно реагувати на виклики сьогодення, суспільні запити та проблеми, є передумовою оздоровлення економіки нашої держави, успішної її участі в євроінтеграційних процесах. Вироблення і впровадження державної політики має здійснюватися на основі загальноновизнаних міжнародно-правових стандартів у відповідній царині. Зі свого боку оцінювання державної політики України у сфері праці дає змогу встановити результативність роботи державних інституцій, ступінь задоволення ними потреб як працівників, так і роботодавців. Беручи це до уваги, у книгу першу “Загальні положення” нового Трудового кодексу України (ТК України) слід включити окрему главу – “Державна політика у сфері праці”, що об’єднає такі статті: “Мета державної політики у сфері праці”; “Основні завдання державної політики у сфері праці”; “Принципи державної політики у сфері праці”; “Пріоритети державної політики у сфері праці”; “Шляхи реалізації пріоритетів державної політики у сфері праці”; “Суб’єкти державної політики у сфері праці”; “Механізми реалізації державної політики у сфері праці”; “Джерела фінансування державної політики у сфері праці”.

Предмет трудового права є менш однорідним, ніж предмет цивільного права, у нього включені не тільки відносини, що носять приватний характер, а й, зокрема,

відносини щодо нагляду й контролю за дотриманням законодавства про працю, що мають яскраво виражений публічно-правовий характер.

Базовим кодифікованим законом із питань праці, що впорядкує максимально широке коло відповідних відносин, має стати новий ТК України. З його прийняттям мають зберегти чинність тільки ті законодавчі акти, які, окрім трудових і пов'язаних із ними відносин, врегламентовують й інші суспільні відносини.

Договірні правові акти конкретизують, деталізують і розвивають загальні норми трудового законодавства щодо умов певного роботодавця. У цьому полягає головне їх призначення. Такий метод є гнучким і динамічним, що дає можливість оперативно реагувати на зміни економічної ситуації і брати до уваги особливості розвитку окремих регіонів, сфер економіки, професій, що, зі свого боку, зумовлюють особливості умов праці працівників, зайнятих на роботах у цих регіонах, галузях, за цими професіями. Підвищення ролі зазначеного виду правового впорядкування трудових відносин впливає й на централізовану правову регламентацію праці. Це виражається у збільшенні обсягу соціально-партнерських і локальних нормативних актів завдяки доповненню і конкретизації у них норм, які містяться в централізованому акті, що спричиняє зменшення обсягу змісту останніх.

Ключові слова: джерела трудового права; система; законодавство про працю; договірні правові акти у сфері праці; поєднання приватного і публічного правового регулювання; працівник; роботодавець; трудові права й обов'язки.

Законодавство про працю як одна з провідних галузей у системі національного права покликане відігравати визначальну роль у суспільному житті, у соціальних перетвореннях, що відбуваються в Україні. Це повною мірою розуміє і нормотворець, який основні завдання чинного Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП України) у ст. 1 глави I “Загальні положення” визначає таким чином:

Кодекс законів про працю України регулює трудові відносини всіх працівників, сприяючи зростанню продуктивності праці, поліпшенню якості роботи, підвищенню ефективності суспільного виробництва і піднесенню на цій основі матеріального і культурного рівня життя трудящих, зміцненню трудової дисципліни і поступовому перетворенню праці на благо суспільства в першу життєву потребу кожної працездатної людини. Законодавство про працю встановлює високий рівень умов праці, всерірну охорону трудових прав працівників¹.

Вважаємо, що цей підхід є своєрідною спробою сформулювати завдання самого КЗпП України через визначення завдань державної політики у сфері праці. Показово, що останні зміни у зазначену норму були внесені указом Президії Верховної Ради Української РСР від 27 травня

¹ Кодекс законів про працю України: затверджено Законом УРСР від 10 грудня 1971 р. № 322-VIII. *Відомості Верховної Ради УРСР (Додаток)*. 1971. № 50. Ст. 375.

1988 р.² відповідно до указів Президії Верховної Ради СРСР від 4 лютого 1988 р. “Про внесення до законодавства Союзу РСР про працю змін і доповнень, пов’язаних з перебудовою управління економікою” і від 29 березня 1988 р. “Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів СРСР про працю”. Як видається, будь-які коментарі у цьому разі зайві.

Проект Трудового кодексу України (реєстраційний № 1658, текст доопрацьований від 24 липня 2017 р., далі – ТК України)³ до цього питання підходить інакше та у ст. 1 визначає: а) метою ТК України визнає встановлення прав та обов’язків суб’єктів трудових правовідносин, забезпечення реалізації передбачених Конституцією України трудових прав і гарантій працівників, створення належних умов праці, забезпечення захисту прав та інтересів працівників і роботодавців, а б) його завданням – правове регулювання питань щодо: реалізації права на працю; умов праці; організації та управління працею; професійного навчання, перепідготовки та підвищення кваліфікації; забезпечення договірною регулювання умов праці; відповідальності роботодавців і працівників; вирішення індивідуальних та колективних трудових спорів; нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства; інших питань, визначених цим Кодексом. У цьому випадку застосований спрощений підхід: акцент зроблено суто на меті і завданні самого кодифікованого акта у сфері праці. Державна ж політика у царині праці залишилася поза увагою розробників проекту. Така позиція не є конструктивною, адже вносить невизначеність у вирішення головного питання: яким має бути співвідношення приватного і публічного у регламентуванні трудових та пов’язаних із ними відносин.

І. Жигалкін безапеляційно наголошує:

Управління працею в масштабах країни має на увазі управління (а) формуванням, підготовкою й розподілом трудових ресурсів, (б) продуктивністю праці, її характером, змістом та умовами, (в) кооперацією й поділом праці; (г) її оплатою за кількістю, якістю й мірою. Однак економічні важелі проведення такої політики є неефективними без використання належної правової бази. Трудоправа юридична галузь є потужним важелем управління економічним розвитком усього господарського

² Про внесення до Кодексу законів про працю Української РСР змін і доповнень, пов’язаних з перебудовою управління економікою: указ Президії Верховної Ради Української РСР 27 травня 1988 р. № 5938-XI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5938-11>> (дата звернення: 14.02.2019).

³ Проект Трудового кодексу України (реєстраційний № 1658, текст доопрацьований від 24 липня 2017 р.) <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=532213> (дата звернення: 14.02.2019).

комплексу, й від того, як можна розпорядитися її засобами і способами впливу залежить розвиток економіки країни⁴.

Правознавець переконаний, що трудове право є однією з тих небагатьох юридичних галузей, які, з одного боку, найтісніше пов'язані з мікро- й макроекономічними процесами в державі, а з другого – безпосередньо впливають на рівень добробуту і соціальний клімат у суспільстві⁵.

Сьогодні в українському суспільстві як ніколи гостро відчувається необхідність у зваженій та науково обґрунтованій державній політиці загалом і у царині праці зокрема. Г. Атаманчук зміст державної політики трактує як оптимальний синтез об'єктивних тенденцій суспільного розвитку та суб'єктивних суджень людей про свої інтереси в ньому. У кожній державі політика формується під впливом багатьох обставин, є збігом певних чинників, буває доволі кон'юнктурною та персоніфікованою. Сенс державної політики вчений зводить до модернізації матеріального та духовного виробництва й соціальних умов життя на базі науково-технічного прогресу, розвитку людини та взаємовигідного розподілу праці з іншими державами⁶.

У законодавчих актах України, що впорядковують трудові і пов'язані з ними відносини, особливо прийняті нещодавно, все частіше бачимо спробу нормативно зафіксувати основну мету державної політики у відповідній царині, її завдання і принципи, повноваження органів, що її реалізують. Таким, зокрема, є Закон України "Про професійний розвиток працівників", згідно зі ст. 2 якого:

Метою державної політики у сфері професійного розвитку працівників є підвищення їх конкурентоспроможності відповідно до суспільних потреб шляхом сприяння роботодавцю в ефективному використанні праці та забезпеченні досягнення належного професійного рівня працівниками⁷.

До принципів, на яких вона формується, віднесені такі, як-от: доступності професійного розвитку працівникам; вільного вибору роботодавцем форм і методів забезпечення професійного розвитку працівників з урахуванням специфіки їх роботи; додержання інтересів роботодавця та працівника; безперервності процесу професійного розвитку

⁴ І Жигалкін, 'Система принципів трудового права в умовах формування нової правової доктрини України' (дис д-ра юрид наук, Східноукраїн нац ун-т ім Володимира Даля 2016) 449.

⁵ Там само.

⁶ Г Атаманчук, *Теорія державного управління: учебник* (Омега-Л 2010) 525.

⁷ Про професійний розвиток працівників: Закон України від 12 січня 2012 р. № 4312-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 39. 462.

працівників. Закон України “Про зайнятість населення”⁸ у преамбулі визначає передусім правові, економічні та організаційні засади реалізації державної політики у сфері зайнятості населення, а вже потім – гарантії держави щодо захисту прав громадян на працю та реалізації їхніх прав на соціальний захист від безробіття. Цей законодавчий акт містить окремий розділ II із назвою “Державна політика у сфері зайнятості населення”, що об’єднує норми: ст. 15 – “Принципи та мета, основні напрями державної політики у сфері зайнятості населення”; ст. 16 – “Реалізація державної політики у сфері зайнятості населення”; ст. 17 – “Органи, що забезпечують формування та реалізацію державної політики у сфері зайнятості населення”; ст. 18 – “Територіальні та місцеві програми зайнятості населення”; ст. 19 – “Органи соціального діалогу у сфері зайнятості”; ст. 20 – “Фінансування заходів щодо реалізації державної політики у сфері зайнятості населення”. У статті 4 Закону України “Про охорону праці”⁹ вказано: а) ким саме визначається державна політика в галузі охорони праці; б) на що вона спрямована; в) принципи, на яких вона базується. Преамбула Закону України “Про соціальний діалог в Україні” фіксує:

Цей Закон визначає правові засади організації та порядку ведення соціального діалогу в Україні з метою вироблення та реалізації державної соціальної і економічної політики, регулювання трудових, соціальних, економічних відносин та забезпечення підвищення рівня і якості життя громадян, соціальної стабільності в суспільстві¹⁰.

Переконані, що дієва система публічного управління у сфері праці здатна швидко, точно й ефективно реагувати на виклики сьогодення, суспільні запити та проблеми, є передумовою оздоровлення економіки нашої держави, успішної її участі в євроінтеграційних процесах. Вироблення і впровадження державної політики має здійснюватися на основі загальноновизнаних міжнародно-правових стандартів у відповідній царині. Зі свого боку оцінювання державної політики України у сфері праці дає змогу встановити результативність роботи державних інституцій, ступінь задоволення ними потреб як працівників, так і роботодавців. Беручи це до уваги, займаємо позицію, за якою у Книгу першу “Загальні положення” нового ТК України слід включити окрему главу – “Державна політика у сфері праці”, що об’єднає такі статті: “Мета державної

⁸ Про зайнятість населення: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5067-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 24. Ст. 243.

⁹ Про охорону праці: Закон України від 14 жовтня 1992 р. № 2694-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 49. Ст. 668.

¹⁰ Про соціальний діалог в Україні: Закон України від 23 грудня 2010 р. № 2862-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 28. Ст. 255.

політики у сфері праці”; “Основні завдання державної політики у сфері праці”; “Принципи державної політики у сфері праці”; “Пріоритети державної політики у сфері праці”; “Шляхи реалізації пріоритетів державної політики у сфері праці”; “Суб’єкти державної політики у сфері праці”; “Механізми реалізації державної політики у сфері праці”; “Джерела фінансування державної політики у сфері праці”.

Вирізняємо такі основні пріоритети державної політики у сфері праці в сучасних умовах, як-от: 1) удосконалення трудового законодавства (зокрема, забезпечення розроблення і прийняття ТК України, Закону України “Про промислову безпеку”); 2) покращення системи моніторингу і прогнозування ситуації на ринку праці; 3) забезпечення збалансованості професійної освіти й попиту на робочу силу; 4) стимулювання економічної активності населення; 5) широка інформаційно-роз’яснювальна робота серед населення щодо трудових прав, способів їх захисту й переваг легальної зайнятості; 6) створення гарантійного Фонду для забезпечення захисту грошових вимог працівників у разі банкрутства роботодавця; 7) розвиток кадрового потенціалу; 8) підвищення якості робочих місць; 9) розроблення механізмів реалізації міжнародних договорів про взаємне працевлаштування та соціальний захист трудящих-мігрантів, однією зі сторін яких є Україна; 10) запровадження дійових механізмів легалізації доходів громадян, які працюють за кордоном; 11) поліпшення ефективності нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства¹¹.

Предмет трудового права є менш однорідним, аніж предмет цивільного права, у нього включені не тільки відносини, що носять приватний характер, а й, зокрема, відносини щодо нагляду та контролю за дотриманням законодавства про працю, що мають яскраво виражений публічно-правовий характер.

Однією з характерних особливостей національного трудового права України є різноманітність його джерел. Це зумовлено потребами практичного вирішення комплексних завдань забезпечення цілісного регулювання численних трудових і пов’язаних із ними відносин. У зв’язку з цим трудо-правові норми втілюються як у міжнародних договорах, нормативних актах компетентних державних органів, так і в актах соціального партнерства й локальних актах тощо. Системне дослідження джерел трудового права дає можливість: а) ширше відобразити механізм впливу норм права на відносини у сфері праці; б) повніше виявити юридичні аспекти взаємодії нормотворців; в) чіткіше встано-

¹¹ О Ярошенко (наук ред), *Держава та її органи як суб’єкти трудового права: теоретико-прикладний нарис* (Право 2014) 288.

вити внутрішні зв'язки в самому нормативному масиві; г) зрозуміти взаємозалежність між правовими реаліями й оточуючими соціальними явищами, процесами, на які вони впливають¹². Ознаками системи джерел трудового права є: а) зумовленість суспільних відносин, які регламентуються нею, предметом і методом правового регулювання праці; б) цілісність; в) неадитивність; г) численність джерел трудового права як її елементів; ґ) певна самостійність кожного джерела трудового права, зумовлена сферою впорядкування й компетенцією нормотворця, який його прийняв; д) точно визначене становище кожного джерела трудового права в системі джерел цієї галузі; е) структурна впорядкованість елементів (джерел), що визначає їх функціональні взаємозв'язки і взаємозалежності¹³.

Нині основним актом, що регламентує трудові відносини, є КЗпП України, прийнятий ще 10 грудня 1971 р. й орієнтований на жорстке державне регулювання. Кодекс, незважаючи на внесені в нього численні зміни і доповнення (приміром, тільки за останні 3 роки таких новацій було 25), усе менше відповідає соціально-економічній ситуації, що складається. Значною мірою неефективність правового регулювання відносин у сфері праці пояснюється відсутністю в законодавстві чіткого механізму реалізації закладених у ньому гарантій. Це положення обумовлене безліччю причин, як-от: відсутністю чіткого поділу питань, що вирішуються на різних рівнях нормативного регулювання; колізійністю нормативно-правових актів; недостатньо оперативним подоланням прогалин у чинному законодавстві; низьким рівнем юридичної техніки та ін.

Новий ТК України повинен не так проголошувати і фіксувати рівні й нормативи охорони праці, пільги та компенсації, як стимулювати розвиток економіки, що, зі свого боку, створить умови для реального забезпечення різноманітних гарантій прав працівників. Головна умова – прискорене впровадження досягнень науково-технічного прогресу. А це, як показує досвід передових в економічному аспекті країн, передбачає широку участь в управлінні виробництвом безпосередніх виробників матеріальних благ – працівників через їх представницькі органи. Прийняття ТК України дасть змогу упорядкувати трудові і пов'язані з ними відносини, підвищить їх гнучкість, розвантажити роботодавця від еко-

¹² О Ярошенко, 'До питання про місце майбутнього Трудового кодексу України в системі джерел трудового права' (2017) 6 Право України 64-71.

¹³ Див: О Ярошенко, *Теоретичні та практичні проблеми джерел трудового права України* (СПД ФО Вапнярчук Н М 2006) 456; О Ярошенко, 'Джерела трудового права України' (дис д-ра юрид наук, Нац юрид акад України ім Я Мудрого 2007) 476; О Ярошенко, 'Система правових актів про працю' [2002] 2(13) Актуальні проблеми державного управління 265-7; О Ярошенко, 'Деякі питання системи джерел трудового права України' (2006) 77 Проблеми законності 43-8.

номічно не виправданих витрат на забезпечення гарантій і компенсацій працівникам. Тим самим скоротяться можливості для розвитку нелегальних трудових відносин. Відбудеться реальне підвищення (порівняно з існуючою ситуацією) рівня захисту прав і законних інтересів працівників.

Проект ТК України складається із дев'яти книг: перша – “Загальні положення” (статті 1–29) – містить норми про мету, завдання ТК України, принципи правового регулювання, нормативно-правові акти, суб'єкти трудових відносин; друга – “Виникнення та припинення трудових відносин. Трудовий договір” (статті 30–121) – про трудовий договір, умови та порядок його укладення, виконання та припинення; третя – “Умови праці” (статті 122–289) – з питань робочого часу та часу відпочинку, оплати праці, охорони праці, соціального страхування, а також трудової дисципліни; четверта “Особливості регулювання трудових відносин за участю окремих категорій працівників і роботодавців” (статті 290–313) – щодо особливостей трудових відносин працівників із сімейними обов'язками, неповнолітніх, членів виробничих кооперативів, фермерських господарств, а також з роботодавцем-фізичною особою; п'ята – “Професійна (службова) кар'єра” (статті 314–334) – стосовно реалізації права на професійну (службову) кар'єру; шоста – “Колективні трудові відносини” (статті 335–337) – про соціальний діалог; сьома – “Нагляд та контроль за дотриманням трудового законодавства” (статті 338–347) – щодо державного нагляду та контролю за дотриманням трудового законодавства; восьма “Відповідальність сторін трудових відносин” (статті 348–366) – стосовно дисциплінарної та матеріальної відповідальності; дев'ята – “Індивідуальні трудові спори” (статті 367–385) – про порядок врегулювання індивідуальних трудових спорів.

Незважаючи на те, що ч. 1 ст. 1 основним завданням ТК України визнає правове впорядкування максимально широкого кола суспільних відносин, подальше ознайомлення з Кодексом дає вагомий підстави для абсолютно протилежного висновку. Квінтесенцією цієї, на перший погляд, занадто категоричної думки, є п. 9 Прикінцевих та перехідних положень, за яким визнаються такими, що втратили чинність із дня набрання чинності цим Кодексом, 11 нормативних актів¹⁴, серед яких лише п'ять законів: 1) Кодекс законів про працю України; 2) Закон Української РСР “Про затвердження Кодексу законів про працю Української РСР”; 3) Закон України “Про оплату праці”; 4) Закон України “Про визначення розміру збитків, завданих підприємству, установі, організації розкрадан-

¹⁴ Звернімо увагу на те, що у п. 9 Прикінцевих та перехідних положень проекту ТК України у списку нормативних актів, які визнаються такими, що втратили чинність з дня набрання чинності цим Кодексом, після 4 позиції, одразу йде 6. Має місце прикра недбалість авторів законопроекту.

ням, знищенням (псуванням), недостатчею або втратою дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння та валютних цінностей”; 5) Закон України “Про відпустки”. При більш прискіпливому опрацюванні змісту проекту складається враження, що маємо справу не зі справжнім кодифікованим актом, а з трохи розширеною версією закону, який можна було б назвати “Про трудові договори”. Так, із незрозумілих причин розробники залишають чинним Закон України “Про колективні договори і угоди”¹⁵, який визначає правові засади розробки, укладення та виконання колективних договорів і угод з метою сприяння регулюванню трудових відносин та соціально-економічних інтересів працівників і роботодавців. Закон України “Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)”¹⁶, що визначає правові й організаційні засади функціонування системи заходів із вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) і спрямований на здійснення взаємодії сторін соціально-трудова відносин у процесі врегулювання колективних трудових спорів (конфліктів), що виникли між ними, також продовжуватиме діяти. Закон України “Про охорону праці”, який визначає основні положення щодо реалізації конституційного права працівників на охорону їх життя і здоров’я у процесі трудової діяльності, на належні, безпечні і здорові умови праці, регулює за участю відповідних органів державної влади відносини між роботодавцем і працівником з питань безпеки, гігієни праці та виробничого середовища і встановлює єдиний порядок організації охорони праці в Україні, також не втратить чинності. Цей перелік можна продовжувати й далі. Однак виникає логічне запитання: навіщо приймати ТК України, якщо у запропонованому вигляді він не вирішує питання, які стоять перед будь-якою кодифікацією як засобом систематизації нормативних актів, що здійснюється шляхом перероблення і зведення правових норм, які містяться у різних актах, у логічно узгоджений нормативно-правовий акт, який системно і вичерпно регулює певну сферу суспільних відносин (у нашому випадку – відносин у сфері праці). Основними рисами кодифікаційної діяльності слід визнати такі: 1) здійснюється компетентними правотворчими органами держави, а тому має державно-владний, офіційний характер і є різновидом правотворчості; 2) об’єктом є певна група нормативно-правових приписів, що мають спільний предмет правового регулювання; 3) зумовлена, перш за все, потребами суспільного розвитку й такою властивістю об’єктивного права, як його системність; 4) змістом цієї діяльності є опрацювання форми і змісту норматив-

¹⁵ Про колективні договори і угоди: Закон України від 1 липня 1993 р. № 3356-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 36. Ст. 361.

¹⁶ Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів): Закон України від 3 березня 1998 р. № 137/98-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 34. Ст. 227.

но-правових положень, їх узгодження й об'єднання в цілісний комплекс; 5) являє собою процес, який складається із певних послідовних дій (операцій), стадій та етапів; 6) здійснюється на підставі певних принципів, за допомогою відповідних засобів, із застосуванням конкретних правил кодифікації; 7) результатом є створення єдиних, внутрішньо узгоджених за змістом і юридично цілісних нормативно-правових кодифікаційних актів, які мають юридичну форму зовнішнього вираження (найменування); 8) метою цієї діяльності є створення якісних нормативно-правових актів, а загалом – удосконалення законодавства. З урахуванням наведеного пропонується визначення поняття “кодифікаційна діяльність”: це зумовлений потребами суспільного розвитку й системністю права, здійснюваний на підставі певних принципів правотворчий процес з опрацювання змісту й форми групи чинних нормативно-правових приписів, їх узгодження й об'єднання у кодифікований акт з метою вдосконалення законодавства¹⁷.

Має рацію В. Костюк, який стверджує:

За своєю суттю, кодифікація трудового законодавства – це науково-обґрунтований, виважений і суспільно схвалений процес формування новітніх підходів, стандартів і норм з питань праці шляхом ухвалення Трудового кодексу України¹⁸.

Тобто ТК України має стати базовим кодифікованим законом з питань праці, який впорядкує максимально широке коло відповідних відносин. Із його прийняттям повинні зберегти чинність тільки ті законодавчі акти, які, окрім трудових і пов'язаних із ними відносин, вреґламентовують й інші суспільні відносини. Таким, зокрема, є Закон України “Про зайнятість населення”, який впорядковує правові, економічні та організаційні засади реалізації державної політики у сфері зайнятості населення, гарантії держави щодо захисту прав громадян на працю та реалізації їхніх прав на соціальний захист від безробіття. Відносини у сфері зайнятості населення регулюються Конституцією України, Законом України “Про зайнятість населення”, КЗпП України, Господарським та Цивільним кодексами України, Законом України “Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття”, іншими актами законодавства. Комплексним є і Закон

¹⁷ О Ярошенко, ‘Про необхідність кодифікації трудового законодавства України’ [2004] 1(36) Вісник Академії правових наук України 38-44.

¹⁸ В Костюк, ‘Кодифікація трудового законодавства у контексті прав осіб з інвалідністю: проблеми, новачі та перспективи’ в *Актуальні проблеми соціального права: науково-практичний Посібник*, вип 2 (2016) 87-92.

України “Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності”¹⁹, що визначає особливості правового регулювання, засади створення, права та гарантії діяльності професійних спілок. Законодавство про профспілки складається з Конституції України, Закону України “Про об’єднання громадян”²⁰, Закону України “Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності”, КЗпП України та інших нормативно-правових актів, прийнятих відповідно до них.

Договірні правові акти, будучи підзаконними, мають конкретизувати, деталізувати й розвивати загальні норми трудового законодавства щодо умов певного підприємства. У цьому полягає головне їх призначення. В умовах переходу від адміністративно-командної системи управління економікою до ринкової системи господарювання й вільної конкуренції значення договірної регуляції трудових відносин постійно зростає. Саме соціально-партнерський метод у своїй основі дає змогу більшою мірою реалізовувати основні принципи трудового права і повинен відповідати сучасним умовам економічного розвитку, враховуючи різноманіття організаційно-правових форм власності. Такий метод є гнучким і динамічним, що дає можливість швидко реагувати на зміни економічної ситуації і брати до уваги особливості розвитку окремих регіонів, галузей виробництва, професій, що зумовлюють, зі свого боку, особливості умов праці працівників, зайнятих на роботах у цих регіонах, галузях господарства, за цими професіями. Підвищення ролі цього виду правового впорядкування трудових відносин впливає й на централізовану правову регламентацію праці. Це виражається у збільшенні обсягу соціально-партнерських і локальних нормативних актів унаслідок доповнення й конкретизації в них норм, що містяться у централізованому акті, що спричиняє зменшення обсягу змісту останніх.

Висновки. Підсумовуючи, варто зазначити. Вважаємо, що через весь новий ТК України необхідно послідовно провести таке співвідношення публічного і приватного регулювання трудових і пов’язаних із ними відносин:

а) за державою зберігається право закріплення й конкретизації в законодавстві про працю приписів Конституції України, основних процедур і комплексу загальнообов’язкових юридичних гарантій трудових прав працівників;

б) на соціально-партнерському та колективно-договірному рівнях визначаються галузеві, регіональні, виробничі й інші особливості організації праці й реалізації юридичних гарантій трудових прав працівників;

¹⁹ Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності: Закон України від 15 вересня 1999 р. № 1045-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 45. Ст. 397.

²⁰ Закон України “Про об’єднання громадян” втратив чинність на підставі Закону від 22 березня 2012 р. № 4572-VI.

в) індивідуально-договірне регулювання стає способом визначення за участю працівників й органів (осіб), уповноважених представляти і захищати їх інтереси, безпосередніх умов їх трудової діяльності.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Kodeks zakoniv pro pratsiu Ukrainy [The Code of Labor Laws of Ukraine]: zatverdzheno Zakonom URSSR [Approved by the Law of the UkSSR] vid 10 hrudnia 1971 r. № 322-VIII. *Vidomosti Verkhovnoi Rady URSSR (Dodatok)*. 1971. № 50. St. 375 (in Ukrainian).
2. Pro kolektyvni dohovory i uhody [On Collective Contracts and Agreements]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 1 lypnia 1993 r. № 3356-XII. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1993. № 36. St. 361 (in Ukrainian).
3. Pro okhoronu pratsi [On Labor Protection]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 14 zhovtnia 1992 r. № 2694-XII. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1992. № 49. St. 668 (in Ukrainian).
4. Pro poriadok vyrishennia kolektyvnykh trudovykh sporiv (konfliktiv) [On the Procedure for Resolution of Collective Labor Disputes (Conflicts)]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 3 bereznia 1998 r. № 137/98-VR. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1998. № 34. St. 227 (in Ukrainian).
5. Pro profesiini spilky, yikh prava ta harantii diialnosti [On Trade Unions, Their Rights and Guarantees of Operation]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 15 veresnia 1999 r. № 1045-XIV. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1999. № 45. St. 397 (in Ukrainian).
6. Pro profesiinyi rozvytok pratsivnykiv [On Professional Development of Employees]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 12 sichnia 2012 r. № 4312-VI. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2012. № 39. St. 462 (in Ukrainian).
7. Pro sotsialnyi dialoh v Ukraini [On Social Dialogue in Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 23 hrudnia 2010 r. № 2862-VI. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2011. № 28. St. 255 (in Ukrainian).
8. Pro vnesennia do Kodeksu zakoniv pro pratsiu Ukrainiskoi RSR zmin i dopovnen, poviazanykh z perebudovoiu upravlinnia ekonomikoiu [On Changes and Amendments to the Code of Labor Laws of the Ukrainian SSR with Regard to Reorganization of Economy Management]: ukaz Prezydii Verkhovnoi Rady Ukrainiskoi RSR [Decree of the Presidium of the Supreme Council of the Ukrainian SSR] vid 27 travnia 1988 r. № 5938-XI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5938-11>> (accessed: 14.02.2019) (in Ukrainian).
9. Pro zainiatist naseleennia [On Employment of the Population]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 5 lypnia 2012 r. № 5067-VI. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2013. № 24. St. 243 (in Ukrainian).
10. Proekt Trudovoho kodeksu Ukrainy [The Draft Labor Code of Ukraine] (reiestratsiinyi № 1658, tekst doopratsovanyi vid 24 lypnia 2017 r.) <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=532213> (accessed: 14.02.2019) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

11. Atamanchuk H, *Teoryya hosudarstvennoho upravlenyia [Theory of State Management]* (Omeha-L 2010) (in Russian).

Микола Іншин, Олег Ярошенко

12. Yaroshenko O, *Teoretychni ta praktychni problemy dzherel trudovoho prava Ukrainy* [Theoretical and Practical Issues of Labor Law Sources in Ukraine] (SPD FO Vapnyarchuk N M 2006) (in Ukrainian).

Edited books

13. Kostiuk V, 'Kodyfikatsiia trudovoho zakonodavstva u konteksti prav osib z invalidnistiu: problemy, novatsii ta perspektyvy' ['Codification of Labor Legislation in the Context of the Rights of Persons with Disabilities: Issues, Innovations and Prospects'] v *Aktualni problemy sotsialnoho prava: naukovo-praktychnyi posibnyk* [Topical Issues of Social Law: Scientific and Practical Guide], vyp 2 (2016) 87-92.
14. Yaroshenko O (nauk red), *Derzhava ta yii orhany yak sub'iekty trudovoho prava: teoretyko-prykladnyi narys* [The State and Its Bodies as Subjects of Labor Law: Theoretical and Application Essay] (Pravo 2014) (in Ukrainian).

Journal articles

15. Yaroshenko O, 'Deiaki pytannia systemy dzherel trudovoho prava Ukrainy' ['Some Issues of the System of Labor Law Sources of Ukraine'] (2006) 77 *Problemy zakonnosti* 43-8 (in Ukrainian).
16. – –, 'Do pytannia pro mistse maibutnoho Trudovoho kodeksu Ukrainy v systemi dzherel trudovoho prava' ['More on the Place of the Future Labor Code of Ukraine in the System of Labor Law Sources'] (2017) 6 *Pravo Ukrainy* 64-71 (in Ukrainian).
17. – –, 'Pro neobkhidnist kodyfikatsii trudovoho zakonodavstva Ukrainy' ['On the Need to Codify the Labor Legislation of Ukraine'] [2004] 1(36) *Visnyk Akademii pravnych nauk Ukrainy* 38-44 (in Ukrainian).
18. – –, 'Systema pravovykh aktiv pro pratsiu' ['System of Legal Acts on Labor'] [2002] 2(13) *Aktualni problemy derzhavnogo upravlinnia* 265-7 (in Ukrainian).

Dissertation

19. Yaroshenko O, 'Dzherela trudovoho prava Ukrainy' ['Sources of Labor Law of Ukraine'] (dys d-ra yuryd nauk, Nats yuryd akad Ukrainy im Ya Mudroho 2007) (in Ukrainian).
20. Zhyhalkin I, 'Systema pryntsyviv trudovoho prava v umovakh formuvannia novoi pravovoi doktryny Ukrainy' ['The System of Labor Law Principles in the Context of Formulating a New Legal Doctrine of Ukraine'] (dys d-ra yuryd nauk, Skhidnoukrain nats un-t im Volodymyra Dalia 2016) (in Ukrainian).

Mykola Inshyn
Oleg Yaroshenko

THE SYSTEM OF LABOR LAW SOURCES IN UKRAINE:
ON THE HARMONIOUS COMBINATION OF PRIVATE AND PUBLIC

ABSTRACT. An efficient system of public administration in the labor sector is capable of a prompt, accurate and effective response to the present-day challenges, social demands and problematic issues, and is a prerequisite for recovery of our State's economy and its successful participation in the European integration processes. The State policies should be formulated and implemented on the basis of universally recognized international legal standards in the relevant domain. For its part, efforts focused on assessing the State policies of Ukraine in the labor sector allow establishing the performance level of

www.pravoua.com.ua

public institutions, and the degree to which they satisfy the needs of employees as well as employers. Taking this into account, Book One “General Provisions” of the new Labor Code of Ukraine should include a separate chapter “The State Labor Policies” comprising the following articles: “The Goal of the State Labor Policies”; “The Main Objectives of the State Labor Policies”; “The Principles of the State Labor Policies”; “The Priorities of the State Labor Policies”; “Ways of Implementing the Priorities of the State Labor Policies”; “Subjects of the State Labor Policies”; “Mechanisms of Implementation of the State Labor Policies”; “Funding Sources of the State Labor Policies.”

The subject matter of labor law is less homogeneous than the subject matter of civil law since it comprises not only relations of a private nature but also, particularly, the relations with regard to supervision and control over compliance with labor legislation which have a pronounced public-law nature.

The new Labor Code of Ukraine should become the basic codified law on labor issues which would regulate the widest possible range of the relevant relations. After it is adopted, only those pieces of legislation should remain in force which, along with labor and related relations, regulate other social relations as well.

The contractual legal acts narrow down, detail and develop the general provisions of labor legislation with regard to the conditions of a certain employer. This is their main purpose. This method is flexible and dynamic and enables a prompt response to changes in the economic situation, with due regard for the specifics of development of separate regions, economy sectors, professions and this, in turn, determines the specifics of employment conditions for employees working in these regions, sectors, and in these professions. An increasing role which this type of legal regulation has on labor relations has an impact on the centralized legal regulation of labor. This is reflected in the increasing scope of social partnership and local regulations which expand and detail the provisions contained in the centralized act, thus entailing a decrease of the content of the latter.

KEYWORDS: sources of labor law; system; labor legislation; contractual legal acts in the labor sector; combination of private- and public-law regulation; employee; employer; labor rights and obligations.



Юрій Притика

доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
професор кафедри правосуддя
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(м. Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5992-1144>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/1052-2018>
law@cyrkon.kiev.ua

Наталія Василина

кандидат юридичних наук, доцент,
заслужений юрист України,
доцент кафедри правосуддя
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(м. Київ, Україна)
n.vasylyna@gmail.com



УДК 347.9

РОЗВИТОК ПРИВАТНИХ ЗАСАД У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

АНОТАЦІЯ. У статті досліджуються питання виокремлення та розвитку приватних засад у цивільному процесі.

Метою статті є розкриття питань співвідношення приватних і публічних засад у цивільному процесі. Пошук оптимального співвідношення приватних та публічних засад у цивільному процесі є основою для утворення адекватної суспільним потребам системи врегулювання спорів. Важливим при цьому є обґрунтування правильного розуміння цивільного процесу як форми не лише здійснення судочинства, а й інструменту захисту прав та інтересів юридичних і фізичних осіб, певної узгодженості їх волевиявлення на врегулювання цивільно-правового спору, що в результаті забезпечуватиме їх можливості та правомірність поведінки.

Сучасна філософія приватноправового регулювання у цивільному процесі пов'язана передусім із максимальною реалізацією принципів диспозитивності та рівності учасників справи, що зумовлює їхню активність, розширення можливостей впливу на динаміку цивільного процесу.

Нове розуміння ролі приватноправового регулювання у цивільному процесі пов'язане з більшою реалізацією принципів диспозитивності, змагальності, відмови від активної участі суду в процесі доказування, збільшення ролі нотаріату, альтернативних способів вирішення спорів, удосконалення системи приватноправової юрисдикції, що в комплексі сприяє підвищенню ефективності вітчизняної системи цивільної юрисдикції.

Змістом публічно-правових елементів у цивільному процесі є: забезпечення розгляду юридичної справи судом і врегулювання спірних матеріально-правових правовідносин шляхом ухвалення правозастосовного акта індивідуального характеру; гарантування дотримання та забезпечення обов'язкових стандартів справедливого судового розгляду, зокрема, права на доступ до суду, верховенства права, принципів правової визначеності та пропорційності.

Автори доходять висновку, що поєднання публічних і приватних засад є однією із головних тенденцій розвитку сучасного цивільного процесу, яка характеризує його як саморегульовану систему та визначає напрями оптимізації механізму забезпечення захисту прав (інтересів) громадян і юридичних осіб у порядку цивільного судочинства. Формами реалізації приватних засад у цивільному процесі є: прояв диспозитивності як принципу та методу цивільного процесу; реалізація приватних засад через розширення системи досудових, судових (судове примирення), позасудових і приватних альтернативних форм та методів врегулювання приватноправових спорів вирішення і врегулювання юридичних конфліктів та спорів; застосування процесуальних договірних конструкцій у цивільному процесі; існування різних механізмів вирішення спорів, юрисдикція яких розмежовується за допомогою застосування приватних засад; запровадження інституту судового контролю за компетенцією недержавних юрисдикційних органів.

Ключові слова: врегулювання спору; публічні та приватні засади; цивільний процес; цивільне судочинство; процесуальний договір; досудове врегулювання спору.

Поєднання публічних і приватних засад у цивільному процесі є відображенням сучасного етапу розвитку цієї галузі права, яке має своїм корінням історичні підходи до з'ясування сутності цивільної юрисдикції. Пошук оптимальних варіантів їх співвідношення дає можливість збалансувати інтереси держави та громадянина в системі здійснення правосуддя у цивільних (приватних) спорах і забезпечити ефективний захист прав та інтересів громадянина.

Метою дослідження є розкриття питань співвідношення приватних і публічних засад у цивільному процесі.

Сучасний цивільний процес уявляє собою складну інтегративну систему пов'язаних між собою елементів, серед яких посилюється вага та значення приватноправових механізмів регулювання суспільних відносин, які ґрунтуються на засадах децентралізації, координації, автономізації суб'єктів. Поява приватноправових елементів у процесі надає цивільному судочинству властивостей саморегульованої системи, в якій публічні засади формують базу системи, забезпечують її стабільність, а приватні – забезпечують її розвиток, адаптацію до сучасних потреб суб'єктів цивільного обороту. Приватні елементи цивільного процесу визначають систему побудови взаємовідносин між окремими особами, судом та іншими учасниками процесу.

Юрій Притика, Наталія Василина

Нове розуміння ролі приватноправового регулювання у цивільному процесі пов'язане з більшою реалізацією принципів диспозитивності, змагальності, відмови від активної участі суду в процесі доказування, збільшення ролі нотаріату, альтернативних способів вирішення спорів, удосконалення системи приватноправової юрисдикції, що в комплексі сприяє підвищенню ефективності вітчизняної системи цивільної юрисдикції.

Слід наголосити на тому, що приватне та публічне право є основою в правовому регулюванні суспільних правовідносин. Зокрема, зміни щодо обсягу та змісту суб'єктивних матеріальних прав, відповідно, вимагають корегування і форм їхнього захисту. Тому цивільний процес являє собою важливий елемент правового регулювання суспільних правовідносин.

Цивільний процес не слід зводити виключно до “цивільного судочинства” та “правосуддя”. На нашу думку, цивільне судочинство – це визначений цивільним процесуальним кодексом порядок розгляду та вирішення цивільних справ, форма правосуддя. Зі свого боку зміст правосуддя полягає у визначеному обсязі процесуальних прав та обов'язків суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин.

Водночас цивільний процес є формою захисту порушених, не визнаних, оспорюваних прав та інтересів, а також засобом врегулювання цивільно-правових спорів, що включає досудове, позасудове та альтернативне врегулювання спорів.

На думку С. Алексєєва, приватне право вважається таким саме тому, що ним закріплюється автономний, суверенний статус особистості та її свобода у вирішенні особистих, приватних справ¹.

Зокрема, позиція М. Коршунова полягає у тому, що проникнення приватного права до сфери публічних правовідносин може бути виправдано лише за умови, якщо воно не призводить до послаблення захисту громадських і державних інтересів, які потребують публічно-правового опосередкування².

Безумовно, погоджуючись із цією думкою, варто наголосити, що утвердження та розвиток приватних засад є важливою умовою розвитку громадянського суспільства, а отже, і демократії в державі.

На переконання Є. Суханова, приватне право є саме тією частиною об'єктивного права, що регулює взаємовідносини приватних осіб, які засновані на їхніх інтересах та реалізуються на їхню користь, при цьому

¹ С. Алексєєв, *Філософія права* (Норма 1998) 340.

² Н. Коршунов, *Конвергенція частного и публичного права: проблемы теории и практики* (Норма: ИНФРА-М 2011) 256.

зазначене регулювання здійснюється, перш за все, за допомогою правил диспозитивного або субсидіарного, а не імперативного характеру³.

Розглядаючи норми процесуального права, слід зазначити, що частина їх має приватноправову природу, оскільки вони регулюють відносини, пов'язані з приватним інтересом, і їх реалізують, у тому числі, приватні особи при зверненні до суду за захистом. Правовий вплив у цій сфері здійснюється завдяки засобам диспозитивного характеру, тобто вони спрямовують волевиявлення учасників цивільно-процесуальних відносин на обрання певного варіанта поведінки серед запропонованих альтернатив.

Водночас маємо наголосити, що приватноправові засади в цивільному процесі побудовані на певному узгодженні дій юридично рівних учасників справи, які реалізують власні (приватні) інтереси. Наприклад, примирення учасників справи в цивільному судочинстві допускається виключно за їхньою згодою.

Здійснюючи інституціональний аналіз змісту публічних та приватних складових цивільного процесу, варто зазначити, що правосуддя у цивільних справах, перш за все, являє собою владну діяльність юрисдикційних органів, спрямовану на застосування загальних нормативних приписів до конкретних приватноправових відносин через ухвалення правозастосовного акта індивідуального характеру. При цьому головний обов'язок суду як суб'єкта процесуальних правовідносин – забезпечити право особи на справедливий та публічний судовий розгляд справи в розумний строк. Публічні засади цивільного процесу України відтворюють міжнародний процесуальний публічний порядок, який створюють міжнародні стандарти, принципи, норми, що гарантують справедливий судовий розгляд. Таким чином, змістом публічно-правових елементів у цивільному процесі є: а) забезпечення розгляду юридичної справи судом та врегулювання спірних матеріально-правових правовідносин шляхом ухвалення правозастосовного акта індивідуального характеру; б) гарантування дотримання та забезпечення обов'язкових стандартів справедливого судового розгляду, зокрема, права на доступ до суду, верховенства права, принципів правової визначеності та пропорційності.

Зі свого боку приватні елементи цивільного процесу являють собою можливість учасників процесу самостійно, автономно, на свій розсуд та незалежно визначати юридично значущі умови здійснення процесуальних прав, а також можливість безперешкодно вступати в цивільні процесуальні відносини як вертикального, так і горизонтального характеру.

³ Е Суханов, *Гражданское право* (Волтерс Клувер 2006) 345.

Юрій Притика, Наталія Василина

Досліджуючи механізм взаємодії публічного та приватного в цивільному процесі, можна простежити певні закономірності, які характеризують це складне явище. Аналіз основних інститутів цивільного процесу дає можливість говорити про те, що в більшості процесуальних інститутів відбувається поєднання публічних і приватних засад, але ступінь привілеювання одних над іншими є різним, наприклад, приватні диспозитивні елементи яскраво проявляються на етапі ініціювання провадження у справі, і є мінімальними на стадії ухвалення судового рішення. Принцип змагальності як механізм реалізації ініціативи учасників провадження, спрямований на досягнення приватних інтересів, зокрема, задоволення матеріально-правової вимоги позивача, є також проявом такого поєднання.

З огляду на зазначене виникає запитання: у яких сферах сучасного цивільного процесу активно проявляється приватна складова? Одним із сучасних напрямів застосування приватних засад у цивільному процесі є запровадження можливості врегулювання спору за участю судді. Судова концепція інституту примирення сторін у цивільному процесі розглядає примирення як певне процесуальне явище, що регулюється цивільними процесуальними нормами права. Прибічники такого підходу, наприклад О. Михайлов, тлумачать примирення як сукупність процесуальних дій, спрямованих на припинення провадження у справі. Крім того, вони звертають увагу на ту обставину, що норми, які регулюють примирення сторін як певний процес, містяться у Цивільному процесуальному кодексі України (далі – ЦПК України)⁴, а тому і зміст примирення лежить ближче саме до процесуальної площини⁵.

Зазначене є прикладом існування приватних засад у цивільному процесі з огляду на те, що саме по собі звернення до суду є актом, який спрямований на необхідність вжиття заходів захисту суб'єктивних прав та інтересів заінтересованої особи до органів державної влади, а отже, з моменту відкриття судом провадження у цивільній справі питання примирення сторін перестає бути повністю приватною справою цих осіб і набуває публічних рис внаслідок такого звернення. На цьому етапі примирення сторін без прийняття остаточного рішення у справі ще можливе, та навіть з точки зору процесуальної економії доцільне, проте всі подальші дії щодо цього спору, перш за все, підпорядковуються вимогам норм процесуального законодавства та здійснюються у визначеному цими нормами порядку.

www.pravoha.com.ua

⁴ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#n7058>> (дата звернення: 19.11.2018).

⁵ О Михайлов, 'Ознаки примирення сторін у справах адміністративної юрисдикції' (2007) 35 Актуальні проблеми держави і права 300-4.

Останнім часом ця позиція значно посилилася у зв'язку із внесенням змін до ЦПК України та закріплення у ньому порядку врегулювання спору за участю судді, що мало наслідком врегулювання нормами цивільного процесуального права окремої судової процедури примирення. Такі нововведення варто вважати значним кроком вперед у правовому регулюванні інституту примирення сторін у цивільному процесі, а також вони сприяють виокремленню цього інституту як самостійного системного утворення у межах галузі цивільного процесуального права.

На підтримку судової концепції інституту примирення варто зазначити, що у процесуальній науці примирення сторін вважається одним із завдань підготовчого засідання у відповідному провадженні, а також завданням усього процесу загалом.

Таким чином, можна стверджувати, що процесуально-правовий підхід до визначення приналежності інституту примирення сторін базується на тому, що оскільки примирення сторін є сукупністю дій, а отже, являє собою певну процедуру, то воно є процесуальним явищем, існує лише в межах цивільного процесу та врегульовано цивільними процесуальними нормами.

Зазначимо, що процедура врегулювання спору за участю судді є лише однією із доступних для сторін процедур примирення. Диспозитивність волевиявлення учасників справи виявляється у їхньому праві скористатися й іншими передбаченими процесуальним законодавством можливостями для примирення.

Так, положення статей 206 та 207 ЦПК України закріплюють можливість сторін примиритися між собою на будь-якій стадії процесу. Факт такого примирення може відобразитися у заяві позивача про відмову від позову, у заяві відповідача про визнання позову або у поданій сторонами на затвердження мировій угоді.

Як вже зазначалося, результат процедури примирення є класичним прикладом двосторонньої монополії учасників справи. Так, позивач може дійти згоди лише з відповідачем, а відповідач, відповідно, – лише з позивачем. При цьому кожна зі сторін має на меті отримати більші переваги саме на власну користь шляхом проведення переговорів, що, зі свого боку, вигідно відрізняє таку форму вирішення конфлікту перед судовим розглядом.

Конвергенція приватної складової знайшла своє втілення у низці норм ЦПК України, які гарантують свободу в укладенні процесуальних договорів. Отже, одним із проявів розвитку приватних засад у цивільному процесі є активне залучення механізмів договірного регулювання процесуальних відносин. Це, зокрема, пов'язано з тим, що розвиток сучасного

Юрій Притика, Наталія Василина

цивільного процесу свідчить про перехід до більш гнучкого регулювання диспозитивними нормами, застосування принципу співробітництва між сторонами та судом, розширення застосування автономії волі.

Усталеним є постулат про те, що принцип свободи договору є головною засадою у регулюванні приватних відносин. Суб'єкти приватного права самостійно вирішують, чи будуть вони укладати договір, на яких умовах, можуть його змінити або припинити. Отже, свобода договору корелюється зі справедливістю та ефективністю. Ефективність проявляється у тому, що угода, яка розроблена на рівних інформованими сторонами, буде для них максимально вигідною, що є головною гарантією її дотримання⁶.

Принцип свободи укладення договору також проявляється у можливості укладати правочини, які не передбачені законом, якщо вони відповідають загальним підставам дійсності правочинів. Беззаперечним є те, що договір є головним джерелом регулювання приватних матеріальних відносин.

Натомість у регулюванні процесуальних відносин, зокрема судового розгляду, превалює дещо інший підхід, при якому імперативні норми відіграють суттєвішу роль у цьому процесі. Водночас певні елементи договірного регулювання, можливість вільно розпоряджатися процесуальними правами притаманні позовному провадженню. Вони проявляються у його диспозитивних і змагальних засадах, які є похідними від диспозитивності відносин, що становлять предмет позову. Обсяг диспозитивних норм і розуміння змагальності в цивільному процесуальному праві різних правових систем значно різняться.

Цивільне судочинство США та інших країн загального права побудовано на більш рельєфно вираженій змагальній моделі, для якої характерний поділ на стадії надання доказів сторонами, їх оцінки судом та прийняття ним рішення. У цій моделі сторони наділені широкими процесуальними можливостями для надання доказів, дослідження обставин справи на підготовчих стадіях і в судовому засіданні. Суд на цьому етапі виконує функції арбітра, який керує розвитком провадження, здійснюючи кейс-менеджмент. Основне завдання суду – ухвалити рішення на базі зібраних, наданих та досліджених сторонами матеріалів. Як зазначає А. Патерсон: 'Суддя подібно до спортивного рефері, повинен слідкувати за дотриманням правил чесних змагань, але в поєдинок він втручатися не має права'⁷.

www.pravo.ua.com.ua

⁶ C von Bar and E Clive and H Schulte-Nölke and other, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, Outline Edition* (European law publishers 2009) 456 p.

⁷ A Paterson and T Bates and M Poustie, *The Legal System of Scotland* (1999) 140.

Така модель процесу сприяє широкому використанню приватноправових засобів регулювання. Відповідно до Федеральних правил цивільного процесу консенсуальні конструкції проявляються, зокрема, в можливості адвокатів сторін погодити місце, час попереднього допиту сторін та свідків, порядок надання і розкриття доказів (пункти 30, 31)⁸.

Цивільне судочинство країн континентальної системи цивільного процесу також будується на змагальних засадах, але з наділенням судів більшою кількістю повноважень на різних стадіях процесу, що визначає активнішу роль суду. Як приклад можна навести положення Цивільного процесуального кодексу Франції, які регулюють заходи з перевірки доказів. Так, суд наділяється правами: перевірити факти, від яких залежить вирішення спорів (ст. 143); вжити заходів із перевірки доказів (ст. 144) під контролем судді або ним самим (ст. 155)⁹.

Таким чином, новітнє цивільне процесуальне законодавство Франції, хоча й меншою мірою, ніж процесуальне законодавство країн загального права, але також допускає застосування договірних засад у процесі, особливо в процедурах примирення та медіації.

Більш ліберальний підхід до застосування процесуального договору демонструє законодавство та судова практика Німеччини. Німецька доктрина визначає дві основні групи процесуальних договорів: перша безпосередньо передбачена у Цивільному процесуальному уложенні Німеччини, до неї, зокрема, належать: угоди про підсудність (§ 38); арбітражні угоди (§ 1032, абзац 3 § 1042); угоди про спосіб і розмір забезпечення (абзац 1 § 108)¹⁰, та друга, яка склалася та визнається у судовій практиці: угоди про відмову від позову; угоди про відмову від оскарження; угоди про проведення модельного процесу з поширенням його на аналогічні провадження та ін.¹¹

У реформуванні цивільного процесуального законодавства України останніх років спостерігається тенденція до розширення диспозитивних і змагальних засад судочинства, зокрема за допомогою розширення можливостей договірної регулювання відносин, пов'язаних зі здійсненням правосуддя. Так, наприклад, процесуальне законодавство та судова практика України передбачає можливість укладення різноманітних процесуальних угод (договорів), зокрема, у вигляді мирових угод (позасудових та судових), третейських (арбітражних) угод, пророгаційних угод (угод

⁸ Federal Rules of Civil Procedure (Michigan Legal Publishing Ltd.; 2018 edition) 180.

⁹ В Захватаев, *Гражданский процессуальный кодекс Франции* (Алерта 2018) 544.

¹⁰ Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung. Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz in Zusammenarbeit mit der juris GmbH <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>> (accessed: 18.11.2018).

¹¹ G Wagner, *Prozessverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht* (Mohr Siebeck 1998) 849.

Юрій Притика, Наталія Василина

про підсудність), медіаційних угод, угод про інший досудовий порядок врегулювання спору.

Крім цього, приватні засади проявляються у можливості врегулювання спору за участю судді, яке відбувається за згодою сторін до початку розгляду справи по суті (ч. 1 ст. 201 ЦПК України), а також у тому, що обставини, які визнаються учасниками справи, не підлягають доказуванню, якщо суд не має обґрунтованого сумніву щодо достовірності цих обставин або добровільності їх визнання (ч. 1 ст. 82 ЦПК України).

Звертаючись до питання про те, що являє собою процесуальний договір і чи правомірно взагалі говорити про існування договорів та угод у процесуальному праві, слід зазначити, що у процесуальному законодавстві немає визначення поняття процесуального договору. У науці цивільного процесуального права трапляються різноманітні визначення процесуального договору, під яким розуміються: угода, предметом якої є процесуальні дії учасників процесу, що сприяє перебігу процесу і здійсненню судочинства і допускається нормами процесуального законодавства; договір, головний безпосередній вплив якого здійснюється у процесуальній сфері; узгоджена воля осіб про досягнення безпосереднього процесуально-правового результату; узгоджене взаємне волевиявлення сторін, яке спрямоване на регулювання процесуального статусу; угода сторін про здійснення процесуальних повноважень; договір про процесуально правові наслідки; угода, що безпосередньо змінює процесуальну ситуацію або встановлює певну модель поведінки сторін в існуючому або можливому судовому провадженні¹².

На нашу думку, процесуальний договір являє собою угоду учасників процесуальних правовідносин, спрямовану на досягнення процесуальних наслідків щодо формування порядку розгляду і вирішення їх спору або самої процедури розгляду такого спору, або щодо результатів вирішення спору. Такий договір породжує особливі процесуальні відносини або процесуальні правила та поєднує в собі матеріальні й процесуальні елементи.

Розширення диспозитивних засад регулювання цивільних процесуальних правовідносин також може вважатися проявом приватної складової. Дослідження диспозитивності в цивільному процесі на науковому рівні активно ведеться вже багато років. Диспозитивність – головний рушій цивільного процесу як саморегулюючої системи, яка характеризується тим, що процесуальні правовідносини виникають, змінюються та припиняються, головним чином, за ініціативою безпосередніх

www.pravoha.com.ua

¹² Н Елисеєв, 'Договорное регулирование гражданских и арбитражных процессуальных отношений' (дис д-ра юрид наук, "Московский государственный институт международных отношений (университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации" 2016) 481.

учасників спірних матеріальних правовідносин. У межах провадження у справі в суді учасники спірних матеріальних правовідносин можуть розпоряджатися процесуальними правами і така можливість реалізується за допомогою суду.

Разом із широким закріпленням диспозитивних засад у нормах цивільного процесуального права, процесуальне законодавство містить певні імперативні обмеження диспозитивності, коли закон відкидає можливість здійснення суб'єктом процесуальних відносин певних юридичних дій на свій розсуд. ЦПК України містить правила, відповідно до яких здійснення диспозитивних прав ставиться у залежність від волі іншого суб'єкта процесуальних відносин, а також правила, які передбачають обмеження диспозитивності судом.

Сутність диспозитивності як правового явища проявляється через такі головні ідеї: особистої автономії; пов'язаності суду з волевиявленням сторін; свободи розсуду сторони при використанні процесуальних ресурсів, спрямованих на отримання судового захисту; підвищення активності сторін у процесі захисту; поліморфізму (використання спрощених процесуальних форм); диференціації судових процедур¹³.

Отже, реалізація диспозитивності в цивільному процесі має на меті забезпечення ефективного системного саморегулювання там, де це виправдано з точки зору досягнення завдань цивільного судочинства та створення розумного балансу загальних і приватних інтересів.

Цивільний процес є складною системою пов'язаних між собою елементів, посилення деяких із яких вимагає контролю з боку інших з метою забезпечення рівноваги поєднання публічного і приватного. Одним із таких механізмів є судовий контроль за компетенцією недержавних юрисдикційних органів, який реалізується у провадженнях у справах про оскарження рішень третейських судів, оспорування рішень міжнародних комерційних арбітражів та в провадженнях у справах про надання дозволу на примусове виконання рішень третейських судів, а також у провадженнях про визнання та надання дозволу на виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу.

В Україні все більшого розповсюдження набуває практика використання для вирішення приватних спорів різноманітних альтернативних позасудових методів врегулювання правових конфліктів (медіація, консиліація, незалежна експертиза обставин справи, медіація-арбітраж тощо). У багатьох розвинутих країнах використання таких приватних форм вирішення та врегулювання конфліктів, вільних від публічних за-

¹³ А Андрушко, 'Принцип диспозитивності цивільного процесуального права України' (дис канд юрид наук, Київський національний ун-т ім Тараса Шевченка 2002) 201.

Юрій Притика, Наталія Василина

сад, призвело до зменшення звернень до судів, а отже, до розвантаження судової системи. Така ситуація пояснюється певними перевагами як юридичного, так і економічного характеру. Головним критерієм у виборі альтернативних способів захисту прав та інтересів є економічна ефективність, а відправною точкою для пошуку альтернативи – приватні інтереси сторін.

Висновки. Поєднання публічних і приватних засад є однією із головних тенденцій розвитку сучасного цивільного процесу, яка характеризує його як саморегульовану систему та визначає напрями оптимізації механізму забезпечення захисту прав (інтересів) громадян і юридичних осіб у порядку цивільного судочинства. Формами реалізації приватних засад у цивільному процесі є: прояв диспозитивності як принципу та методу цивільного процесу; реалізація приватних засад через розширення системи досудових, судових (судове примирення), позасудових і приватних альтернативних форм та методів врегулювання приватноправових спорів вирішення і врегулювання юридичних конфліктів та спорів; застосування процесуальних договірних конструкцій у цивільному процесі; існуванні різних механізмів вирішення спорів, юрисдикція яких розмежовується за допомогою застосування приватних засад; запровадження інституту судового контролю за компетенцією недержавних юрисдикційних органів.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung. Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz in Zusammenarbeit mit der juris GmbH <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ZPO.pdf>> (accessed: 18.11.2018) (in German).
2. Tsyvilnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [The Code of Civil Procedure of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 18 bereznia 2004 r. № 1618-IV <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#n7058>> (accessed: 19.11.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

3. Bar C von and Clive E and Schulte-Nölke H and ather, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, Outline Edition* (European law publishers 2009) (in English).
4. Paterson A and Bates T and Poustie M, *The Legal System of Scotland* (1999) (in English).
5. Wagner G, *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht* (Mohr Siebeck 1998) (in German).

6. Alekseev C, *Filosofija prava [Philosophy of Law]* (Norma 1998) (in Russian).
7. Korshunov N, *Konvergencija chastnogo i publichnogo prava: problemy teorii i praktiki [Convergence of Private and Public Law: Issues of Theory and Practice]* (Norma: INFRA-M 2011) (in Russian).
8. Suhanov E, *Grazhdanskoe pravo [Civil Law]* (Volters Kluver 2006) (in Russian).
9. Zahvataev V, *Grazhdanskij processual'nyj kodeks Francii [The Code of Civil Procedure of France]* (Alerta 2018) (in Russian).

Edited books

10. *Federal Rules of Civil Procedure* (Michigan Legal Publishing Ltd, 2018 edition) (in English).

Journal articles

11. Mykhailov O, 'Oznaky prymyrennia storin u spravakh administratyvnoi yurysdyktsii' ['Signs of Reconciliation of the Parties in Administrative Jurisdiction Cases'] (2007) 35 Aktualni problemy derzhavy i prava 300-4 (in Ukrainian).

Dissertation

12. Eliseev N, 'Dogovornoe regulirovanie grazhdanskih i arbitraznykh processual'nykh otnoshenij' ['Agreement-Based Regulation of Civil and Arbitration Procedural Relations'] (dis d-ra jurid nauk, "Moskovskiy gosudarstvennyy institut mezhdunarodnykh otnosheniy (universitet) Ministerstva inostrannykh del Rossiyskoy Federatsii" 2016) (in Russian).
13. Andrushko A, 'Pryntsyp dyspozytyvnosti tsyvilnoho protsesualnoho prava Ukrainy' ['The Dispositivity Principle of Civil Procedural Law of Ukraine'] (dys kand yuryd nauk, Kyivskiy natsionalnyi un-t im Tarasa Shevchenka 2002) (in Ukrainian).

Yuriy Prytyka
Nataliia Vasylyna

DEVELOPMENT OF PRIVATE PRINCIPLES IN THE CIVIL PROCEDURE

ABSTRACT. The article investigates the issues of singling out and developing private principles in the civil procedure.

The purpose of the article is to elaborate on the correlation of private and public principles in the civil procedure. The search for an optimal balance between private and public principles in the civil procedure is the basis for creating a system of dispute settlement which would be adequate to public needs. From this perspective, it is important to provide a proper justification for the correct understanding of the civil procedure not only as a form of administration of justice, but also a tool to protect the rights and interests of legal entities and individuals and a certain consistency of their will to settle a civil dispute, which ultimately will make possible the exercise of their capabilities and the legitimacy of behavior.

The modern philosophy of private-law regulation in the civil procedure is primarily associated with the utmost implementation of the principles of dispositivity and equality of participants to a case which determines their activity and expands the ability to influence the dynamics of the civil procedure.

Юрій Притика, Наталія Василина

A new understanding of the role which private-law regulation has in the civil procedure involves a wider implementation of the principles of dispositivity, adversarialism, refusal from active participation of a court in the evidentiary process, an increased role of notaries, alternative ways of dispute resolution, improvement of the private-law jurisdiction system, and this, in the aggregate, contributes to the enhancement of efficiency of the national civil jurisdiction system.

The public-law elements have the following content in the civil procedure: ensuring that a legal case is considered by a court and the disputed relations under substantive law are settled by passing an individual law application act; ensuring that mandatory standards of fair trial, in particular, the right of access to court, the rule of law, the principles of legal certainty and proportionality are complied with and implemented.

The authors reach the conclusion that combination of public and private principles is one of the main trends in the development of modern civil procedure which characterizes it as a self-regulating system and determines the directions in which the mechanism of protection of the rights (interests) of citizens and legal entities in civil proceedings should be optimized. Private principles may be implemented in the civil procedure in the following forms: manifestation of dispositivity as a principle and method of the civil procedure; implementation of private principles through the expansion of the system of pre-trial, court (mediation), out-of-court and private alternative forms and methods for settlement of private-law disputes, resolution and settlement of legal conflicts and disputes; use of procedural agreement-based structures in civil proceedings; availability of different dispute resolution mechanisms having the jurisdiction which is delimited through the application of private principles; introduction of the institution of judicial control over the competence of non-state jurisdictional bodies.

KEYWORDS: dispute settlement; public and private principles; civil procedure; civil proceedings; procedural agreement; pre-trial dispute settlement.

IV. Доктрина приватного права у зарубіжних країнах та Європейському Союзі

DOI: 10.33498/ЮФУ-2019-02-175



Майдан Сулейменов

доктор юридичних наук, професор,
академік НАН Республіки Казахстан,
директор Науково-дослідного інституту приватного права
Каспійського університету
(м. Алмати, Республіка Казахстан)
kou.kz@mail.ru

УДК 341(574)

ДОКТРИНА ПРИВАТНОГО ПРАВА У КАЗАХСТАНІ: СТАНОВЛЕННЯ, ПРОБЛЕМИ, ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ*

АНОТАЦІЯ. Останнім часом доктрина приватного права у Казахстані піддається серйозним випробуванням, зумовленим вторгненням у її сферу неприйнятних ідей та теорій. У ній завжди заперечувався дуалізм приватного права. Власне, процес розробки проекту Підприємницького кодексу Казахстану (ПК Казахстану) продемонстрував усю недолугість самої ідеї та неможливість створити повноцінний та ефективно функціонуючий Кодекс.

Головним досягненням автора та його колег визначено те, що розробники проекту ПК Казахстану відмовилися від атак на Цивільний кодекс Казахстану та визнали, що горизонтальні відносини, які ґрунтуються на принципі рівності сторін, не можуть регулюватися одночасно двома кодексами. Тепер ПК Казахстану регулює відносини по вертикалі, відносини між державою та підприємцем (що чітко виражено у преамбулі).

Автором доведено, що у ПК Казахстану наявні глави та розділи, які не мають регулятивного характеру – відносини, про регулювання яких ідеться, насправді регулюються спеціальними законами, тому всі ці глави є абсолютно бланкетними та декларативними. Єдиним позитивним моментом ПК Казахстану є те, що він визнає регулювання цивільно-правових відносин цивільним законодавством.

У статті автор висловив такі пропозиції: 1) скасувати ПК Казахстану, прийняти Закон про підприємництво та “відпустити” решту законів, включених до ПК Казахстану, на свободу; 2) виключити з ПК Казахстану глави, які не мають змістовного навантаження, є декларативними та бланкетними; 3) виключити з ПК Казахстану норми, що регулюють цивільно-правові відносини.

Автор звертає увагу на проблему імплементації норм англійського права до казахстанського законодавства. Досліджено тенденції розвитку цивільного законо-

* Переклад із російської мови О. Красненко.

© Майдан Сулейменов, 2019

Майдан Сулейменов

давства Республіки Казахстан, розглянуто принципи приватного права у Європейському Союзі та Казахстані.

Розглянуто питання імплементації окремих положень європейського приватного права (переддоговірна відповідальність, застереження про незмінність обставин, договірна відповідальність).

За результатами проведеного дослідження автор доходить висновку про те, що подальший розвиток цивільного законодавства у Казахстані тісно пов'язаний зі сприйняттям кращих взірців європейського приватного права. Водночас, на думку автора, не слід відмовлятися і від використання деяких інститутів англійського права, які можна трансформувати у конструкції, притаманні континентальному праву.

Ключові слова: приватне право; цивільне право; підприємницьке право; господарське право; Цивільний кодекс Республіки Казахстан; Підприємницький кодекс Республіки Казахстан; Цивільний кодекс України; дуалізм приватного права.

За довгі роки радянської влади казахстанське цивільне право було частиною радянського права і йшло у фарватері російської доктрини, біля витоків якої стояла німецька правова доктрина.

Після здобуття незалежності в 1990 р. перед казахстанським приватним правом став вибір, яким шляхом розвиватися. Він був ще складнішим, оскільки у ролі іноземних радників виступали переважно американські юристи, які намагалися нав'язати нам принципи англосаксонського права.

Нам вдалося зберегти континентальний характер вітчизняного права. І велику роль у цьому відіграла робота над Модельним цивільним кодексом країн Співдружності Незалежних Держав (далі – Модельний ЦК), у якій значну допомогу надали голландські й німецькі юристи. Робота над Модельним ЦК сприяла зближенню позицій учених пострадянських країн і збереженню принципів та понять континентальної системи права.

Таким чином, ми прийняли Цивільний кодекс Республіки Казахстан (далі – ЦК Казахстану) (Загальна частина) 27 грудня 1994 р. і ЦК Казахстану (Особлива частина) 1 червня 1999 р. ЦК Казахстану був повністю заснований на принципах континентальної системи права. Решта цивільного законодавства, яке теж розробила група цивілістів під моїм керівництвом (понад 70 законів), також цілком перебувала у межах континентальної системи права (передусім німецького).

Проблеми

На жаль, проблеми в розвитку доктрини приватного права виникають найчастіше не з вини учених-цивілістів. Важко назвати внеском у доктрину приватного права твердження, що в Казахстані існував поділ недійсних правочинів на нікчемні та оспорювані, тоді як це прямо суперечило ЦК Казахстану, який не дозволяв це до 2015 р. Таке твердження суперечило й доктрині недійсних правочинів, розробленій у Казахстані

www.pravo.ua.com.ua

Ю. Басіним, який категорично заперечував поділ правочинів на нікчемні та оспорювані. Відповідно до цієї доктрини всі недійсні правочини в ЦК Казахстану були закріплені як оспорювані.

Важко також визнати внеском у доктрину твердження, що у нас є *culpa in contrahendo* (переддоговірна відповідальність), або пропозицію виключити зі ст. 8 ЦК Казахстану, яка присвячена здійсненню цивільних прав, норму про відмову в захисті права при порушенні принципу добросовісності.

Подібні твердження не такі нешкідливі як здається. Річ у тому, що подібні вигадки практичні працівники, зокрема судді, нерідко беруть за основу своїх рішень.

Але це досить дрібні, хоч і болісні “укуси”. Набагато серйозніша ситуація, коли ідеї, які суперечать доктрині цивільного права, а іноді й здоровому глузду, починають розвивати і втілювати в життя чиновники.

В останні роки доктрина цивільного права в Казахстані піддається серйозним випробуванням, які викликані вторгненням у її сферу чужих ідей і теорій.

Назву деякі з них.

Підприємницький кодекс Республіки Казахстан

У доктрині цивільного права Казахстану завжди заперечувався дуалізм приватного права. Підприємницьке право або не визнавалося галуззю права (Ю. Басін), або визнавалося комплексною галуззю права, яка підпорядкована і похідна від цивільного та адміністративного права (М. Сулейменов). Але ніхто з цивілістів ніколи не пропонував прийняти Підприємницький кодекс. Одну таку спробу зробив іноземний радник віце-прем'єра Н. Шайкенова – американець К. Осаке, але ми з Ю. Басіним не дали їй шансу на життя.

Тому Підприємницький кодекс Республіки Казахстан (далі – ПК Казахстану) з'явився у Казахстані раптово. Для цього не було жодних передумов, крім амбіцій одного чиновника. На відміну від Росії та України, де за радянських часів сформувалися потужні школи господарського права на чолі з академіком АН СРСР В. Лаптевим й академіком АН України В. Мамутовим, у Казахстані взагалі були відсутні прихильники господарського права. Проте в Росії не вдалося реалізувати ідею прийняття Підприємницького кодексу, незважаючи на численні спроби. В Україні В. Мамутову вдалося за допомогою своїх прихильників у Верховній Раді України “протягнути” Господарський кодекс, але за 15 років існування він довів свою непридатність і шкідливість для регулювання підприємницької діяльності.

І завжди при пропаганді ПК Казахстану господарники обманювали підприємців, що цей кодекс звільнить їх від необхідності шукати розрізнені нормативні акти, оскільки всі норми про підприємництво будуть зібрані в одному місці. Це, звичайно, неможливо, що прекрасно демонструє чинний Господарський кодекс України (наскрізь відсильний) і проект Підприємницького кодексу Російської Федерації (точно такий самий).

Цю “казку” про єдиний законодавчий акт я знову почув на засіданні Ради з правової політики при Президентові Республіки Казахстан, де обговорювалася Концепція проекту Підприємницького кодексу. Я сказав на засіданні, що якщо об’єднати всі закони в одному кодексі, це буде навіть не 40 тис., а 400 тис. статей. Й отримав відповідь: нехай буде 400 тис., зате підприємець зможе все знайти в одній багатотомній книзі. Спочатку так і було задумано.

У першому варіанті концепції кодексу планувалося скасувати близько 50 законів, охопити від ЦК Казахстану одну третину, від інших кодексів теж неабиякі шматки. Нічого путнього з цього, звичайно, не вийшло. Адже щоб зібрати воедино все, що відноситься до підприємницької діяльності, треба було включити в проект ПК Казахстану практично всі закони, що регулюють економічні відносини, зокрема: Податковий кодекс, Митний кодекс, закони про банки, страхування, ліцензування, державне майно, акціонерні товариства (далі – АТ), товариства з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ), виробничі кооперативи і багато-багато інших. Навіть Кодекс про адміністративні правопорушення та Кримінальний кодекс повинні були віддати розділи, які регулюють відповідальність за порушення у сфері підприємницької діяльності.

Спочатку розробники так і хотіли зробити. Тільки хто ж їм це дасть? Невже Міністерство фінансів віддасть Податковий кодекс? Або Національний банк – закони про банки і про страхування? і т. д.

Цивілісти теж доклали всіх зусиль, щоб відстояти ЦК Казахстану. Зокрема, нами була підготовлена книга “Підприємницький кодекс як знаряддя розвалу правової системи Казахстану”¹. У цій книзі були зібрані статті зірок російської, німецької та української цивілістики (О. Іоффе, В. Яковлев, А. Маковський, Е. Суханов, Р. Кніпер, Л. Чантурія, Н. Кузнецова), а також статті казахстанських цивілістів із різкою критикою ідеї прийняття ПК Казахстану. Цю книгу я розіслав усім депутатам Парламенту і членам уряду, а також в апарат Президента Республіки Казахстан.

¹ М Сулейменов (отв ред), *Предпринимательский кодекс как орудие развала правовой системы Казахстана: сборник статей* (2011).

Процес розробки проекту ПК Казахстану показав всю міць самої ідеї і неможливість створити повноцінний та ефективно працюючий Кодекс.

Всього було 7 чи 8 проектів ПК Казахстану. І з кожним наступним варіантом проект худнув, оскільки від нього “відвалювалися” закони, які розробники хотіли включити в ПК Казахстану, але їм цього не дали зробити могутні міністерства й відомства. В одному з варіантів у ньому було всього 57 статей. Я стежив за всіма цими зигзагами до п’ятого варіанту, активно критикував, потім кинув це заняття, оскільки проект сам по собі вироджувався.

Головне, чого нам вдалося досягти, – це те, що розробники відмовилися від атак на ЦК Казахстану і визнали, що горизонтальні відносини, засновані на принципі рівності сторін, не можуть регулюватися одночасно двома кодексами.

Тепер ПК Казахстану регулює відносини по вертикалі, відносини між державою і підприємцем. Це чітко виражено в преамбулі кодексу:

Цей Кодекс визначає правові, економічні та соціальні умови й гарантії, що забезпечують свободу підприємництва в Республіці Казахстан, регулює суспільні відносини, що виникають у зв’язку із взаємодією суб’єктів підприємництва і держави, в тому числі державним регулюванням і підтримкою підприємництва².

У пункті 2 ст. 1 ПК Казахстану закріплюється:

<...> товарно-грошові та інші засновані на рівності учасників майнові відносини, а також пов’язані з майновими особисті немайнові відносини регулюються цивільним законодавством Республіки Казахстан³.

У результаті “кістяк” ПК Казахстану становлять шість скасованих законів. Один із них – Закон про приватне підприємництво – власне, і був основою ПК Казахстану. Решта п’ять законів – це ті, що вдалося вирвати з величезного блоку законів, які регулюють підприємницькі відносини.

Набір суто випадковий, і якщо прибрати якісь із законів, або навіть всі з них – нічого не зміниться.

Основний закон, який надав значущість ПК Казахстану, – це Закон про державний контроль і нагляд. Завдяки включенню його в ПК Казахстану розробникам вдалося включити зміни в десятки законодавчих актів. Ці зміни зводяться до однієї фрази: “Перевірки здійснюються

² Предпринимательский кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 г. № 375-V ЗПК <https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38259854#pos=4900;19> (дата звернення: 12.02.2019).

³ Там само.

відповідно до Підприємницького кодексу”. Перевірки і контроль поряд із державною підтримкою – ось на чому тримається ПК Казахстану.

Замість скасованих законів включені: розділ 4 ПК Казахстану “Економічна конкуренція” (проте Закон про природні монополії не включений, що означає розрив єдиних відносин); глава 24 “Державна підтримка індустріально-інвестиційної діяльності”; глава 25 “Державна підтримка інвестиційної діяльності”; параграф 2 глави 2 “Суб’єкти індивідуального підприємництва” (статті про селянське господарство).

Причому замість повноцінних законів вставляються усічені глави або низка статей, насмиканих із цих законів. Наприклад, замість Закону про селянське або фермерське господарство, який чудово працює, у ПК Казахстану включено кілька статей (статті 41–49).

Але це працюючі частини ПК Казахстану. Однак є глави і розділи, абсолютно даремні і непрацюючі.

Річ у тому, що відносини, про регулювання яких ідеться у цих розділах, насправді регулюються спеціальними законами, тому всі ці глави є наскрізь відсильними і декларативними.

Це глава 9 “Дозвіл і повідомлення” (сім статей). Є спеціальний Закон від 16 травня 2014 р. “Про дозволи і повідомлення” (53 статті і 3 додатки).

Це глава 10 “Технічне регулювання” (три статті). Є Закон від 8 листопада 2004 р. “Про технічне регулювання”.

Це глава 12 “Обов’язкове страхування” (три статті). Ці питання вирішені у ЦК Казахстану й окремих законах про обов’язкове страхування.

Марною є глава 27 “Форми і способи захисту прав суб’єктів підприємництва”. Нічого нового вона не вносить, всі ці питання давно вирішені в Цивільному процесуальному кодексі, законах про медіацію і про арбітраж. Але шкоди вона заподіяти може, оскільки відмінності у формулюваннях можуть призвести до неправильного регулювання і тлумачення.

Єдина глава, яка вводить реальне нововведення, – це глава 28 ПК Казахстану. Вона присвячена створенню державних органів, які будуть захищати й оберігати підприємців, обростаючи при цьому значним бюрократичним апаратом. З’являються два таких органи: Уповноважений із захисту прав підприємців, який призначається на посаду Президентом Республіки Казахстан, та Інвестиційний омбудсмен, який призначається на посаду Урядом Республіки Казахстан.

Як ви вважаєте, чи зміниться що-небудь, якщо раптом зникне ПК Казахстану і знову з’являться ті закони, які він скасував? На мою думку, ніхто цього не помітить.

Уповноважений із захисту прав підприємців може бути створений Указом Президента Республіки Казахстан, Президенту для цього не потрібно санкціонування законом. Тим більше, що ці функції могла б здійснювати Національна палата підприємців, що збирає внески з усіх підприємців і має величезний адміністративний апарат. Для чого створювали Національну палату підприємців, якщо не для захисту прав підприємців? На мою думку, ефективність прийняття нового закону не можна зводити тільки до створення чергового державного органу.

З викладеного може скластися враження, що ПК Казахстану – це даремний і нешкідливий закон. Щодо першого – це точно, але щодо другого виникають певні побоювання. Певні складнощі із застосуванням ПК Казахстану можуть виникнути.

Єдиним позитивним моментом ПК Казахстану є те, що він декларує, що цивільно-правові відносини регулюються цивільним законодавством. Однак цієї декларації часто не дотримуються. У кодексі багато норм, які є по своїй суті цивільно-правовими. Назву не всі, але деякі: ст. 28 – комерційна таємниця; статті 23–27 – суб'єкти індивідуального підприємництва; статті 41–49 – селянське і фермерське господарства; статті 50–53 – юридичні особи, глава 3 – “Об'єднання суб'єктів підприємницької діяльності”; ст. 22 – саморегулювання, глава 5 – “Державно-приватне партнерство”, глава 12 – “Обов'язкове страхування” та ін.

По-хорошому, ці норми повинні бути виключені з ПК Казахстану, бо вони суперечать преамбулі і ст. 1 цього Кодексу.

Багато в ПК Казахстану помилкових і недоопрацьованих норм.

Таким чином, ПК Казахстану тепер – це законодавчий акт публічного права. Ну і бог з ним, можна було б сказати. Але він завдає шкоди, по-перше, тим, що об'єднав механічно і з виключенням деяких важливих положень цілком нормально існуючих законів; по-друге, включив у себе низку норм, які є цивільно-правовими. Вже зараз виникають проблеми, пов'язані з прийняттям ПК Казахстану. Ці проблеми будуть множитися і, на мою думку, доведуть всю непотрібність і безперспективність такого правового феномена, як ПК Казахстану.

Однак зовсім нещодавно окреслилася ситуація, яка загрожує зруйнувати ЦК Казахстану. У Стратегічний план розвитку Республіки Казахстан, затверджений Указом Президента Республіки Казахстан від 15 лютого 2018 р. № 636, була включена Ініціатива 4.9 “Розвиток Підприємницького кодексу”, в якій ідеться:

Подальший розвиток Підприємницького кодексу забезпечить баланс публічних і приватних інтересів при здійсненні підприємницької діяль-

ності з урахуванням кращих вітчизняних і зарубіжних практик регулювання підприємництва.

У межах Кодексу будуть регламентовані також питання корпоративного права і відображені особливості приватноправових відносин, характерних для суб'єктів підприємництва, що дасть змогу підприємцям безпосередньо використовувати Кодекс як головний правовий документ у своїй господарській діяльності.

Водночас Кодекс повинен стати головною юридичною перешкодою для зростання адміністративних бар'єрів у підприємницькій сфері⁴.

Зрозуміло, що регламентація питань корпоративного права націлена на вилучення з ЦК Казахстану норм про АТ і ТОВ. Включення питань приватноправових відносин, характерних для суб'єктів підприємництва, націлене на перенесення у ПК Казахстану цивільно-правових підприємницьких договорів (поставка, будівельний підряд, перевезення вантажів тощо). І нарешті, декларація про використання ПК Казахстану як головного правового документа для підприємців може означати все, що завгодно, і може надати можливість чиновникам “шматувати” ЦК Казахстану так, як їм заманеться. Безсумнівно, виникнуть сотні питань, які неможливо буде ефективно вирішити. Безперечно, це внесе хаос і розбрат у регулювання цивільно-правових відносин. І мене весь час турбує запитання: навіщо? Навіщо влаштовувати ці незрозумілі експерименти в такий непростий час. І це при тому, що в усьому світі йде зворотний процес повернення до єдиного цивільно-правового регулювання навіть у тих країнах, де панував дуалізм приватного права. Надто дорога ціна за задоволення чиїхось чиновницьких амбіцій!

Які можна зробити пропозиції?

1. Звичайно, найбільш правильною і радикальною є пропозиція скасувати ПК Казахстану, прийняти Закон про підприємство і “відпустити” інші закони, включені в ПК Казахстану, на свободу.

2. Але я розумію, що нині така пропозиція навряд чи можлива. Тому друга пропозиція полягає у тому, щоб виключити з ПК Казахстану глави, що не несуть жодного смислового навантаження і є декларативними й відсильними.

3. Необхідно виключити з ПК Казахстану норми, що регулюють цивільно-правові відносини. Але щоб уникнути численних проблем, які неминуче виникнуть у разі розбіжності норм ПК Казахстану і ЦК Казахстану, слід доповнити п. 2 ст. 2 ПК Казахстану ч. 2 такого змісту: “У разі суперечності між нормами цього Кодексу та нормами Цивільного ко-

⁴ Стратегический план развития Республики Казахстан до 2025 года, утвержден Указом Президента Республики Казахстан от 15 февраля 2018 г. <http://economy.gov.kz/sites/default/files/pages/spr_rus_636.docx> (дата звернення 12.02.2019).

дексу Республіки Казахстан застосовуються норми Цивільного кодексу Республіки Казахстан”.

4. У будь-якому разі необхідна серйозна чистка норм ПК Казахстану, щоб усунути ті промахи й огріхи, які допустили його розробники.

Імплементация англійського права

В останні роки в чийсь світлу голову прийшла ідея імплементации англійського права в цивільне законодавство Казахстану. Після тривалих дискусій було підготовлено Концепцію вдосконалення цивільного законодавства Республіки Казахстан на основі імплементации положень англійського права. На два варіанти Концепції Науково-дослідний інститут приватного права Каспійського університету писав розлогі зауваження і пропозиції, на останньому етапі була проведена телеконференція між співробітниками Інституту законодавства і Міністерства юстиції Республіки Казахстан на чолі з віце-міністром З. Баймолдіною, з одного боку, і співробітниками Науково-дослідного інституту приватного права Каспійського університету на чолі зі мною, з другого боку. Результатом цих переговорів було узгодження позицій, що знайшло своє відображення в останньому варіанті Концепції.

Я із задоволенням констатую, що майже всі мої пропозиції, які я виклав у 2015 р. у своїй доповіді на конференції, присвяченій імплементации англійського права⁵, були тією чи іншою мірою прийняті і знайшли своє відображення в Концепції.

Нині Концепція будується на таких основних положеннях:

1. Була сприйнята ідея, що англійське право – це чуже нам право. Положення англійського права можуть працювати з опорою не тільки на *common law* (загальне право), а й на *law of equity* (право справедливості). З огляду на це спроби перенести безпосередньо положення англійського права на ґрунт континентального права закінчувалися крахом (приклад: траст).

2. Вирішено було робити тільки точкові зміни в національне законодавство. Вдалося торпедувати початковий намір уряду максимально використовувати норми англійського права в нашому законодавстві.

Вдалося під виглядом імплементации англійського права закріпити низку положень континентального права і принципів європейського права. Недарма Концепція тепер називається Концепція вдосконалення приватного права Республіки Казахстан на основі імплементации принципів і положень англійського і європейського права.

⁵ М Сулейменов, ‘Английское право и правовая система Казахстана’ в Сулейменов М, *Избранные труды по частному праву (2011-2016)*, т 1: *Гражданское право (2016)* 105-25.

3. Було прийнято пропозицію, що не слід чіпати речові права з огляду на корінні відмінності між основними поняттями права власності та інших речових прав в англійському і казахстанському праві (наприклад, право власності корони на всю Землю Англії).

4. Під виглядом імплементації англійського права вдалося провести низку положень про юридичних осіб (в Англії немає поняття юридичної особи):

– необхідність включення у ЦК Казахстану поняття корпоративних відносин і корпорації, рішень зборів і корпоративних правочинів;

– введення майнової відповідальності посадових осіб всіх корпорацій, розгляд питання про зняття корпоративної вуалі (*piercing corporate veil*), але тільки в суворо визначених законом випадках;

– створення законодавства про корпоративні групи.

5. Але значна частина пропонованих змін у цивільне законодавство пов'язана з договором та зобов'язаннями. Можна виділити дві групи пропозицій щодо імплементації англійського права про договори й зобов'язання:

Перша група – це пропозиції, які ми приймаємо і готові включити в національне законодавство. Наприклад:

– *clausula rebus sic stantibus* (можливість односторонньої зміни і розірвання договору в судовому порядку у зв'язку з істотною зміною обставин);

– удосконалення правил договірної відповідальності (посилення компенсаційного характеру, уточнення визначення упущеної вигоди, впровадження таких способів визначення збитків, як свідомо оцінені збитки, введення у цивільне законодавство регулювання застережень від збитків, втрат (*indemnity clause*));

– закріплення у ЦК Казахстану конструкцій рамкового й абонентського договорів.

Друга група – пропозиції, що не відкидаються, але в подальшому ще потребують обговорення і перевірки:

– обіцянка й естоппель. Обіцянка не може бути підставою зобов'язання, як в англійському праві, але вона може бути передбачена як юридичний факт, який породжує правові наслідки тільки тоді, коли це прямо передбачено законодавством або договором. Що стосується естоппеля як він розуміється в англійському праві (тобто надання правової сили обіцянці, якщо інша сторона покладалася на цю обіцянку), то застосування його в цивільному законодавстві є досить невизначеним і спірним;

– переддоговірна відповідальність (*culpa in contrahendo*) за недобросовісне ведення переговорів, підготовку договору і ділові контакти – потребує подальшого обговорення та опрацювання;

– запевнення про обставини (*representations and warranties*) в англійському праві дуже різноманітні і вводити в казахстанське законодавство можна тільки окремі елементи із застосуванням принципів добросовісності, коригуванням норм про підстави припинення договорів, відповідальності, принципів укладання передбачуваного договору та ін.

Тенденції розвитку цивільного законодавства

Говорити про тенденції досить важко.

Поглиблення економічної кризи, подальше зубожіння населення, розвал системи управління, ураженої раковою пухлиною корупції, та свавілля, безсумнівно, впливає і на долю законодавства. І перш за все, цивільного законодавства, оскільки саме воно найбільш тісно пов'язане з економічними і соціальними проблемами суспільства. І трагедія вчених-цивілістів полягає в тому, що ми, замість того, щоб займатися проблемами цивільного права, повинні раз по раз, рік за роком займатися боротьбою з проектами законів, що суперечать і спотворюють саму суть цивільного права. Боротьба ця найчастіше є безрезультатною. На відміну від перших років незалежності, коли до думки вчених дослухалися і часто їм же і доручали розробку всіх основних проектів і концепцій, нині масового поширення набув правовий нігілізм, зневажливе ставлення до правничої науки і її представників. Основний посил: ви там займаєтеся будь-якими науковими дурницями, а ми зважаємо на потреби практики і краще за вас знаємо, що їй потрібно. Принцип “доцільність вище законності” отримав повсюдне поширення.

Це можна продемонструвати на прикладі Закону Республіки Казахстан від 27 лютого 2017 р., яким були внесені істотні й численні зміни та доповнення до ЦК Казахстану.

Проект цього закону розроблявся Інститутом законодавства при Міністерстві юстиції Республіки Казахстан. Ми уважно відстежували рух проекту, давали багатосторінкові зауваження щодо різних варіантів проекту. І зараз я можу з усією відповідальністю заявити, що більшість наших зауважень було проігноровано. Виходить, що думка фахівців із цивільного права просто ігнорується. У Науково-дослідному інституті приватного права Каспійського університету зосереджені провідні сили Республіки з цивільного права: п'ять докторів юридичних наук, п'ять кандидатів наук за спеціальністю “цивільне право”. Більшість із нас – розробники ЦК Казахстану. І всі ми були категорично проти низки положень проекту, який було прийнято 27 лютого 2017 р. Я вважаю, що це прояв все того ж правового нігілізму і неповаги до науки, які в останні роки запанували у наших владних колах.

Я назву лише кілька положень, які були прийняті, незважаючи на наші заперечення.

Передусім, це стосується введення поділу недійсних правочинів на нікчемні та оспорювані. Ми були категорично проти цього, навіть провели в 2015 р. спеціальну конференцію, присвячену недійсним правочинам. На цій конференції ми увійшли в жорсткий клінч із Верховним Судом Республіки Казахстан, який, не чекаючи змін до ЦК Казахстану, у своїй антизаконній нормативній постанові заявив, що в Казахстані існує розподіл правочинів на нікчемні та оспорювані. Причому судді цього Суду на конференції прямо заявляли, що згідно з Конституцією Республіки Казахстан, в якій до складу чинного права Республіки включені нормативні постанови Верховного Суду, ці нормативні постанови є законодавством і можуть навіть суперечити ЦК Казахстану.

Законом від 27 лютого 2017 р. розподіл правочинів на нікчемні та оспорювані було включено в ЦК Казахстану, причому в найгіршому варіанті. Ніякого визначення нікчемного правочину надано не було, просто закріпили, що все, що не названо в ЦК Казахстану та інших законах нікчемним правочином, є оспорюваним правочином.

Наші заперечення ґрунтувалися не тільки на теоретичному неприйнятті нікчемних правочинів. Це було пов'язано ще і з суто практичними наслідками. Майже 25 років у нас панувала теорія тільки оспорюваних правочинів. Суди і підприємці звикли до цієї системи, активно розвивалася теорія і практика неукладених договорів (невчинений правочин). Ми якраз і пропонували розвинути цю практику і зробити всі нікчемні правочини невчиненими (неукладеними договорами). Ломка усталеного ладу завжди болюча, тим паче, коли замість нього приходять не найкращий лад з усіма проблемами, який він приніс Росії.

Друга проблема – це ст. 8 ЦК Казахстану (відповідає ст. 13 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)⁶).

Стаття 8 ЦК Казахстану присвячена здійсненню цивільних прав. У ній закріплені найважливіші положення про принцип добросовісності, справедливості та розумності, про неприпустимість зловживання правом, заподіяння шкоди іншій особі та ін.

Основним пунктом цієї статті було положення про те, що в разі порушення цих норм суд має право відмовити у захисті цивільних прав. Однак розробники проекту цей пункт намагалися виключити і замість нього вставити фразу: “ніхто не має права отримувати користь зі своєї незаконної або недобросовісної поведінки”. Тобто замість чіткої санкції –

⁶ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення 12.02.2019).

відмова в захисті прав – з'явилося б розпливчате і незастосовне положення. Стаття 8 ЦК Казахстану була б практично вбита. Я ніяк не зрозумію, зроблено це було через недогляд або свідомо, щоб знищити ефективно працюючу норму, спрямовану на захист цивільних прав. І те, і інше, на мою думку, неприпустимо при розробці таких основоположних законів.

Слава богу, після запеклої боротьби вдалося зберегти положення про відмову в захисті цивільних прав. Але ця дурна фраза про здобуття переваги залишилася. Це було своєрідним компромісом.

Ще один приклад. У цивільному праві закріплено, що структурними підрозділами юридичної особи є філія і представництво. Це загально-визнане й ефективне положення. Однак у ст. 43 ЦК Казахстану визначено ще один вид: “інший відокремлений структурний підрозділ юридичної особи”. З'являється ще одне поняття у ст. 43 ЦК Казахстану: “стаціонарні робочі місця”. Що це таке і навіщо це потрібно було вводити у кодекс, незрозуміло. Правильніше, зрозуміло, що все це скальковано з Податкового кодексу Казахстану, де податківці вигадують для себе чужі цивільному праву поняття. Я неодноразово критикував розробників Податкового кодексу за це, зокрема й за “інші відокремлені структурні підрозділи”.

Найсмішніше те, що розробники Податкового кодексу Казахстану врахували критику і виключили це поняття з кодексу. Тепер там під структурними підрозділами юридичної особи розуміються в повній відповідності до колишнього (до 2017 р.) ЦК Казахстану філія і представництво (пп. 26 ст. 1 Податкового кодексу Казахстану від 27 грудня 2017 р.). Навіть податківці зрозуміли неприйнятність цього положення, а наші доблесні розробники тягнуть поняття, виключені з Податкового кодексу Казахстану, у ЦК Казахстану.

Таких нісенітниць багато в Законі від 27 лютого 2017 р. Всі вони були показані в наших численних зауваженнях і пропозиціях. Однак його розробники із завзятістю, гідною кращого застосування, включили всі ці безглузді в ЦК Казахстану.

Принципи приватного права в Європейському Союзі і в Казахстані

Поняття принципів приватного права має свою специфіку в європейському праві і пострадянських країнах, зокрема в Казахстані.

Як пишуть розробники Модельних правил європейського приватного права (*DCFR*, далі – Модельні правила), у передмові до російського видання (К. фон Бар, Е. Клів, П. Варул), вони включають “принципи, визначення та модельні норми”. Поняття “визначення” досить зрозуміле. Поняття ж “принципи” і “модельні норми” виглядають як пересічні, а тому потребують деякого пояснення.

Термін “принципи” допускає різні трактування. У цьому контексті він іноді використовується як синонім виразу “норми, що не мають юридичної сили закону”. Звісно ж, що в цьому значенні термін використовується, наприклад, у Принципах європейського договірної права (PECL), що визначають це поняття у ст. 1:101 (1) таким чином: ‘Принципи підлягають застосуванню як загальні норми договірної права Європейського Союзу’. Очевидно, у тому самому сенсі це поняття використовується у Принципах міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*)⁷. З цієї точки зору можна сказати, що Модельні правила складається із принципів і визначень. Він дуже близький за своєю природою до інших документів, щодо яких використовується термін “принципи”. Водночас терміном “принципи” можна описати ті норми, які мають більш загальну юридичну природу, такі як свобода договору або добросовісність. Натомість можна зазначити, що модельні норми Модельних правил включають у себе принципи⁸.

У ЦК Казахстану під принципами цивільного права відповідно до ст. 2 розуміються основні засади цивільного законодавства, тобто основоположні ідеї, сформульовані законом або які впливають зі змісту його приписів, відповідні правильному розумінню змісту і текстуальному вираженню цивільно-правових норм, їх адекватному тлумаченню, вирішенню протиріч між ними, що допомагають заповнювати прогалини законодавства⁹.

Можна виокремити такі принципи цивільного права Республіки Казахстан:

- рівність суб’єктів цивільно-правових відносин;
- недоторканність власності;
- свобода цивільно-правового договору;
- добросовісність, справедливість і розумність;
- невтручання держави і третіх осіб у приватні справи й особисте життя;
- захист підприємців і споживачів як основних суб’єктів цивільно-правових відносин;
- захист прав і правомірних інтересів кредитора;
- захищеність цивільних прав¹⁰.

⁷ Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (Рим, 2010), Преамбула (Цілі Принципів), абзац 1: ‘Ці Принципи встановлюють загальні норми для міжнародних комерційних договорів’.

⁸ Кристиан фон Бар и Эрик Клив и Паул Варул, ‘Предисловие к русскому изданию’ в Рассказова Н (науч ред), *Модельные правила Европейского частного права* (2013) 20-1.

⁹ М Сулейменов (ред), *Гражданское право, т 1: Общая часть. Учебник для вузов (академический курс)* (2013) 31.

¹⁰ Там само 31-2.

Незважаючи на різні підходи до визначення принципів приватного права в праві Республіки Казахстан і європейському праві, перелік цих принципів у низці випадків збігається.

Розробники Модельних правил виокремлюють низку категорій принципів:

– базові принципи – принципи свободи договору, безпеки, справедливості, ефективності;

– пріоритетні принципи – захист прав людини, підтримка солідарності і соціальної відповідальності, збереження культурного та мовного розмаїття, захист і поліпшення добробуту, а також розвиток внутрішнього ринку¹¹.

Неважко помітити, що з принципами як основними засадами цивільного права в Казахстані кореспондуються базові принципи європейського приватного права, які, на думку розробників Модельних правил, одночасно включаються і в пріоритетні принципи.

Свобода договору. Якраз із принципів цивільного права починається Концепція імплементації положень англійського права. Перший розділ Концепції присвячений свободі договору і скороченню імперативних приписів законодавства про договори. У Концепції пропонується встановити в загальній частині ЦК Казахстану загальний принцип диспозитивності норм цивільного законодавства.

У принципі така пропозиція прийнятна, я її висловлював в одній зі своїх праць. Тільки я не розумію, до чого тут англійське право. З натяжкою можна притягнути європейське приватне право, хоча і там подібних норм не проглядається.

Цю норму можна знайти набагато ближче, а саме в ЦК України. У пункті 3 ст. 6 ЦК України закріплено:

Сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами¹².

Принцип добросовісності

(розділ 2 Концепції імплементації положень англійського права)

Для початку зазначимо, що принцип добросовісності не має жодного стосунку до англійського права. Це суто європейський принцип приватного права.

¹¹ Н Рассказова (науч ред), *Модельные правила Европейского частного права* (2013) 21.

¹² Цивільний кодекс України (н 6).

Принцип добросовісності закріплено в ст. 1.7 Принципів УНІДРУА, у ст. 1:201 Принципів європейського договірної права, у ст. 3-1-103 Модельних правил. Тому закріплення принципу добросовісності (як загального принципу цивільного права) у ЦК Казахстану, як пропонується у Концепції, означало б імплементацію норм не англійського, а європейського приватного права.

Розробники Концепції вважають, що в ст. 8 ЦК Казахстану необхідно передбачити, крім відмови в захисті права, інші наслідки зловживання правом або порушення принципів добросовісності, розумності та справедливості.

У Концепції написано буквально таке:

Поточна ситуація, що склалася в Казахстані в частині застосування ст. 8, ускладнюється ще й тим, що згідно з коментарем до Загальної частини ЦК Казахстану під редакцією М. Сулейменова, єдиним наслідком порушення меж здійснення суб'єктивного права є відмова судом у захисті права. Це, на думку авторів Коментаря, стосується і порушення інтересів третіх осіб, і заподіяння шкоди навколишньому природному середовищу, і порушення принципів добросовісності, розумності, справедливості, і зловживання правом. Всі інші заходи права: і відшкодування збитків, і примушування до вчинення дії, і визнання правочину недійсним, і інші заходи перебувають за межами ст. 8 ЦК, яка регулює тільки умови й порядок відмови в захисті права. Якщо зловживання правом – це правопорушення, то застосування наслідків правопорушення настає не за правилами ст. 8 ЦК, а за нормами про відшкодування збитків (статті 9, 350 ЦК Казахстану), про визнання правочинів недійсними (статті 157–162 ЦК Казахстану) і т. д.

Таке тлумачення положень ст. 8 надмірно обмежувальне і, по суті, зводить нанівець правові способи захисту від зловживання правом та (або) недобросовісної поведінки. У зв'язку з цим вважаємо за необхідне включити в ст. 8 норму, згідно з якою порушення встановлених нею заборон може спричинити як відмову судом у захисті права, так й інші заходи, передбачені законодавчими актами. Але в разі, якщо зловживання правом (недобросовісна поведінка) спричинило порушення права іншої особи, така особа має право вимагати відшкодування завданих цим збитків¹³.

Я не буду детально аналізувати ситуацію. Це давня суперечка, і я переконаний, що добросовісність відповідно до ст. 8 ЦК Казахстану – це моральне поняття, і наслідком її порушення може бути лише відмова в захисті права.

¹³ Проект Концепции совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права <<http://www.agka.kz/cms/wp-content/uploads/2017/04/%D0%BF%D1%80%D0%BE%D0%B5%D0%BA%D1%82-%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%86%D0%B5%D0%BF%D1%86%D0%B8%D0%B8-%D0%93%D0%B7.docx>> (дата звернення: 12.02.2019).

Однак ідеться про імплементацію, але не англійського права, бо в ньому немає добросовісності, а європейського. Але в європейському праві порушення принципу добросовісності тягне точно такі самі наслідки, як і за ст. 8 ЦК Казахстану.

Для прикладу можна навести Модельні правила, відповідно до ст. 3-1-103 яких порушення обов'язку діяти відповідно до вимог добросовісності і чесної ділової практики:

<...> безпосередньо не є підставою для використання заходів захисту від порушення будь-якого іншого зобов'язання, але може перешкодити порушнику використовувати або покладатися на своє право, спосіб захисту або заперечення, які були б доступні такій особі без порушення¹⁴.

Це та сама відмова від захисту прав, передбачена у ст. 8 ЦК Казахстану. Причому на відміну від ст. 8 тут прямо закріплено, що застосування інших заходів захисту не допускається.

Відшкодування збитків та інші наслідки при порушенні принципу добросовісності можуть бути застосовані в окремих випадках, коли це прямо закріплено стосовно саме цього випадку, а не як загальна міра. Як приклад, можна навести переддоговірну відповідальність, яку буде розглянуто нижче.

Імплементація окремих положень європейського приватного права

Переддоговірна відповідальність є породженням німецького права, отримала конкретне втілення у праві Франції та реальний розвиток у європейському приватному праві.

Зокрема, відповідно до п. 3 ст. 6 Кодексу європейського договірного права:

<...> сторона, яка діяла в протиріччі з принципом добросовісності, несе відповідальність за шкоду, яку вона заподіяла іншій стороні, в розмірі витрат, які остання понесла в зв'язку з тим, що була залучена в недобросовісні переговори. Вартість можливостей, втрачених через недобросовісні переговори, також підлягає повній компенсації¹⁵.

Переддоговірна відповідальність розглядається як позадоговірна відповідальність з огляду на те, що договір ще не укладено, і тому виглядає як зобов'язання з відшкодування шкоди.

¹⁴ Рассказова (н 11) 21.

¹⁵ В Белов, *Кодекс европейского договорного права – European Contract Code: обций и сравнительно-правовой комментарий*, кн 1 (Юрайт 2017).

Clausula rebus sic stantibus (застереження про незмінність обставин) – зміна зобов'язання при істотній зміні обставин.

У своїй статті, присвяченій англійському праву¹⁶ я навів низку положень із англійського права про *clausula rebus sic stantibus*. Вони були дослівно відтворені в Концепції. Однак в Англії сформувалося відмінне від континентального права негативне ставлення до зміни договору внаслідок зміни обставин.

У Казахстані, якщо імплементувати норми інших країн, то швидше за все, це повинні бути норми континентального права, тим більше, що цей інститут бере свій початок у римському праві.

У континентальному праві склалися різні варіанти застосування *Clausula*. У Німецькому цивільному уложенні (§ 313) у разі зміни обставин суд може провести зміну договору. Аналогічне правило міститься у ст. 3-1-110 Модельних правил. За Цивільним кодексом Російської Федерації (ст. 451) і ЦК України (ст. 652) йдеться не про зміну договору судом, а тільки про його розірвання¹⁷.

Якщо в Казахстані все-таки буде прийнято рішення про включення до ЦК Казахстану застереження про незмінність обставин, у необхідності чого я досі сильно сумніваюся, то найбільш прийнятним варіантом для нас є, на моє переконання, російсько-український варіант *Clausula rebus sic stantibus*.

Договірна відповідальність. Для посилення компенсаційного характеру відповідальності за порушення договору можна скористатися нормою ст. 3-3-702 Модельних правил:

Загальний обсяг відшкодування збитків, завданих невиконанням обов'язків, становить суму, яка достатня для того, щоб кредитор опинився, наскільки це можливо, у тому положенні, в якому він перебував би, якби зобов'язання було виконано належним чином. Таке відшкодування покриває збитки, яких поніс кредитор, а також вигоду, якої кредитор позбувся¹⁸.

Аналогічним чином можуть бути сприйняті положення про визначення збитків за різницею між ціною за вчиненим замість попереднього правочину (або) поточною ціною (ст. 3-3-706 Модельних правил), про завідомо оцінені збитки (ст. 3-3-712 Модельних правил) та ін.

¹⁶ Сулейменов (н 5) 105-25.

¹⁷ А Трунк, 'Clausula rebus sic stantibus – правовой институт для смягчения жесткости (жестких рамок) договорного права: сравнительные замечания по праву Германии, России и Казахстана' в Сулейменов М (отв ред), *Добросовестность в гражданском праве: материалы междунар. науч.-прак. конф в рамках ежегодных цивилистических чтений, посвящ. 20-летию Гражданского кодекса РК (2014)* 271-7.

¹⁸ Рассказова (н 11) 21.

Я навів тут лише деякі приклади можливих випадків імплементації європейського приватного права.

Висновки. Таким чином, подальше вдосконалення цивільного законодавства в Казахстані тісно пов'язане зі сприйняттям кращих зразків європейського приватного права. Водночас не можна відмовлятися і від використання деяких інститутів англійського права, які можна трансформувати стосовно континентального права.

Самі документи європейського приватного права свідчать про спроби примирення правових систем континентального і загального права. Вони розроблялися представниками країн цивільного і країн загального права. Тому були використані кращі досягнення обох правових систем.

Я сподіваюся, що при реалізації в Казахстані Концепції про імплементацію англійського права нам вдасться знайти прийнятний компроміс, поєднавши в законі про імплементацію кращі зразки як європейського приватного права, так і англійського права. Можливо, це зробить певний внесок у процес зближення двох правових систем, який зароджується.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Predprinimatel'skij kodeks Respubliki Kazahstan [Entrepreneurial Code of the Republic of Kazakhstan] ot 29 oktjabrja 2015 g. № 375-V ZRK <https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38259854#pos=4900;19> (accessed: 12.02.2019) (in Russian).
2. Proekt Koncepicii sovershenstvovanija grazhdanskogo zakonodatel'stva Respubliki Kazahstan na osnove implementacii polozhenij anglijskogo prava [Draft Concept for Improvement of Civil Legislation of the Republic of Kazakhstan Based on Implementation of English Law Provisions] <<http://www.agka.kz/cms/wp-content/uploads/2017/04/%D0%BF%D1%80%D0%BE%D0%B5%D0%BA%D1%82-%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%86%D0%B5%D0%BF%D1%86%D0%B8%D0%B8-%D0%93%D0%B7.docx>> (accessed: 12.02.2019) (in Russian).
3. Strategicheskij plan razvitija Respubliki Kazahstan do 2025 goda, utverzhdjen Ukazom Prezidenta Respubliki Kazahstan [Strategic Development Plan of the Republic of Kazakhstan until 2025 Approved by Decree of the President of the Republic of Kazakhstan] ot 15 fevralja 2018 g. <http://economy.gov.kz/sites/default/files/pages/spr_rus_636.docx> (accessed: 12.02.2019) (in Russian).
4. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy [The Civil Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (accessed: 12.02.2019) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

5. Belov V, *Kodeks evropejskogo dogovornogo prava – European Contract Code: obshhij i sravnitel'no-pravovoj kommentarij [European Contract Code: General and Comparative Legal Commentary]*, kn 1 (Jurajt 2017) (in Russian).

Edited and translated books

6. Bar K fon i Kliv J i Varul P, 'Predislovie k russkomu izdaniju' ['Preface to the Russian Edition'] v Rasskazova N (nauch red), *Model'nye pravila Evropejskogo chastnogo prava [Model Rules of European Private Law]* (2013) (in Russian).
7. Rasskazova N (nauch red), *Model'nye pravila Evropejskogo chastnogo prava [Model Rules of European Private Law]* (2013) (in Russian).
8. Sulejmenov M (otv red), *Predprinimatel'skij kodeks kak orudie razvala pravovoj sistemy Kazahstana: sbornik statej [Entrepreneurial Code as a Tool Destroying Kazakhstan's Legal System: Collected Articles]* (2011) (in Russian).
9. Sulejmenov M (red), *Grazhdanskoe pravo [Civil Law], 1: Obshhaja chast'. Uchebnik dlja vuzov (akademicheskij kurs) [General Part. Textbook for Universities (Academic Course)]* (2013) (in Russian).
10. Sulejmenov M, 'Anglijskoe pravo i pravovaja sistema Kazahstana' ['English Law and the Legal System of Kazakhstan'] v *Sulejmenov M, Izbrannye trudy po chastnomu pravu (2011-2016) [Selected Works on Private Law (2011-2016)], 1: Grazhdanskoe pravo [Civil Law]* (2016) (in Russian).
11. Trunk A, 'Clausula rebus sic stantibus – pravovoj institut dlja smjagchenija zhestkosti (zhestkih ramok) dogovornogo prava: sravnitel'nye zamechanija po pravu Germanii, Rossii i Kazahstana' ['Clausula rebus sic stantibus – Legal Institution to Mitigate the Rigidity (Rigid Framework) of Contract Law: Comparative Remarks on the Law of Germany, Russia and Kazakhstan'] v Sulejmenov M (otv red), *Dobrosovestnost' v grazhdanskom prave: Mat-ly mezhdunar. nauch.-prak. konf v ramkah ezhegodnyh civilisticheskij chtenij, posvjashh. 20-letiju Grazhdanskogo kodeksa RK [Good Faith in Civil Law: Materials of the International Scientific and Practical Conference within the Framework of the Annual Civil Readings dedicated to the 20th Anniversary of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan]* (2014) (in Russian).

Maydan Suleymenov

THE DOCTRINE OF PRIVATE LAW IN KAZAKHSTAN:
ESTABLISHMENT, CHALLENGES, DEVELOPMENT PROSPECTS

ABSTRACT. Recently, the doctrine of private law in Kazakhstan faces serious challenges triggered by intrusion of unacceptable ideas and theories into the domain of this doctrine. It has always denied the dualism of private law. Actually, the process of developing the draft Entrepreneurial Code of Kazakhstan (Kazakhstan's EC) demonstrated the utmost absurdity of the very idea and the impossibility to create an all-round and efficiently functioning Code.

The article notes that the main achievement of the author and his colleagues is that the developers of the draft Kazakhstan's EC avoided attacking the Civil Code of Kazakhstan and acknowledged that horizontal relations underpinned by the principle of equality of the parties can not be regulated by two codes at the same time. Today, Kazakhstan's EC regulates vertically arranged relations, the relations between the State and an entrepreneur (which is clearly indicated in the preamble).

The author demonstrates that Kazakhstan's EC contains chapters and sections having no regulatory nature – the relations in question are actually regulated by special laws, so all these chapters are completely blanket and declarative. The only

positive aspect of Kazakhstan's EC is that it recognizes regulation of civil-law relations by civil legislation.

In the article, the author made the following proposals: 1) to abolish Kazakhstan's EC, to adopt the Law on Entrepreneurship and to set the remaining laws contained in Kazakhstan's EC free; 2) to delete from Kazakhstan's EC the chapters which do not have the substantive content, are declarative and blanket; 3) to delete from Kazakhstan's EC the provisions regulating civil-law relations.

The author draws attention to the issue of implementation of English law provisions to the Kazakh legislation. The article also studies the development trends seen in civil legislation of the Republic of Kazakhstan, and reviews the principles of private law in the European Union and Kazakhstan.

The article also focuses on the issues of implementation of certain provisions of European private law (pre-contractual liability, clauses on the immutability of circumstances, contractual liability).

According to the findings of the research, the author concludes that further development of civil legislation in Kazakhstan is closely linked to the perception of the best examples of European private law. At the same time, the author believes that it would be unreasonable to abandon the use of certain institutions of English law which can be transformed into the constructions inherent in continental law.

KEYWORDS: private law; civil law; entrepreneurial law; economic law; Civil Code of the Republic of Kazakhstan; Entrepreneurial Code of the Republic of Kazakhstan; Economic Code of Ukraine; dualism of private law.



Серджиу Беешу

професор, доктор права,
декан юридичного факультету
Державного університету Молдови
(м. Кишинів, Республіка Молдова)
decan.dreptusm@yahoo.com

УДК 347.251.01

ПРАВОВА ПРИРОДА ВОЛОДІННЯ*

АНОТАЦІЯ. У статті досліджується правова природа володіння. Автор виділяє два основні підходи до визначення володіння. Зокрема, в юридичній літературі володіння визначається як фактичний стан або як право. Різниця в доктринальних підходах до визначення володіння обґрунтовується автором відповідними законодавчими нормами: у деяких актах цивільного законодавства володіння вважається правом, а в інших – фактичним станом (при цьому в більшості кодексів воно не відноситься безпосередньо ні до фактичного стану, ні до права, а завдання тлумачення відводиться теоретикам). Особлива увага автора звернена на категорії “законне володіння” і “незаконне володіння”. Також у статті приділено увагу третьому підходу до визначення правової природи володіння, згідно з яким володіння є фактичним станом, що породжує права.

За результатами проведеного дослідження автором зроблено висновок про правову природу володіння у Цивільному кодексі Республіки Молдова (ЦК Молдови). Так, володіння визначено фактичним станом, що породжує правові наслідки. На підтримку зазначеної позиції наведені такі аргументи: 1) норми ЦК Молдови передбачають набуття володіння внаслідок бажаного здійснення фактичного володіння річчю, без вказівки, що володіння є фактичним станом; 2) ЦК Молдови не дає можливість зробити однозначний висновок, що володіння є речовим правом; 3) ЦК Молдови врегульовані чотири правові наслідки володіння: а) презумпція власності; б) набуття плодів добросовісним володільцем; в) захист володіння за допомогою речових позовів; г) набуття володіння внаслідок набувальної давності. Відповідно, на думку автора, володіння є фактичним станом, який породжує правові наслідки; 4) якщо припустити, що володіння є фактичним станом, який породжує правові наслідки, то це не означає, що необхідно розглядати його і як фактичний стан, і як право. До того ж автор не допускає змішування між правовими наслідками володіння і його правомочностями як елемента, що входить до складу юридичного змісту певного речового права.

Ключові слова: володіння; законне володіння; незаконне володіння; добросовісне володіння; Цивільний кодекс Республіки Молдова.

* Переклад із російської мови О. Красненко.

Питання про правову природу володіння є одним із найбільш спірних в юридичній літературі. У результаті аналізу цієї літератури можна виділити два напрями. Так, одна група авторів вважає, що володіння – це фактичний стан, а друга – що володіння є правом. Складність тлумачення питання також пов'язана із законодавчими положеннями, адже у деяких цивільних кодексах володіння вважається правом¹, а в інших – фактичним станом, при цьому в більшості кодексів воно прямо не відноситься ні до фактичного стану, ні до права, а завдання тлумачення відводиться теоретикам². Крім того, зазначимо, що ці протиріччя викликані тим, що деякі цивільні кодекси використовують такі поняття, як “законне володіння” і “незаконне володіння”. Як приклад можна навести ст. 310 Цивільного кодексу Республіки Молдова (далі – ЦК Молдови), яка має назву “Законне володіння”.

Отже, у більшості джерел за темою існують два підходи, які обґрунтовують правовий характер володіння. У новіших джерелах трапляється і третій підхід, він стверджує, що володіння є фактичним станом, який породжує права. Далі ми проаналізуємо зазначені підходи, ґрунтуючись на думках їхніх прихильників, сформулювавши в результаті, а за необхідності й у процесі аналізу, власну думку з приводу правового характеру володіння.

Теорія про володіння як про фактичний стан

Згідно з деякими твердженнями³ спосіб регулювання володіння у французькому праві, відтворений, зі свого боку, у румунському праві, традиційно відноситься до впливу, який чинила на нього суб'єктивна концепція К. фон Савіньї – сучасника наполеонівського Цивільного кодексу. Концепція містить ідею, що володіння є фактом, який не породжений правом, і вказує не більше ніж на зміст, що визначається як “здійснення права”. А. Боарі, автор цього твердження, вважає, що цю позицію поділяє навіть:

<...> комісія з реформування Цивільного кодексу Франції, яка пропонує визначити володіння як факт здійснення особисто або через іншу особу правомочності права на певну річ, за умови наявності бажання проявити себе у ролі власника цього права⁴.

¹ Див., до прикладу, Цивільний кодекс України, у ст. 395 якого прямо визначено, що право володіння є речовим правом. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 12.02.2019).

² Аналогічна ситуація і в Цивільному кодексі Республіки Румунія (далі – ЦК Румунії) та ЦК Молдови.

³ Ana Boar, *Uzucariunea, prescriptia, posesia și publicitatea drepturilor* (Lumina LEX 1999) 36-7.

⁴ Там само 37.

Серджиу Беешу

При детальнішому аналізі можна помітити, що визначення, яке комісія з реформування французького Цивільного кодексу надала володінню, на яке посилається автор цитати, не дає нам змоги зробити однозначний висновок, що володіння є фактичним станом. Навіть відповідно до цього визначення володіння полягає в особистому здійсненні або через іншу особу правомочності права на певну річ. Ми вважаємо, що таке визначення, до якого дійшла А. Боар, надто категоричне, оскільки в ситуації, коли володільць здійснює правомочності визначеного права, неможливо говорити про наявність простого фактичного стану.

К. Хаманджиу, І. Росеті-Беленеску, Ал. Бейкояну також вважають, що володіння є фактичним станом, точніше, фактичним відношенням між людиною і річчю; наявність володіння незалежно від існування права володільця здійснювати владу над річчю⁵. Вони стверджують, що закон захищає володіння як простий матеріальний факт, не дбаючи про дійсність права, на реалізацію якого претендує володільць, не розглядаючи, чи обґрунтовується цей факт будь-яким правом⁶.

В. Стойка вважає, що володіння – це фактичний стан⁷, висловлюючи свою критичну думку стосовно ідеї, що володіння – це фактичний стан, який породжує право, підкріплюючи свою позицію таким запереченням:

Невиправдане змішування правових наслідків володіння із правомочностями володіння як елемента юридичного змісту речового права, інакше кажучи, змішування між *jus* або *jura possessionis*, з одного боку, та *jus possidendi*, з другого боку⁸.

З огляд на це автор підсумовує: ‘У дійсності володіння як фактичний стан не може бути прирівняне до права і не має змішуватися з правовими наслідками’⁹.

Ф. Скрієчу в результаті аналізу дій, пов’язаних із володінням, зробив висновок, що їх предметом є володіння як фактичний стан, і заявив у зв’язку з цим:

Суттєвою є загальновизнана ідея, що особа може перебувати у фактичних відносинах із річчю, не будучи при цьому власником або носієм речового права. Інакше кажучи, фактичне володіння може бути відмежовано від права. Юридичною мовою – володіти не означає бути власником. Таким чином, володіння є фактичним відношенням,

⁵ С Hamangiu, I Rosetti Bălănescu, Al Băicoianu, *Tratat de drept civil român* (V. I. Editura ALL 1996) 580.

⁶ Там само.

⁷ Valeriu Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol 1 (2004) 142-9.

⁸ ‘Posesia ca stare de fapt protejată juridic’ (2003) 4 *Curierul judiciar* 140-1.

⁹ Stoica (n 7) 148.

яке полягає у матеріальному володінні річчю з наміром зберегти її для себе¹⁰.

Інший румунський автор – В. Терзі також вважає, що володіння є фактичним станом, представляючи фактичну владу, здійснювану особою щодо певної індивідуальної речі, яка перебуває або може перебувати в цивільно-правовому обороті¹¹.

Знаменитий учений І. Філіпеску, разом з А. Філіпеску, також підтримує ідею того, що володіння – це фактичний стан. На думку цих авторів:

Володіння – це матеріальна сила, яку особа здійснює щодо речі, прояв фактичної влади, що дає володільцю можливість вести себе так, немов він є дійсним носієм права на річ. Таким чином, володіння може полягати у: фактичному володінні автотранспортним засобом, будинком; фактичному здійсненні права узурфрукта або права сервітуту; фактичному здійсненні користування предметом, яке виникає як зовнішня маніфестація права на нього; здійсненні операцій щодо права, предметом якого є річ, яка перебуває у володінні¹².

Ці автори так само, як і В. Стойка загалом визнають, що не слід змішувати права володільця, які випливають із правового захисту володіння, із правом володіння, що належить власнику або носію іншого речового права. У зв'язку з цим зазначені автори вважають, що фактичний володільць володіє, не маючи на це права, а з факту володіння випливають деякі права на його користь, які є юридичними наслідками володіння, а не наслідками права володіння¹³.

До прихильників ідеї того, що володіння є фактичним станом, а не правом, відносяться також вчені К. Стетеску і К. Бирсан, які стверджують:

<...> у нашому праві володіння¹⁴ сприймається не як юридичний стан, а як фактичний стан, що полягає у володінні річчю, здійсненні фактичної влади, яка дає можливість володільцю вести себе як справжній носій речового права щодо цієї речі¹⁵.

Подібну позицію бачимо і в новітній праці К. Бирсан¹⁶.

¹⁰ Florin Scriciu, *Acțiunile posesorii* (Editura Lumina LEX 1998) 108-9.

¹¹ Viorel Terzea, *Acțiunile posesorii* (Editura C. H. Beck 2006) 34-5.

¹² Ion P Filipescu and Andrei I Filipescu, *Drept civil. Dreptul de proprietate și alte drepturi reale* (ACTAMI 2000) 50.

¹³ Там само 52.

¹⁴ Мається на увазі право Румунії.

¹⁵ Constantin Stătescu and Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale* (1988) 227.

¹⁶ Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale (în reglementarea noului Cod civil)* (2013) 335.

Серджуну Беешу

І. Лучіан також поділяє думку, що володіння є фактичним станом:

У нашому праві володіння не сприймається як юридичний стан, а як фактичний стан. Тому слід зазначити, що володіння річчю передбачає матеріальний контакт із нею, без наміру володіти, а застосування права передбачає наявність права відносно речі, яку використовує особа¹⁷.

Такої самої думки дотримується й колектив авторів¹⁸, які стверджують, що, якщо власність є правовим станом, тоді володіння є фактичним станом, а ці два поняття не можна змішувати.

П. Космовіч стверджує:

<...> визнана багатьма авторами концепція, яка визначає володіння як фактичний стан, зважаючи на те, що воно існує незалежно від законодавчих положень про набуття або втрату прав, а фактичний стан може проявлятися не тільки як психічний стан і не обов'язково як відношення між особою і річчю¹⁹.

На підтримку своєї позиції вчений посилається на те, що володіння не може бути предметом передачі²⁰.

Д. Мейер²¹, ґрунтуючись, зокрема, на законодавстві²², стверджує, що не існує жодних підстав не вважати володіння фактичним станом. Серед російських учених адептами теорії володіння як фактичного стану є Ф. Морошкін²³, пізніше – Г. Демченко, К. Победоносцев, І. Покровський²⁴.

У новій російській літературі прихильниками теорії про володіння як фактичний стан є К. Скловський²⁵ та А. Бабаєв²⁶.

¹⁷ Ioan Lucian, *Drept civil român. Drepturi reale* (Augusta 1997) 75.

¹⁸ Corneliu Bîrsan and Marița Gaiță and Mona Maria Pivniceru, *Drept civil. Drepturile reale* (Iași 1997) 138.

¹⁹ Paul Mircea Cosmovici, *Drept civil. Drepturi reale. Obligații. Legislație* (1996) 58.

²⁰ Деякі з новіших цивільних кодексів, серед яких і ЦК Молдови, відтворюють зміст параграфа 857 Цивільного кодексу Німеччини, який передбачає, що володіння переходить до спадкоємців.

²¹ Д Мейер, *Русское гражданское право*, т 2 (1997) 9.

²² Ми вважаємо, що позиція російського вченого Д. Мейера була визначена, зокрема, тим, що він пройшов курс навчання у К. Савінні (1841–1842 рр.), який, як ми вже зазначили, був прихильником концепції, згідно з якою володіння вважається фактичним станом.

²³ Ф Морошкін, *О владении по началам российского законодательства* (1837) 65-81.

²⁴ В Демченко, *Русское гражданское право. Право вещное* (1894) 42; К Победоносцев, *Курс гражданского права*, ч 1 (1896) 150; И Покровский, *История римского права* (1898) 344.

²⁵ У своїй чудовій праці "Власність в цивільному праві" К. Скловський пише:

Доводиться визнати, що потрібно багато років систематичних і постійних зусиль, щоб такий найважливіший продукт світової культури, як володіння, повернувся до свідомості тих російських юристів, які нині перебувають у тому безтурботному примітивному стані <...>. Визначення володіння як панування, фактичної влади над річчю, над її фізичною субстанцією важливе саме тим, що воно відвернуто від власності правом, що й дає змогу залишатися поза системою речових прав.

К Скловский, *Собственность в гражданском праве* (Статут 2008) 509-11.

²⁶ А Бабаев, *Система вещных прав* (2006) 209-48.

Теорія про володіння як право

Більшість авторів²⁷ вважають, що автором аналізу теорії про володіння як про право в юридичній науці слід вважати Р. фон Ієринга.

З приводу концепції цього великого німецького юриста румунський юрист П. Влакідє пише: 'Питання все більше набуває форми з огляду на те, що в доктрині Ієринга володіння визначено ідеєю зовнішнього прояву права з огляду на його здійснення'²⁸. Ґрунтуючись на концепції об'єктивної теорії, автором якої, як ми вже зазначили, є Р. фон Ієринг, П. Влакідє робить висновок: 'Якщо існує здійснення права, точніше, його зовнішнє вираження, отже, володіння є *самим правом* у динамічному стані'²⁹.

На думку цього вченого, володіння є правом, оскільки, з одного боку, воно дає змогу захистити його за допомогою дій, визначених володінням, а тривале володіння, що здійснюється відповідно до закону, є підставою для набуття права власності внаслідок набувальної давності, з другого боку. На підтримку цієї позиції автор стверджує:

<...> в принципі, права є статичними, вони не починають рух, крім як тоді, коли необхідність вимагає їх здійснення, коли носій повинен активно використовувати їх або захистити. Являючи собою матеріалізацію права, володіння є формою вираження. Тому його захист здійснюється за допомогою дій, визначених володінням. У зв'язку з цим набувальна давність має ретроактивний ефект, доходячи в минулому до дати набуття речі у володіння. Отже, факт володіння, про який ідеться в першій частині статті 1846 Цивільного кодексу Румунії³⁰, не є просто фактом, а є реалізацією права³¹.

Далі ми побачимо, що володіння, згідно з положенням ЦК Молдови, не тільки захищається за допомогою посесорських позовів, а й може бути підставою для набуття права власності внаслідок набувальної давності, а також є презумпцією власності відповідно до положень ст. 305, а також з огляду на те, що воно допускає можливість набуття права власності на плоди речі, якщо володілець є добросовісним (такі наслідки володіння передбачені й новим ЦК Румунії у статтях 919, 928–948).

Крім того, якщо володіння є речовим правом, тоді слід розглянути, як воно співвідноситься із найважливішим речовим правом – правом власності. Ці констатації дають нам змогу встановити, що володіння не є речовим правом.

²⁷ Dimitrie Gherasim, *Teoria generală a posesiei în dreptul civil român*. (Academiei Republicii Socialiste România, 1986) 22; P Vlachide, *Repetiția principiilor de drept civil* (Europa Nova 1994) 66-7.

²⁸ Vlachide (n 27) 67.

²⁹ Там само.

³⁰ У цитованій праці робиться посилання на Цивільний кодекс 1864 р.

³¹ Vlachide (n 27) 67.

Серджиу Беешу

Отже, якщо володіння не є речовим правом, то це означає, що його можна віднести до категорії зобов'язальних прав або вимог, як вони визначені в юридичній літературі. Проте ми вважаємо, що у цьому випадку відповідь заперечна. Право вимоги часто виникає на підставі цивільно-правової угоди. Зазначимо, однак, що відповідно до положень ЦК Молдови володільцем є не тільки особа, яка володіла річчю на підставі цивільно-правової угоди, а й будь-яка особа, зокрема й злодій, який, зрозуміло, не володіє річчю на підставі певної цивільно-правової угоди. Звідси випливає висновок, що володіння не може бути віднесено до категорії права вимоги.

І в юридичній літературі Російської Федерації підтримується ідея, що володіння є правом. У своїй новій праці³² А. Коновалов, поділяючи позицію adeptів ідеї того, що володіння є правом, ґрунтується на твердженні, що питання про правовий характер володіння у сучасній спеціальній літературі слід вирішити на користь безумовного визнання володіння як суб'єктивного права. Для аргументації своєї позиції вчений посилається на те, що на сучасному етапі було б анархічно оголосити про існування правових відносин між суб'єктом та об'єктом. На його думку, правові відносини можуть існувати тільки між суб'єктами, а не між суб'єктом і матеріальною річчю. Дійсно, на сучасному етапі більшість учених-юристів, як і більшість учених у галузі цивільного права поділяють думку, що правовідносини можуть виникати тільки між суб'єктами. Незважаючи на це, деякі вчені вважають, що можна говорити про наявність відносин між носієм права і матеріальною річчю, особливо щодо речових прав³³. Цю думку поділяють румунські вчені І. Міческу і П. Влакідє³⁴. Ми вважаємо, що правовідносини виникають між суб'єктами правових відносин. Однак у межах речового права "зміст"³⁵ речового права може бути "виражено" саме за допомогою зв'язку між його носієм і матеріальною річчю безпосередньо. З огляду на ці міркування ми переконані, що аргумент наявності правовідносин тільки між суб'єктами, а не між суб'єктом і річчю, не є ані переконливим, ані достатнім для підтримки думки, що володіння є речовим правом.

³² А Коновалов, *Владение и владельческая защита в гражданском праве* (Юридический центр 2004) 20-31.

³³ Х Егоров, 'Понятие имущественного правоотношения' [1980] 4(23) Вестник ЛГУ 60-2.

³⁴ Vlachie (n 27) 35-8.

³⁵ Мається на увазі реальна влада носія речового права, яка часто не залежить від бажання третьої особи, яка, однак, дозволяє йому прийняти рішення щодо правового режиму предмета (предмета в сенсі речей і майнових прав). Хоча це наше твердження дійсне і для майна, і для майнових прав, у контексті матеріалу нашого аналізу мається на увазі, головним чином, зв'язок між носієм речового права і річчю.

Володіння як фактичний стан, що породжує правові наслідки

Теорія володіння як фактичний стан, який породжує права, є відносно новою. Д. Герасим стверджує³⁶, що в дійсності теорія володіння як права і теорія володіння як фактичного стану містять певну частину істини. Незважаючи на це, на думку вченого, безсумнівно, володіння не можна вважати речовим правом,

<...> оскільки таким чином змішуються речові права і фактичні ситуації, пов'язані з цими правами, точніше – ситуації, які відображають, як мінімум, змішування речових прав і фактичних ситуацій, пов'язаних із цими правами, наявність речового права³⁷.

Деякі французькі вчені також вважають володіння складовою змісту речового права, особливо права власності, але саме по собі воно не є речовим правом, а простим фактом, що породжує права, які не залежать від попереднього права власника³⁸. Р. Родьєр та Д. Герасим вважають, що ці права загалом становлять той самий *ius possessionis*, який полягає у праві на дії, визначені володінням, і праві набути право власності з огляду на набувальну давність після закінчення певного періоду часу. У ЦК Молдови, крім цих двох наслідків, які породжуються володінням, містяться норми, що регулюють ще два його наслідки як фактичного стану, а саме: можливість добросовісного володільця набути плоди предмета, який є у його володінні, а також встановлення презумпції власності володільця речі. Слід зазначити, що і в новому ЦК Румунії містяться норми, які регулюють це право, при цьому дії, які впливають із володіння, розміщені не в розділі, присвяченому наслідкам володіння (статті 928–938), а в окремому розділі, який присвячений тільки діям, що впливають із володіння – статтях 949–952. Можливо, цей матеріал розміщений у новому ЦК Румунії навмисно, під впливом теоретичного підходу, про який ми зазначили вище, суть якого полягає у тому, що захист володіння за допомогою зазначених двох речових позовів не є наслідком володіння як фактичного стану³⁹. З огляду на структуру матеріалу на тему володіння у новому ЦК Румунії, можливо, в майбутньому в юридичній літературі, присвяченій новим регулюючим нормам, автори наполягатимуть на ідеї, що володіння є фактичним станом, хоча ми схильні вважати, що положення ч. 1 ст. 916 нового ЦК Румунії стане додатковим аргументом для тих, хто підтримує теорію володіння як речове право.

³⁶ Gherasim (n 27) 23.

³⁷ Там само.

³⁸ Rene Rodiere, 'Possession' in *Encyclopedie juridique* (Daloz, Droit civil) vol V, nr, 6, apud; Gherasim (n 27) 23.

³⁹ Детальніше див.: Valeriu (n 7) 148-59.

Серджиу Беешу

Якщо посилалися на норми ЦК Молдови на тему володіння, напрошується висновок, що воно є *фактичним станом, що породжує правові наслідки*. На підтримку цієї позиції наведемо такі аргументи. По-перше, ст. 303 дає змогу виявити “покрив” фактичного стану володіння. Насправді ми не можемо з цілковитою впевненістю стверджувати, що володіння є простим фактичним станом, оскільки в ч. 1 зазначеної статті законодавець має на увазі набуття володіння внаслідок бажаного здійснення фактичного панування над річчю, без вказівки на те, що володіння є фактичним станом. По-друге, статті 303–314 не дають можливість зробити однозначний висновок, що володіння є речовим правом. У цьому сенсі є красномовною архітектура другої книги ЦК Молдови: розділ I “Майно”; розділ II “Володіння”; розділ III “Власність”; розділ IV “Інші речові права; розділ V “Реєстр нерухомого майна”, в якій помічаємо, що володінню відведено окремий розділ, при тому, що речові права регулюються, відповідно, в першому і третьому розділах. Якщо підтримати ідею, що володіння є речовим правом, тоді, безсумнівно, воно повинно бути відображено в розділі IV, в якому, однак, представлені такі речові права: право узурфрукта; право користування; право проживання; право сервітуту; право суперфіцію; право застави. За таких обставин робимо висновок, що володіння не відноситься до категорії речових прав. По-третє, ЦК Молдови регулює чотири правові наслідки володіння: презумпція власності (ст. 305); набуття плодів добросовісним володільцем (статті 310 і 311); захист володіння за допомогою речових позовів⁴⁰ (статті 308 і 309); набуття володіння внаслідок набувальної давності (статті 332–336), по цій причині вважаємо, що володіння є фактичним станом, який породжує правові наслідки. По-четверте, якщо стверджувати, що володіння є фактичним станом, який породжує правові наслідки, це не означає, що ми допускаємо його і як фактичний стан, і як право, і не допускаємо змішування правових наслідків володіння і його правомочностей як елемента, що входить до складу змісту певного речового права⁴¹.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Bîrsan C and Gaiță M and Pivniceru M M, *Drept civil. Drepturile reale* (Iași 1997) (in Romanian).

⁴⁰ У літературі за темою побутує думка, що правові наслідки володіння і захист володіння – це два різних аспекти. Тому не слід змішувати володіння з його захистом. Див.: Valeriu (n 7) 159.

⁴¹ Деякі автори вважають невдалим синтез володіння як фактичний стан із його правовими наслідками. Див.: Valeriu (n 7) 148.

2. Boar A, *Uzucapiunea, prescripția, posesia și publicitatea drepturilor* (Lumina LEX 1999) (in Romanian).
3. Filipescu Ion P, Filipescu Andrei I, *Drept civil. Dreptul de proprietate și alte drepturi reale* (ACTAMI 2000) (in Romanian).
4. Gherasim D, *Teoria generală a posesiei în dreptul civil român* (Academiei Republicii Socialiste România 1986) (in Romanian).
5. Hamangiu C and Rosetti Bălănescu I, Băicoianu Al, *Tratat de drept civil român* (V I Editura ALL 1996) (in Romanian).
6. Lucian I, *Drept civil român. Drepturi reale* (Augusta 1997) (in Romanian).
7. Mircea P, *Drept civil. Drepturi reale. Obligații. Legislație* (1996) (in Romanian).
8. Scriciu F, *Acțiunile posesorii* (Editura Lumina LEX 1998) (in Romanian).
9. Stătescu Constantin, Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale* (1988) (in Romanian).
10. Babaev A, *Sistema veshnyh prav [System of Rights in Rem]* (2006) (in Russian).
11. Demchenko V, *Russkoe grazhdanskoe pravo. Pravo veshhnoe [Russian Civil Law. Right in Rem]* (1894) (in Russian).
12. Konovalov A, *Vladienie i vladel'cheskaja zashhita v grazhdanskom prave [Possession and Possessory Protection in Civil Law]* (Juridicheskij centr 2004) (in Russian).
13. Mejer D, *Russkoe grazhdanskoe pravo [Russian Civil Law]*, t 2 (1997) (in Russian).
14. Moroshkin F, *O vladenii po nachalam rossijskogo zakonodate'l'stva [On Possession According to the Fundamentals of Russian Legislation]* (1837) (in Russian).
15. Pobedonoscev K, *Kurs grazhdanskogo prava [Course of Civil Law]*, ch 1 (1896) (in Russian).
16. Pokrovskij I, *Istorija rimskogo prava [History of Roman Law]* (1898) (in Russian).
17. Sklovskij K, *Sobstvennost' v grazhdanskom prave [Property in Civil Law]* (Statut 2008) (in Russian).

Edited books

18. Bîrsan C, *Drept civil. Drepturile reale principale (în reglementarea noului Cod civil)* (2013) (in Romanian).
19. Rodiere R, 'Possession' in *Encyclopedie juridique (Daloz, Droit civil)* vol V, nr, 6, apud. (in Romanian).
20. Stoica V, *Drept civil. Drepturile reale principale* Vol 1 (2004) (in Romanian).
21. Viorel T, *Acțiunile posesorii* (Editura C. H. Beck 2006) (in Romanian).
22. Vlachide P, *Repetiția principiilor de drept civil* (Europa Nova 1994) (in Romanian).

Journal articles

23. 'Posesia ca stare de fapt protejată juridic' (2003) 4 Curierul judiciar 140-1 (in Romanian).
24. Egorov H, 'Ponjatie imushhestvennogo pravootnoshenija' ['The Concept of Property Relations'] [1980] 4(23) Vestnik LGU 60-2 (in Russian).

Sergiu Băieșu

LEGAL NATURE OF POSSESSION

ABSTRACT. The article examines the legal nature of possession. The author identifies two major approaches to the definition of possession. Namely, in legal literature possession is defined as the factual state or as the right. The author justifies the difference in doctrinal approaches to the definition of possession by the relevant legislative provisions: in some acts of civil law possession is regarded as the right, and in others – as the factual state (and

Серджиу Беешу

at the same time, in most of the codes it has no direct relation either to the factual state or to the right, and the task of interpretation is assigned to theorists). The author pays special attention to the categories “lawful possession” and “unlawful possession”. The article also focuses on the third approach used to define the legal nature of possession, according to which possession is the factual state which generates rights.

According to the findings of the research, the author concludes that in the Civil Code of the Republic of Moldova (Moldova’s CC) possession has a legal nature. Thus, possession is defined as the factual state which generates legal consequences. The following arguments are given in support of this position: 1) the provisions of Moldova’s CC prescribe that possession is acquired as a result of intended implementation of factual possession of a thing, without indicating that possession is the factual state; 2) Moldova’s CC does not allow making an unambiguous conclusion that possession is a right in rem; 3) Moldova’s CC regulates four legal consequences of ownership: a) presumption of ownership; b) acquisition of fruits by a bona fide owner; c) protection of possession by means of ownership claims; d) acquisition of possession due to usucaption. Accordingly, the author believes that possession is the factual state generating legal consequences; 4) while assuming that possession is the factual state generating legal consequences, this does not mean that it should be considered both as the factual state and as the right. Furthermore, the author does not allow a confusion between the legal consequences of possession and its prerogatives as an element which is a part of the legal content of a certain right in rem.

KEYWORDS: possession; lawful possession; unlawful possession; bona fide possession, Civil Code of the Republic of Moldova.



Фридерик Цолль

професор, dr. hab., Doctor Honoris Causa,
професор кафедри цивільного права
Ягеллонського університету (м. Краків, Польща),
завідувач кафедри європейського
та польського приватного права,
кафедри порівняльного права Оснабрюцького університету
(м. Оснабрюк, Німеччина)
fzoll@uni-osnabrueck.de

DOI: 10.33498/lopu-2019-02-202

Людмила Саванець

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри міжнародного права,
міжнародних відносин та дипломатії
Тернопільського національного економічного університету
(м. Тернопіль, Україна)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0051-8905>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/H-5816-2017>
l.savanets@tneu.edu.ua



УДК 347.44:061.1 ЄС

АКАДЕМІЧНИЙ ПРОЕКТ ДИРЕКТИВИ ПРО ПОСЕРЕДНИЦЬКІ ОН-ЛАЙН ПЛАТФОРМИ – НОВИЙ ЗАКОНОДАВЧИЙ ІНСТРУМЕНТ ДОГОВІРНОГО ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

АНОТАЦІЯ. Стаття присвячена дослідженню сучасного етапу розвитку європейського приватного права під впливом цифрової революції. Автори здійснюють аналіз передумов необхідності прийняття нового законодавчого інструменту договірному праву Європейського Союзу (ЄС) у сфері посередницької діяльності он-лайн платформ. Особливу увагу приділено проекту Директиви ЄС про посередницькі он-лайн платформи (проект Директиви), розробленого вперше в історії правотворення ЄС академічною спільнотою.

Метою статті є проведення аналізу сучасного етапу розвитку європейського приватного права під впливом цифрової революції, передумов необхідності прийняття нового законодавчого інструменту договірному праву ЄС у сфері посередницької діяльності он-лайн платформ та з'ясування особливостей академічного проекту Директиви, розробленого вперше в історії правотворення ЄС академічною спільнотою.

Зростання ринку он-лайн платформ зумовило виникнення наукових дискусій стосовно необхідності регулювання нової форми економічних відносин. За висновками Європейської комісії перешкоду на шляху до стабільного розвитку і розши-

© Фридерик Цолль, Людмила Саванець, 2019

Фридерик Цолль, Людмила Саванець

рення масштабів діяльності он-лайн платформ (як для постійних гравців ринку, так і для нових учасників) становлять відмінності національного законодавства держав – членів ЄС та фрагментарність регулювання.

Сучасний етап розвитку європейського приватного права є багатограним явищем, що враховує також і вплив цифрової революції, та зумовлює необхідність вироблення нового законодавчого інструменту в сфері договірних відносин за участю посередницьких он-лайн платформ.

Належною реакцією на спірні питання, зумовлені революцією цифрового ринку, стало розроблення провідними вченими держав – членів ЄС проекту Директиви. Сьогодні дискусійними серед дослідників залишаються питання виправдання будь-яких регулятивних дій сучасними змінами єдиного цифрового ринку, збереження балансу між захистом прав споживачів, свободою ринку та інновацією, формою майбутнього регуляторного інструменту.

Метод роботи над проектом Директиви частково був запозичений із методології Дослідницької групи існуючого приватного права ЄС (*Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*) і включав порівняльно-правове дослідження сучасного законодавства та судової практики держав – членів ЄС, інструменти “м’якого права” (*soft law*): стандарти послуг, розроблені національними органами стандартизації; рекомендації, видані національними органами захисту прав споживачів.

Проект Директиви складається із семи глав та 29 статей, що охоплюють такі питання: сфера застосування та визначення понять; вимоги до інформації, передбаченої цією Директивою; прозорість лістингу; зв’язок через платформу; репутаційні системи зворотного зв’язку; обов’язок щодо захисту користувачів; імперативний характер; обов’язки оператора платформи стосовно клієнта та постачальника; відповідальність оператора платформи; регрес; прикінцеві положення.

Як зазначають розробники проекту Директиви, низка питань все ще залишаються предметом контрверсійних дискусій у середині робочої групи. Зокрема, це питання, що стосуються сфери проекту Директиви, обраного підходу спільного регулювання репутаційної системи зворотного зв’язку, визначення межі відповідальності оператора платформи, розширення сфери захисту прав не тільки споживачів, а й усіх клієнтів он-лайн платформ, включаючи постачальників.

Таким чином, протягом останніх двох десятиліть он-лайн платформи докорінно змінили цифрову економіку та продовжують надавати багато переваг у сучасному цифровому суспільстві. Нині важливим є напрацювання ефективного правового масиву, що забезпечить майбутнє економічне зростання та функціонування спільного цифрового ринку ЄС. Вважаємо, що проект Директиви, розроблений вперше в історії правотворення ЄС академічною спільнотою, стане новим законодавчим інструментом для цифрового ринку ЄС.

Ключові слова: посередницькі он-лайн платформи; договірне право ЄС; академічний проект Директиви про посередницькі он-лайн платформи; приватне право ЄС; електронний правочин.

У сучасному світі швидкими темпами зростає роль посередницьких он-лайн платформ, що виступають новими формами ведення бізнесу, зокрема *Google’s AdSense, DoubleClick, eBay, Amazon Marketplace,*

Google Search, Facebook, YouTube, Google Play, App Store, PayPal, Zalando Marketplace, Uber, Airbnb, BlaBlaCar. Он-лайн платформи охоплюють широкий спектр діяльності, зокрема й інтернет-рекламні та торговельні майданчики, пошукові системи, соціальні мережі, цифровий контент, послуги, платіжні системи і платформи для спільної економіки (*collaborate economy*)¹. Їхня діяльність відіграє все більшу роль у соціально-економічному житті та виступає важливою частиною процвітаючого цифрового ринку². Адже функціонування он-лайн платформ докорінно змінило концепцію доступу до інформації, уможливило уникнення транс-кордонних бар'єрів між клієнтами та постачальниками товарів, цифрового контенту й послуг, що зумовлює розширення асортименту товарів, послуг та цифрового контенту для споживачів, підвищення ефективності й конкурентоспроможності промисловості³, виконання договірних зобов'язань⁴. Так, он-лайн платформи, що надають послуги зі здійснення розрахунків та платежів, звільняють сторін договірного зобов'язання, які перебувають на відстані, від обов'язку взаємного надання конфіденційної фінансової та особистої інформації⁵.

Зростання ринку он-лайн платформ зумовило виникнення наукових дискусій стосовно необхідності регулювання нової форми економічних відносин. Сьогодні особливо актуальним є питання правового регулювання відносин, пов'язаних з обробкою, накопиченням і використанням персональних даних користувачів он-лайн платформ, підприємницьких відносин між он-лайн платформою та постачальником товарів, цифрового контенту чи послуг, відносин щодо захисту прав усіх клієнтів он-лайн платформи, включаючи і споживачів, ролі он-лайн платформи у боротьбі з інтернет-піратством. Значні труднощі продовжують з'являтися не тільки в межах приватного права⁶, а й конкурентного та публічного права, а також деяких аспектів адміністративного і податкового регулювання⁷.

Проблематику необхідності вироблення нового законодавчого інструменту для ефективного правового регулювання договірних відносин за посередництвом он-лайн платформ у межах Європейського Союзу

¹ C Cauffman, 'The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?' (2017) 6 *European Consumer and Market Law* 235-43. doi 10.2139/ssrn.2883845.

² T Pertot and M D'Onofrio, 'Platforms – Business Models and Contracts' (2018) 4 *European Consumer and Market Law* 170-2.

³ 'Online Platforms. Digital Economy and Society' (*Digital Single Market*, 12 February 2019) <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/online-platforms-digital-single-market>> (accessed: 14.02.2019).

⁴ A Franceschi, *European contract law and the digital single market: the implications of the digital revolution* (Intersentia 2016) 16. doi 10.1017/9781780685212.

⁵ A Janczuk-Gorywoda, 'Online platforms as providers of transnational payments law' [2016] 2(24) *European review of private law* 250.

⁶ M Schmidt-Kessel, 'Privatrecht für die digital Welt' (2015) 4 *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatright. European Community Private Law Review. Revue de droit privé communautaire* 157.

⁷ Franceschi (n 4) 16; T Rodriguez de las Heras Ballell, 'Refusal to deal, abuse of right and competition law in electronic markets and digital communities' [2014] 5(22) *European review of private law* 685-702.

(далі – ЄС) протягом останніх років порушували у своїх працях європейські дослідники приватного права, зокрема Х. Буш, А. Вевюрівська-Домагальська, Г. Даннеманн, А. де Франческі, М. Шмідт-Кессель, Г. Шульте-Ньольке, Ф. Цолль, А. Янчик-Горивода.

Метою дослідження є проведення аналізу сучасного етапу розвитку європейського приватного права під впливом цифрової революції, передумов необхідності прийняття нового законодавчого інструменту договірної права ЄС у сфері посередницької діяльності он-лайн платформ, та з'ясування особливостей академічного проекту Директиви ЄС про посередницькі он-лайн платформи (далі – проект Директиви), розробленого вперше в історії правотворення ЄС академічною спільнотою.

За висновками Європейської комісії перешкоду на шляху до стабільного розвитку і розширення масштабів функціонування он-лайн платформ (як для постійних гравців ринку, так і для нових учасників) становлять відмінності національного законодавства держав – членів ЄС та фрагментарність регулювання⁸. Саме тому сьогодні Європейська комісія здійснює напрацювання правового масиву у сфері відносин он-лайн платформ та бізнесу, захисту прав споживачів, зокрема, нею підготовлений проект Регламенту в сфері пропагування справедливості та прозорості для суб'єктів підприємницької діяльності – користувачів он-лайн посередницьких послуг⁹, новий курс для споживачів: посилення Комісією шляхів захисту прав європейських споживачів¹⁰.

Більшість питань, зумовлених цифровою революцією, стосуються аспектів, що виходять за межі компетенції національних законодавців, суддів та учених, і вимагають узгодженого вирішення на європейському рівні з використанням міждисциплінарного підходу. Як зазначають науковці, основною метою ЄС є сприяння у здійсненні аналізу норм та розвитку європейського приватного права як багатогранного явища, що враховує також і вплив цифрової революції. Головним аспектом у цьому слугує баланс інтересів, що, з одного боку, не залишає нові ринки без регулятивних правил, а з другого – уможлиблює уникнення надмірного регулювання з метою забезпечення прав як споживачів, так і інших клієнтів он-лайн платформ, а також створення умов для розвитку нових бізнес-моделей. Зазначене може стати основою розвитку справжнього єдиного європейського ринку: шляхом прийняття узгодженого підходу,

⁸ Online Platforms. Digital Economy and Society (n 3).

⁹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services COM (2018) 238 final 2018/0112(COD) from 26.4.2018 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0238>> (accessed: 18.11.2018).

¹⁰ A New Deal for Consumers: Commission strengthens EU consumer rights and enforcement <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3041_en.htm> (accessed: 18.11.2018).

законодавець ЄС матиме можливість зробити свій внесок у зміцнення прозорості та правової визначеності, тим самим, підвищуючи привабливість внутрішньої та транскордонної електронної комерції для всіх учасників, зокрема й учасників із-за меж ЄС¹¹.

Головне питання полягає не тільки в тому, яким чином ЄС здійснює регулятивний вплив на цифровий сектор, а й коли. Органи влади ЄС уповноважені втручатися, якщо суб'єкти цифрового ринку порушують конфіденційність, авторські права або законодавство про захист прав споживачів. Нині ЄС прагне регулювати ці питання стосовно наслідків (і, зокрема, функціонування он-лайн платформ) швидше *ex ante*, ніж *ex post*¹².

У межах стратегії єдиного цифрового ринку ЄС Європейською комісією було проведено низку наукових конференцій та семінарів, консультацій із громадськістю та здійснено всебічне дослідження ролі он-лайн платформ на сучасному цифровому ринку. Відповідна оцінка у формі висновків була викладена у Повідомленні Європейської комісії для Європейського Парламенту, Ради, Європейського економічно-соціального комітету та Комітету регіонів COM(2016) 288 “Он-лайн платформи та єдиний цифровий ринок. Можливості та виклики для Європи” від 25 травня 2016 р.¹³.

Належною реакцією на дискусійні питання, зумовлені революцією цифрового ринку, стало розроблення провідними вченими держав – членів ЄС академічного проекту Директиви. Вперше проект Директиви був представлений для обговорень у четвертому номері журналу “*Journal of European Consumer and Market Law*” 2016 р.¹⁴. Нині доктринальні переклади англomовної версії проекту Директиви французькою, німецькою, словацькою, польською, корейською та українською мовами¹⁵ розміщені на офіційній сторінці Інституту європейських правових досліджень Оснабрюцького університету (Німеччина). Цей проект є результатом спільної роботи Дослідницької групи над правом цифрових

¹¹ Franceschi (n 4) 17.

¹² H Makiyama and Ph Legrain, ‘How to fix the flaws in the EU’s Digital Single Market’ (*Open Political Economy Network LTD*, 8 January 2017) <http://g8fip1kplyr33r3krz5b97d1.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2017/01/OPEN_Report_DRAFT_DSM_analysis.pdf> (accessed: 18.11.2018).

¹³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions “Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe” COM (2016) 288, 25 May 2016 <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016DC0288>> (accessed: 18.11.2018).

¹⁴ Research group on the Law of Digital Services, ‘Discussion draft of a Directive on online intermediary platforms’ [2016] 4(5) *Journal of European Consumer and Market Law* 164-9.

¹⁵ Переклад проекту Директиви про посередницькі он-лайн платформи українською мовою здійснено авторами статті у межах реалізації проекту “*Made in Europe*” профінансованого Польським національним центром науки № UMO-2012/04/A/HS5/00709: Проект Директиви про посередницькі он-лайн платформи <https://www.elsi.uni-osnabrueck.de/projekte/model_rules_on_online_intermediary_platforms/translations.html> (дата звернення: 18.11.2018).

послуг, Європейської групи дослідників-правників, ініційованої вченими з Оснабрюцького університету (Німеччина) та Ягеллонського університету (Польща). Керівники проекту – Х. Буш (Оснабрюк), Г. Даннеманн (Берлін), Г. Шульте-Ньольке (Оснабрюк/Неймеген), А. Вєвюровська-Домагальська (Оснабрюк), Ф. Цолль (Краків/Оснабрюк). В основу розробленого проекту Директиви лягли обговорення проблем функціонування посередницьких он-лайн платформ на двох міжнародних наукових конференціях у листопаді 2015 р. в Оснабрюцькому університеті (Німеччина) та квітні 2016 р. у Ягеллонському університеті (Польща).

Нині дискусійними серед дослідників залишаються питання виправдання будь-яких регулятивних дій сучасними змінами єдиного цифрового ринку, збереження балансу між захистом прав споживачів, свободою ринку та інновацією, форми майбутнього регуляторного інструменту¹⁶. Більшість науковців переконують у необхідності регулювання, при цьому відповідний його рівень має бути швидше європейським, аніж національним, що забезпечить уникнення перешкод функціонування єдиного цифрового ринку, пов'язаних із відмінностями у національних регулятивних вимогах для он-лайн платформ¹⁷.

Метод роботи над проектом Директиви частково був запозичений із методології Дослідницької групи існуючого приватного права ЄС (*Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*)¹⁸ і включав порівняльно-правове дослідження сучасного законодавства та судової практики держав – членів ЄС, інструменти “м'якого права” (*soft law*): стандарти послуг, розроблені національними органами стандартизації; рекомендації, видані національними органами захисту прав споживачів.

Проект Директиви складається із семи глав та 29 статей, що охоплюють такі питання: сфера застосування та визначення понять; вимоги до інформації, передбаченої Директивою; прозорість лістингу; зв'язок через платформу; репутаційні системи зворотного зв'язку; обов'язок щодо захисту користувачів; імперативний характер; обов'язки оператора платформи стосовно клієнта та постачальника; відповідальність оператора платформи; регрес; прикінцеві положення.

Доцільно зауважити, що сфера застосування Директиви звужена до договорів поставки товарів, послуг чи цифрового контенту, укладених між постачальником і клієнтом за допомогою посередницької он-лайн платформи. Подальші наукові дискусії зумовлює питання можливості

¹⁶ Research group on the Law of Digital Services (n 14) 164.

¹⁷ Там само.

¹⁸ J Sénéchal and S Stalla-Bourdillon, *Rôle et responsabilité des opérateurs de plateforme en ligne: approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles?* (Paperback 2018) 182.

застосування положень Директиви до договорів міні, укладених за посередництвом соціальних платформ.

Як зазначають розробники проекту Директиви, низка питань все ще залишаються предметом контроверсійних дискусій у середині робочої групи. Зокрема, це питання, що стосуються сфери проекту Директиви, обраного підходу спільного регулювання репутаційної системи зворотного зв'язку, визначення межі відповідальності оператора платформи, розширення сфери захисту прав не тільки споживачів, а й усіх клієнтів он-лайн платформ, включаючи постачальників¹⁹.

Висновки. Таким чином, протягом останніх двох десятиліть он-лайн платформи докорінно змінили цифрову економіку та продовжують надавати багато переваг у сучасному цифровому суспільстві. Нині важливим є напрацювання ефективного правового масиву, що забезпечить майбутнє економічне зростання ЄС, функціонування спільного цифрового ринку ЄС. Вважаємо, що проект Директиви, розроблений вперше в історії правотворення ЄС академічною спільнотою, стане новим законодавчим інструментом для цифрового ринку ЄС.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. A New Deal for Consumers: Commission strengthens EU consumer rights and enforcement <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3041_en.htm> (accessed: 18.11.2018) (in English).
2. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions “Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe” COM (2016) 288, 25 May 2016 <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016DC0288>> (accessed: 18.11.2018) (in English).
3. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services COM (2018) 238 final 2018/0112(COD) from 26.4.2018 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0238>> (accessed: 18.11.2018) (in English).
4. Proekt Dyrektyvy pro poserednytski on-lain platformy [Draft Directive on Interference Online Platform] <https://www.elsi.uni-osnabrueck.de/projekte/model_rules_on_online_intermediary_platforms/translations.html> (accessed: 18.11.2018) (in Ukrainian).

¹⁹ Research group on the Law of Digital Services (n 14) 165.

Bibliography

Authored books

5. Franceschi A. *European contract law and the digital single market: the implications of the digital revolution* (Intersentia 2016) (in English).
6. Sénéchal J and Stalla-Bourdillon S, *Rôle et responsabilité des opérateurs de plateforme en ligne: approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles?* (Paperback 2018) (in French).

Journal articles

7. Cauffman C, 'The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?' (2017) 6 *European Consumer and Market Law* 235-43 (in English).
8. Janczuk-Gorywoda A, 'Online platforms as providers of transnational payments law' [2016] 2(24) *European review of private law* 223-52 (in English).
9. Pertot T and D'Onofrio M, 'Platforms – Business Models and Contracts' (2018) 4 *European Consumer and Market Law* 170-2 (in English).
10. Research group on the Law of Digital Services. 'Discussion draft of a Directive on online intermediary platforms' [2016] 4(5) *Journal of European Consumer and Market Law* 164-9 (in English).
11. Rodriguez de las Heras Ballell T, 'Refusal to deal, abuse of right and competition law in electronic markets and digital communities' [2014] 5(22) *European review of private law* 685-702 (in English).
12. Schmidt-Kessel M, 'Privatrecht für die digital Welt' (2015) 4 *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivat Recht. European Community Private Law Review. Revue de droit privé communautaire* 157 (in German).

Websites

13. Makiyama H and Legrain Ph, 'How to fix the flaws in the EU's Digital Single Market' (*Open Political Economy Network LTD*, 8 January 2017) <http://g8fip1kplyr33r3krz5b97d1.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2017/01/OPEN_Report_DRAFT_DSM_analysis.pdf> (accessed: 18.11.2018) (in English).
14. 'Online Platforms. Digital Economy and Society' (*Digital Single Market*, 12 February 2019) <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/online-platforms-digital-single-market>> (accessed: 14.02.2019) (in English).

Fryderyk Zoll
Liudmyla Savanets

THE ACADEMIC DRAFT DIRECTIVE
ON ONLINE INTERMEDIARY PLATFORMS –
A NEW LEGISLATIVE INSTRUMENT OF THE EU LAW OF CONTRACTS

ABSTRACT. The article focuses on investigating into the current stage of the European private law development under the influence of the digital revolution. The authors analyze the prerequisites for the need to adopt a new legislative instrument of contract law of the European Union (EU) with regard to intermediation through online platforms. The article specifically highlights the draft EU Directive on online intermediary platforms which is developed by the academic community for the first time in the history of EU law-making.

The aim of the article is to analyze the current stage of the European private law development under the influence of the digital revolution and the prerequisites for the need to adopt a new legislative instrument of the EU contract law with regard to intermediation through online platforms, and to identify the specific aspects of the academic draft of the EU Directive on online intermediary platforms (draft Directive) developed by the academic community for the first time in the history of EU law-making.

The growth of the online platforms market has evoked scientific discussions about the need to regulate this new form of economic relations. According to the conclusions made by the European Commission, differences present in national legislation of the EU Member States and the fragmented nature of the regulation process hinder sustainable development and expansion of the scope within which online platforms can operate (both for regular market players and for new entrants).

The current stage of the European private law development is a multifaceted phenomenon which gives due consideration to the impacts of the digital revolution and predetermines the need to develop a new legislative instrument with regard to contractual relations which involve online intermediary platforms.

The draft Directive developed by leading scholars of the EU Member States is an appropriate response to the controversial issues evoked by the revolution of the digital market. Today, there is still controversy between researches with regard to such issues as justification of any regulatory actions by modern changes in the single digital market, and also maintenance of the balance between consumer rights protection, market freedom and innovation, and the forms of the future regulatory instrument.

The method used to work on the draft Directive was partially borrowed from the methodology of the Research Group on the Existing EU Private Law (Acquis Group) and included a comparative study of modern legislation and case law of the EU Member States, soft law instruments developed by national standardization bodies, service standards and recommendations issued by national consumer rights protection authorities.

The draft Directive consists of seven chapters and 29 articles covering the following issues: application scope and definitions; requirements to information provided for in this Directive; transparency of the listing; communication through the platform; reputational feedback systems; commitment to protect users; mandatory nature; obligations of the platform's operator with regard to the client and the provider; liability of the platform's operator; regression; final provisions.

As noted by the drafters of the draft Directive, a number of issues still remain in the focus of controversial discussions in the working group. Particularly, these are the issues relating to the application scope of the draft Directive, the selected approach for joint regulation of the reputational feedback system, determination of the limits of the platform operator's liability, expansion of the scope of protected rights so that it covers not only the consumers but all clients of online platforms, including suppliers.

Thus, over the past two decades, online platforms have radically changed the digital economy and continue providing many benefits in today's digital society. Currently, it is crucial to develop and accumulate an efficient legal framework capable of ensuring the future economic growth and the functioning of the EU's common digital market. We believe that the draft Directive developed by the academic community for the first time in the EU law-making history will become a new legislative instrument for the EU digital market.

KEYWORDS: online intermediary platforms; EU contract law; the academic draft Directive on online intermediary platforms; EU private law; electronic legally binding transaction.



Бенедікт Фоварк-Коссон

доктор юридичних наук,
дійсний член Міжнародної академії порівняльного права,
член Державної Ради Франції
(м. Париж, Франція)
benedicte.fauvarque-cosson@conseil-etat.fr

УДК 347.44

ІСТОРІЯ РЕФОРМИ ФРАНЦУЗЬКОГО ДОГОВІРНОГО ПРАВА*

АНОТАЦІЯ. Метою статті є аналіз етапів реформи зобов'язального і договірного права у Франції, виявлення чинників, що вплинули на проведення зазначеної реформи, а також короткий аналіз її результатів.

Автор висловлює думку, що реформа договірного права у Франції має потрібну мету: забезпечити більшу доступність і ясність договірного права Франції, встановити належну рівновагу між суперечливими цілями, а також надати більше привабливості праву Франції у міжнародному контексті. Ця реформа характеризується відкритістю для зовнішніх ідей. Такий дух відкритості, що є елементом її повноти, виник із розробок науковців та уряду, з конфронтації думок, висловлених у процесі багатьох консультацій, що дало змогу нейтралізувати крайнощі й досягти певного консенсусу щодо збалансованих позицій, а також з огляду на європейський і міжнародний контекст. Автор, спираючись на специфіку цивільно-правової традиції, наводить аргументи на підтримку позитивної відповіді щодо формування – через порівняльне право і національні кодифікації – загальноєвропейської правової культури. Він зазначає, що зобов'язальне право Франції постійно оновлювалося завдяки творчому потенціалу французьких суддів, учених, а також завдяки законодавчим ініціативам, які здійснювалися поза межами Цивільного кодексу Франції (ЦК Франції) (в інших кодексах чи в законодавчих нормах, не включених до жодного кодексу). Однак це ускладнило прочитання французького законодавства. З усіх цих причин модернізований ЦК Франції вважався найкращим інструментом для сприяння правовій визначеності та ефективності бізнесу. Проте нове загальне договірне право Франції не є чистим аркушем, вільним від минулого. Воно має віднайти своє місце у комплексному правовому середовищі, що враховує, з міркувань правової визначеності, раніше укладені договори, а також волю сторін та існування спеціальних правових режимів, які не плануються змінювати. Складне питання, яке виникло і, безумовно, викличе ухвалення судами певних важливих рішень, полягає у тому, чи є нові норми імперативними або необов'язковими, і це розходження характерне для традиції цивільного права. Автор підкреслює, що модернізований ЦК Франції

* Переклад із французької мови О. Халабуденка.

у редакції 2018 р., а також його перекладена версія, тепер є частиною правової спадщини Європи.

Ключові слова: реформа зобов'язального права; реформа договірної права; Цивільний кодекс Франції; Цивільний кодекс Німеччини; європейське договірне право; європейський правовий спадок.

Ідея реформування Цивільного кодексу Франції (далі – ЦК Франції) виникла ще наприкінці ХІХ ст. Вона визрівала протягом багатьох років, аж до її реалізації на початку ХХІ ст.

Актуальність цієї статті та перспективи подальшого дослідження теми вбачаються у висвітленні актуальних проблем реформи зобов'язального і договірної права Франції, результати якої можуть бути затребувані українським науковим співтовариством і законодавцем.

Метою дослідження є аналіз етапів реформи зобов'язального і договірної права у Франції, виявлення чинників, що вплинули на проведення зазначеної реформи, а також короткий аналіз її результатів.

Необхідність реформи ЦК Франції, який відкрив період епохи цивільно-правової кодифікації, була обумовлена бумом, викликаним порівняльним правознавством, а також появою Цивільного кодексу Німеччини (*BGB*) у 1900 р., більш сучасного, ніж ЦК Франції, датований 1804 р. Дискусії велися між прихильниками реформи і її супротивниками¹. Була створена парламентська комісія, перед якою поставили завдання розробити попередній проект реформи ЦК Франції, але він не мав успіху.

У період між 1804 і 1960 рр. ЦК Франції зазнав лише деяких змін. Крім того, й основні з них не зачіпали загальних положень про зобов'язання.

Така стабільність свідчить про виняткову якість роботи, яка була виконана у 1804 р., а також здатність французького законодавства до адаптації, як за допомогою судової практики, так і розробки інших кодексів, потреба в яких була пов'язана з економічними змінами і соціальним розвитком на початку ХХ ст.

Після Другої світової війни була створена Комісія з реформи ЦК Франції, однак її робота не мала успіху.

Рух за реформу загальної частини зобов'язального права було відновлено тільки після святкування 200-річчя ЦК Франції у 2004 р. Дійсно, в цей час Президент Франції Ж. Ширак дав сильний політичний імпульс, поставивши під час святкувань 11 березня 2004 р. завдання переписати “за 5 років законодавство про договори і цінні папери”.

¹ Ferdinand Larnaude, ‘Le Code civil et la nécessité de sa révision’ in *Livre du Centenaire* (Daloz 2004); Eustache Pilon, ‘Réforme du Code civil par voie de révision générale’ in *Livre du Centenaire* (Daloz 2004); Marcel Planiol, ‘Inutilité d’une révision générale du Code civil’ in *Livre du Centenaire* (Daloz 2004); Eugene Gaudemet, ‘Les codifications récentes et la révision du Code civil’ in *Livre du Centenaire* (Daloz 2004).

Поряд із бажанням модернізувати зобов'язальне право – незаперечною рушійною силою реформи був й інший, дуже потужний фактор – розвиток європейського приватного права. Ці два фактори призвели до прийняття реформи, загальні риси якої ми коротко опишемо.

Європейський контекст реформи

Процес розробки реформи французького договірної права тісно пов'язаний із роботою, виконаною в зв'язку з появою європейського договірної права.

Проект європейського договірної права був пріоритетом Європейської комісії. Так, у 2000 р. у резолюції щодо програми роботи Комісії на 2000 р. Європейський Парламент зазначив, що 'на внутрішньому ринку стала необхідною подальша гармонізація в галузі цивільного права'. У 2001 р. Комісія видала повідомлення "Про європейське договірне право"², у якому піддала критиці співіснування відмінностей у національному законодавчому регулюванні договірної права, розглядаючи його як перешкоду функціонування внутрішнього ринку. Вона представила різні "варіанти майбутніх ініціатив громад". У 2003 р. Комісія видала нове повідомлення під назвою "Більш узгоджене європейське договірне право. План дій". Зокрема, у ньому містилися пропозиції про дві групи заходів: 'сприяння в розробці стандартних умов і положень, які можна застосувати в усьому Союзі' і створення "загальної системи координат" (CCR), яка буде 'прийнята як еталон національними законодавчими органами у межах Європейського Союзу і, можливо, третіми країнами, які могли б використовувати її як частину своїх зусиль щодо прийняття нових правил про договірне право або поправок до існуючих правил'³. Загальна система координат повинна була складатися із трьох частин: принципів, визначень і типових правил. Вона мала ґрунтуватися на національному договірному праві (юриспруденції і сформованій прецедентній практиці), *acquis communautaire* (добробок спільноти), відповідних міжнародних документах, зокрема Конвенції Організації Об'єднаних Націй про міжнародну купівлю-продаж товарів (1980 р.).

Існував і певний опір вторгненню європейського й іноземного права (цьому сприяла публікація під егідою Світового банку першої доповіді "Ведення бізнесу" ("*Doing Business*"), видання 2004 р., у якій применшу-

² Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European contract law (COM(2001) 398): 11.07.2001 <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&cotelId=1&year=2001&number=398&version=ALL&language=en>> (accessed: 10.01.2019).

³ A more coherent European contract law – An action plan: Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, COM/2003/0068 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:52003DC0068>> (accessed: 10.01.2019).

валася французька правова традиція, унаслідок звинувачень її у тому, що вона не є привабливою для “ведення бізнесу”).

Воля модернізувати французьке зобов'язальне право

Саме в цьому контексті незадовго до 200-річчя ЦК Франції під керівництвом П. Катала був підготовлений попередній проект закону про зобов'язання і приписи, опублікований і представлений міністру юстиції⁴ у вересні 2005 р.

У 2008 р. інша робоча група, цього разу очолювана Ф. Терре під егідою Академії моральних і політичних наук, до якої входили учені, а також представники юридичних професій і пов'язаних з економічними колами юристів, опублікувала книгу “За реформу договірної права”⁵. Вона містила пропозиції ще про одну реформу договірної права. Цей проект за декількома пунктами відрізнявся від попереднього проекту П. Катала 2005 р.

Міністерство юстиції Франції, ознайомившись із двома проектами та взявши до уваги численні огляди і відгуки на них, з метою об'єднання різних пропозицій щодо вжиття порівняльного та європейського підходів для включення проведеної реформи в контекст описаного вище європейського руху, розробило поширений у 2008 р. перший попередній проект.

Проведена Міністерством юстиції Франції робота над проектом реформи зобов'язального права також ґрунтувалася на європейських джерелах, передусім Принципах європейського договірної права і Принципах УНІДРУА. Проект Загальної системи координат (“*Draft Common Frame of Reference*”), оприлюднений у 2009 р., також був взятий до уваги, але його вплив залишався обмеженим. Велике значення мав кадровий підбір Міністерства, яке для розробки проекту реформи договірної права оточило себе вченими, що займаються дослідженнями на європейському рівні, а отже, прекрасно ознайомлені з іншими європейськими правовими системами і проектами гармонізації. Зокрема, безпосередньо пов'язаний із європейськими проектами вибір хронологічного плану для нового договірної права, який робив акцент на відмінність між договірним правом і правовим режимом зобов'язань. Ухвалення хронологічного плану здійснювалося на основі проектів європейського договірної права⁶.

⁴ Pierre Catala, ‘Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescriptio’ (*Documentation Française, Ministère de la Justice et des Libertés*, Juin 2006) <<https://www.ladocumentationfrancaise.fr/catalogue/9782110061324/index.shtml>> (accessed: 10.01.2019).

⁵ François Terré, *Pour une réforme du droit des contrats* (Daloz 2008).

⁶ Зокрема, робота Товариства порівняльного законодавства (*Terminologie contractuelle commune, Principes contractuels communs*) містить керівні принципи європейського договірної права та переглянуті

Бенедікт Фоварк-Коссон

Відповідно до першого проекту, зареєстрованого в Канцелярії в 2008 р., було запропоновано присвятити окрему главу твердженням керівних принципів французького договірного права (свобода договору, обов'язкова сила та сумлінність) і, особливо, замінити поняття “інтерес” в договорі поняттям “відстави”.

Пропозиції викликали безліч заперечень, які спонукали Канцелярію переглянути початковий план, що здався багатьом спостерігачам занадто далеким від французької традиції, більше схожим на план, характерний для міжнародних договорів, ніж на кодифікацію внутрішнього права. Крім того, виділення глави “Керівні принципи” викликало багато нарікань як із точки зору доктрини, яка вважає такий підхід чужим французькій законодавчій традиції, так і з боку деяких представників компаній, які побоювалися, що суддя не зможе широко тлумачити такі принципи, або що їх складно буде погоджувати зі спеціальними правилами. Названі принципи були збережені, але вони більше не ідентифікуються як такі (див. ст. 1102 і наступні статті ЦК Франції).

Незважаючи на різні попередні проекти, вплив академічних кіл та соціальних партнерів, у 2014 р., через 10 років після ювілею 200-річчя ЦК Франції, законопроект у бюро Асамблеї так і не був внесений. Для проведення реформи був необхідний новий політичний імпульс.

Міністерство юстиції Франції незабаром визнало, що для проведення реформи необхідно вдатися до порядку, передбаченого у ст. 38 Конституції Франції, згідно з якою:

Для виконання своєї програми Уряд може звернутися до Парламенту за дозволом здійснити шляхом видання ордонансів протягом обмеженого терміну заходи, які зазвичай входять до сфери законодавства. Ордонанси приймаються Радою міністрів після отримання висновку Державної ради. Вони набувають чинності після їх опублікування, але втрачають її, якщо законопроект про їх затвердження не внесений до Парламенту до закінчення терміну, зазначеного у законі. Після закінчення терміну, зазначеного в першому абзаці цієї статті, ордонанси з питань, що входять у сферу законодавства, можуть бути змінені лише законом⁷.

Дебати в Парламенті були інтенсивними, Сенат рішуче виступив проти реформи шляхом ордонанса, але міністру юстиції пані Тобіра вдалося переконати парламентарів прийняти ст. 8 Закону Франції від 16 лютого 2015 р. № 2015-177 “Про модернізацію і спрощення законодавства та про-

принципи європейського договірного права. В Fauvarque-Cosson and D Mazeud, ‘Avant-propos’ in *Projet de cadre commun de référence – Terminologie contractuelle commune* (SLC 2008).

⁷ Constitution de la République Française du 4 octobre 1958 <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?idTexte=LEGITEXT000006071194>> (accessed: 10.01.2019).

цедур у сфері юстиції і внутрішніх справ”, наділивши Уряд можливістю реформувати розглянуте питання за допомогою ордонансів⁸.

З ініціативи 60 сенаторів закон був переданий до Конституційної ради, причому сенатори вважали, що запропонована реформа за своїм масштабом і потенційно можливими наслідками повинна бути здійснена Парламентом.

Конституційна рада в рішенні від 12 лютого 2015 р. № 2015-710 відхилила звернення й оголосила, що стаття відповідає Конституції Франції, оскільки розширення правових можливостей ‘точно визначено у своїй сфері та цілі, а отже, надана можливість не суперечить вимогам, що випливають зі статті 38 Конституції’, а тому ‘стаття 8 зазначеного закону не суперечить будь-яким іншим конституційним вимогам і, таким чином, має бути визнана відповідною Конституції’⁹.

Дійсно, компетенція, якою наділявся Уряд, була досить конкретною для того, щоб визначити основні напрями реформи, тож Парламент не міг вплинути на наданий Уряду “карт-бланш”. Ба більше, депутати Парламенту і сенатори, незважаючи на те, що вони мали можливість це зробити в контексті обговорення статті, яка визначає компетенцію Уряду, проте не внесли пропозиції про зміну, доповнення і тим більше зменшення такої компетенції.

25 лютого 2015 р. Міністерство юстиції Франції знову представило на широке обговорення проект реформи, оприлюднивши його на своєму веб-сайті. У процесі обговорення було безліч зауважень, відповідно до яких проект 2015 р. був змінений і став ордонансом, опублікованим 10 лютого 2016 р.

У червні 2017 р. у Сенат був внесений законопроект від 10 лютого 2016 р. № 2016-131 “Про ратифікацію постанови про реформу договір-ного права, загальний режим зобов’язань і доведення їх встановлення”, включаючи єдину статтю, внесена в Сенат¹⁰.

Процедура ратифікації супроводжувалася надзвичайно насиченими дебатами, що також свідчить про винятковий характер проведеної реформи. Перш за все, вони дозволили Парламенту внести певні поправки й уточнити тлумачення положень для того, щоб розкрити намір

⁸ Незважаючи на те, що з огляду на так звану прискорену процедуру, законопроект вимагав, за відсутності згоди змішаної спільної комісії, трьох нових читань: на Національних зборах – 30 жовтня 2014 р., у Сенаті – 22 січня 2015 р. та, нарешті, в останній раз, після якого він був остаточно прийнятий у Національних Зборах, – 28 січня 2015 р.

⁹ Conseil constitutionnel jeudi 12 février 2015 – Décision N° 2015-710 DC <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do;jsessionid=5ABA65BEE0BF0930914EB5EE42AA58EC.tpdila18v_2?oldAction=rechJuriConst&idTexte=CONSTEXT000030338431&fastReqId=649667566&fastPos=2> (accessed: 10.01.2019).

¹⁰ Projet de loi n° 578 ratifiant l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, enregistré à la Présidence du Sénat le 9 juin 2017 <<https://www.senat.fr/leg/pjl16-578.html>> (accessed: 10.01.2019).

законодавця. Таким чином, ордонанс був ратифікований законом від 20 квітня 2018 р.¹¹, який містив деякі положення, змінюючи його первісний зміст.

Основні напрями реформи

Французька реформа договірного права мала на меті: формулювання більш виразного і доступного права; посилення захисту слабкої сторони відносин; більшу його привабливість.

1. Поліпшення правової визначеності шляхом роз'яснення дії закону. З формального боку пропонується дидактичний і структурований план на користь більш простих формулювань. Закріплюються вступні положення, призначені для представлення основних положень договірного права за допомогою затвердження загальних принципів свободи договору, обов'язковості договору і добросовісності.

Насправді було кодифіковано прецедентне право, що стало, по суті, чинним законом. Так, нині визнані чинними положення, присвячені попереднім договірним переговорам, попереднім договорам, які є преференційними угодами й односторонніми обіцянками, а також положення щодо процесу формування договору.

2. Посилення привабливості французького права. Деякі неконкретні поняття були видалені, зокрема, поняття підстави (*causa*) – джерело великої і нестабільної судової практики, було замінено певними положеннями, що дають змогу закріпити в кодифікації функціональне його значення з урахуванням судової практики, вилучивши саме це поняття, зважаючи на невизначеність його змісту.

Односторонні засоби правового захисту, які доступні кредитору в разі невиконання зобов'язання, були розроблені з урахуванням необхідності уникнути систематичного звернення до суду: заперечення у разі невиконання навіть тоді, коли невиконання передбачається, одностороннє розірвання договору зворотної сили шляхом подання відповідного повідомлення виконання коштом боржника, одностороннє зменшення ціни. Суддя у цих випадках втручається тільки апостеріорі, в разі виникнення спору з боржником.

3. Гарантія мінімального договірного правосуддя. Імператив про надання привабливості французькому праву був узгоджений із прагненням гарантувати мінімум договірного правосуддя. Були введені інструменти, призначені для захисту більш слабкої сторони, але в суворих межах, що не дозволяють послабити транзакції:

¹¹ Loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 21 avril 2018 <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000036825602&categorieLien=id>> (accessed: 10.01.2019).

– наявність зловживання станом залежності однієї сторони стосовно іншої визнається самостійною вадою згоди за умови наявності відносин залежності між двома сторонами і того, що одна зі сторін має “явно надмірну перевагу”;

– у ЦК Франції санкціоновані несправедливі (недобросовісні) умови, тобто ті, які створюють значний дисбаланс у правах і обов’язках сторін, але тільки для договорів про приєднання, тобто таких, зміст яких встановлюється в односторонньому порядку, і які не передбачають при їх укладенні ведення переговорів;

– сторона, для якої виконання договору стає надмірно обтяжливим через зміну обставин, що не контролюються сторонами і не передбачені на момент укладення договору, може тепер, якщо сторони не дійшли мирної угоди, звернутися до суду з метою перегляду або розірвання договору.

Висновки. Проведена реформа ґрунтувалася на різноманітні Європи, спиралася на певні національні закони, а також, перш за все, на недержавні, європейські та міжнародні моделі.

Її багатство й оригінальність визначаються відкритістю зовнішньому впливу, який мав місце у період протистояння академічних проєктів і підготовлених урядом планів дій, багатьох висловлених консультаційних думок, що дало змогу нейтралізувати крайнощі і досягти певного консенсусу щодо збалансованих позицій з урахуванням європейського і міжнародного контексту.

Відтепер застосування результатів французької реформи в дусі відкритості та збалансованості, до яких прагнули її автори, покладається на суддів, покликаних інтерпретувати нові положення в світлі проведеної підготовчої роботи і діяльності французьких парламентарів, а також з урахуванням зарубіжних, європейських і міжнародних моделей.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. A more coherent European contract law – An action plan: Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, COM/2003/0068 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:52003DC0068>> (accessed: 10.01.2019) (in English).
2. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European contract law (COM(2001) 398) 11.07.2001 <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&coteId=1&year=2001&number=398&version=ALL&language=en>> (accessed: 10.01.2019) (in English).

Бенедікт Фоварк-Коссон

3. Constitution de la République Française du 4 octobre 1958 <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194>> (accessed: 10.01.2019) (in French).
4. Loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 21 avril 2018 <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000036825602&categorieLien=id>> (accessed: 10.01.2019) (in French).
5. Projet de loi n° 578 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, enregistré à la Présidence du Sénat le 9 juin 2017 <<https://www.senat.fr/leg/pjl16-578.html>> (accessed: 10.01.2019) (in French).

Cases

6. Conseil constitutionnel jeudi 12 février 2015 – Décision N° 2015-710 DC <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do;jsessionid=5ABA65BEE0BF0930914EB5EE42AA58EC.tpdila18v_2?oldAction=rechJuriConst&idTexte=CONSTEXT000030338431&fastReqId=649667566&fastPos=2> (accessed: 10.01.2019) (in French).

Bibliography

Authored books

7. Terré F, *Pour une réforme du droit des contrats* (Dalloz 2008) (in French).

Edited books

8. Fauvarque-Cosson B and Mazeaud D, 'Avant-propos' in *Projet de cadre commun de référence – Terminologie contractuelle commune* (SLC 2008) (in French).
9. Gaudemet E, 'Les codifications récentes et la révision du Code civil' in *Livre du Centenaire* (Dalloz 2004) (in French).
10. Larnaude F, 'Le Code civil et la nécessité de sa révision' in *Livre du Centenaire* (Dalloz 2004) (in French).
11. Pilon E, 'Réforme du Code civil par voie de révision générale' in *Livre du Centenaire* (Dalloz 2004) (in French).
12. Planiol M, 'Inutilité d'une révision générale du Code civil' in *Livre du Centenaire* (Dalloz 2004) (in French).

Websites

13. Pierre Catala, 'Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescriptio' (Documentation Française, Ministère de la Justice et des Libertés, Juin 2006) <<https://www.ladocumentationfrancaise.fr/catalogue/9782110061324/index.shtml>> (accessed: 10.01.2019) (in French).

Bénédicte Fauvarque-Cosson

THE FRENCH CONTRACT LAW REFORM'S HISTORY

ABSTRACT. According to the author, the ambitions of the reform of Contract Law in France is threefold: to give more accessibility and clarity to French contract law, to strike a good equilibrium between conflicting objectives, to make French law more attractive internationally. This reform is characterised by its openness to external inspirations.

This spirit of openness, which forms part of its richness, results from the academic and governmental drafts, from the confrontation of the opinions expressed during the course of many consultations – which made it possible to neutralise the extremes and to reach a certain consensus around balanced positions – and from taking into consideration the European and international context. The author based on the specificities of the civil law tradition, to develop argument for affirmative answer: to the formation – through comparative law and national codifications – of a European common legal culture. The author notes that the French law of obligations has constantly been updated thanks to the creativity of French judges, scholars and also through legislative initiatives which had taken place outside the Code civil (in other Codes or in statutory provisions not inserted in any code). This, however, had made French law difficult to read. For all these reasons, a modernised Code civil was considered the best instrument to promote legal certainty and business efficiency. However, the new French common law of contracts does not make a clean slate of the past. It must find its place within a complex legal environment, which takes account, for reasons of legal certainty, of the contracts concluded previously, but also of the will of the parties and the existence of special legal regimes that it is not intended to alter. A difficult question that has arisen and will certainly give rise to some important decisions by the courts is whether the new rules are mandatory or non-mandatory, a distinction that is characteristic of the civil law tradition. According to the author, the 2018 modernised Code civil, also translated, is now part of Europe's legal heritage.

KEYWORDS: Obligation Law reform; Contract Law reform; French Civil Code; German Civil Code; European Contract Law; European legal heritage.

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

Подальше вдосконалення цивільного законодавства в Казахстані тісно пов'язане зі сприйняттям кращих зразків європейського приватного права. Водночас не можна відмовлятися і від використання деяких інститутів англійського права, які можна трансформувати стосовно континентального права.

Самі документи європейського приватного права свідчать про спробу примирення правових систем континентального і загального права. Вони розроблялися представниками країн цивільного і країн загального права. Тому були використані кращі досягнення обох правових систем.

Є сподівання, що при реалізації в Казахстані Концепції про імплементацію англійського права все ж вдасться знайти прийнятний компроміс, поєднавши в законі про імплементацію кращі зразки як європейського приватного права, так і англійського права. Можливо, це зробить певний внесок у процес зближення двох правових систем, який зароджується (Майдан Сулейменов “Доктрина приватного права у Казахстані: становлення, проблеми, перспективи розвитку”).

Якщо посилається на норми Цивільного кодексу Молдови (далі – ЦК Молдови) на тему володіння, напрошується висновок, що воно є *фактичним станом, що породжує правові наслідки*. На підтримку цієї позиції можна навести такі аргументи. По-перше, ст. 303 дає змогу виявити “покрив” фактичного стану володіння. Насправді не можна з цілковитою впевненістю стверджувати, що володіння є простим фактичним станом, оскільки в ч. 1 зазначеної статті законодавець має на увазі набуття володіння внаслідок бажаного здійснення фактичного панування над річчю, без вказівки на те, що володіння є фактичним станом. По-друге, статті 303–314 не дають можливість зробити однозначний висновок, що володіння є речовим правом. У цьому сенсі є красномовною архітекtonіка другої книги ЦК Молдови: розділ I “Майно”; розділ II “Володіння”; розділ III “Власність”; розділ IV “Інші речові права”; розділ V “Реєстр нерухомого майна”, в якій відзначається, що володінню відведено окремий розділ, при тому, що речові права регулюються, відповідно, в першому і третьому розділах. Якщо підтримати ідею, що володіння є речовим правом, тоді, безсумнівно, воно повинно бути відображено в розділі IV, в якому, однак, представлені такі речові права: право узурфрукта; право користування; право проживання; право сервітуту; право суперфіцію; право застави. За таких обставин можна зробити висновок, що володіння не відноситься до категорії речових прав. По-третє, ЦК Мол-

дови регулює чотири правові наслідки володіння: презумпція власності (ст. 305); набуття плодів добросовісним володільцем (статті 310 і 311); захист володіння за допомогою речових позовів (статті 308 і 309); набуття володіння внаслідок набувальної давності (статті 332–336), по цій причині можна стверджувати, що володіння є фактичним станом, який породжує правові наслідки. По-четверте, якщо стверджувати, що володіння є фактичним станом, який породжує правові наслідки, це не означає, що можна визначати його і як фактичний стан, і як право, не слід допускати змішування правових наслідків володіння і його правомочностей як елемента, що входить до складу змісту певного речового права (Серджиу Бешу “Правова природа володіння”).

Статті 6 та 627 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) визначають, що кожен має право вирішувати з ким, щодо чого та на яких умовах укладати договір. Зрозуміло, що свобода не обмежується передбаченими законодавством видами договорів. Єдиним обмеженням є імперативні норми, які можуть встановлювати вимоги до суб’єктного складу відповідного правовідношення, захисту публічного порядку, моральних засад суспільства тощо.

Як тільки інструмент *smart*-контракту буде повністю розроблений і використаний значною групою учасників ринку, він обіцяє радикально знизити трансакційні витрати. Трансакційні витрати на укладення договору, його моніторинг та виконання відсутні, втручання людини не потрібне (Рольф Кніпер “Поняття свободи дій в українському та німецькому цивільному праві”).

Проведена реформа ґрунтувалася на різноманітті Європи, спиралася на певні національні закони, а також, перш за все, на недержавні, європейські та міжнародні моделі.

Її багатство й оригінальність характеризуються відкритістю зовнішньому впливу, який мав місце у період протистояння академічних проєктів і підготовлених урядом планів дій, багатьох висловлених консультаційних думок, що дало змогу нейтралізувати крайнощі і досягти певного консенсусу щодо збалансованих позицій з урахуванням європейського і міжнародного контексту.

Відтепер застосування результатів французької реформи в дусі відкритості та збалансованості, до яких прагнули її автори, покладається на суддів, покликаних інтерпретувати нові положення в світлі проведеної підготовчої роботи і діяльності французьких парламентарів, а також з урахуванням зарубіжних, європейських і міжнародних моделей (Бенедікт Фоварк-Коссон “Історія реформи французького договірного права”).

Цивільне право, яке оперує категоріями “розумність”, “добросовісність”, “справедливість”, передбачає дієві засоби захисту порушених прав, а отже, створює усім учасникам цивільних відносин підстави розраховувати, що поведінка інших учасників буде виваженою, розсудливою та добросовісною. З огляду на це, рішення кожного спадкоємця про прийняття певної спадщини має бути зваженим та розсудливим, він має діяти як *Bonus pater familias* (добрий господар), усвідомлюючи, що разом з активом до складу спадщини також входить і спадковий пасив.

Кредитор у спадкових правовідносинах наділений правом як самостійно обрати спосіб захисту, передбачений у загальному переліку способів захисту цивільних прав (ст. 16 ЦК України), так і застосувати спеціальний спосіб захисту, викладений в абзаці 2 ч. 2 ст. 1282 ЦК України.

Наявність спеціального способу захисту певних цивільних прав та інтересів не повинна виключати можливості застосування судом загальних способів захисту з переліку ст. 16 ЦК України.

Суди не мають права відмовляти у захисті порушеного права у зв'язку з невідповідністю обраного способу захисту вимогам закону. Обраний позивачем спосіб захисту повинен відповідати правовій природі порушених цивільних прав, бути ефективним, тобто сприяти відновленню порушеного права, а його застосування – призводити до дієвого впливу на спірну правову ситуацію.

Категорія належного способу захисту, яка раніше застосовувалася у практиці Верховного Суду України як підстава для відмови у позові в разі, якщо такий спосіб визнавався неналежним, не має підстав для подальшого застосування у практиці новоствореного Верховного Суду. Визначальною для останнього повинна бути категорія ефективного способу захисту, запроваджена в новітніх процесуальних кодексах (ст. 5 Цивільного процесуального кодексу України у редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII).

Визначений в абзаці 2 ч. 2 ст. 1282 ЦК України спосіб захисту, який передбачає, що в разі відмови від одноразового платежу суд за позовом кредитора накладає стягнення на майно, яке було передане спадкоємцям у натурі, не є ефективним і досконалим, оскільки в чинному законодавстві відсутній дієвий механізм його реалізації та застосування на практиці (Сергій Погрібний “Задоволення вимог кредитора спадкоємцями боржника за грошовими зобов'язаннями: обрання ефективного способу судового захисту”).

Договір про патронат над дитиною – це один із різновидів сімейно-правових договорів соціального сприяння дітям, які перебувають у склад-

них життєвих обставинах і не можуть самотійно їх подолати. Мета цього договору – шляхом соціального сприяння дитині, батькам/законним представникам, якщо вони давали згоду на патронат, подолати ті складні життєві обставини, в яких вона (вони) опинилися.

До особливостей договору про патронат над дитиною слід віднести: 1) особливий суб'єктний склад та обмеження свободи договору, що пов'язується, перш за все, з глибоким проникненням у сімейне право публічних начал; 2) договір не є самотійним юридичним фактом, що породжує, змінює або припиняє сімейні правовідносини, а є одним із елементів фактичного складу виникнення патронату як форми сімейного виховання дитини, що опинилася у складних життєвих обставинах; 3) договір укладається на користь третьої особи, якою є дитина, що опинилася у складних життєвих обставинах; 4) договір має особистий характер; 5) договір, окрім превентивної функції, виконує функцію подолання складних життєвих обставин, у яких дитина (батьки/законні представники) опинилися, а також не менш важливу регулятивну функцію, оскільки на строк його дії трансформуються існуючі сімейні правовідносини: а) якщо батьки/законні представники давали згоду на патронат (ідеться про багатосторонній договір), то цей договір перерозподіляє немайнові обов'язки батьків між ними і патронатним вихователем, що відповідає ч. 5 ст. 150 Сімейного кодексу України (далі – СК України): передача дитини на виховання іншим особам не звільняє батьків від обов'язків батьківського піклування щодо неї. Батьки зобов'язані утримувати дитину, але вони позбавляються права на особисте виховання дитини; б) якщо ж батьки/законні представники не давали згоду на патронат (ідеться про двосторонній договір), то патронатний вихователь мовби заміщує батьків на строк дії патронату (Валентина Борисова “Проблемні питання форм сімейного влаштування дитини, що залишилася без батьківського піклування за законодавством України”).

Субсидіарний, щодо СК України, характер норм ЦК України, попри його значення для регулювання приватних відносин, має враховуватися у судовій практиці, з огляду на імперативну норму ч. 1 ст. 9 ЦК України.

Визнання недійсними договорів про патронат над дитиною, про влаштування дітей до прийомної сім'ї, про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу, які не відносяться до сімейно-правових договорів, має здійснюватися з підстав, передбачених ЦК України.

Наявність у СК України та в інших нормативно-правових актах сімейного законодавства значної кількості норм, що мають публічний харак-

тер, підтверджує висновок про те, що сімейне право не може визнаватися підгалуззю цивільного права як права приватного, а є самостійною галуззю українського права, що містить як приватноправові (переважно), так і публічно-правові (які обслуговують, власне, сімейні відносини) норми (Тетяна Боднар “Проблеми застосування норм Цивільного кодексу України та інших нормативно-правових актів до регулювання сімейних відносин”).

Новелізація положень цивільного законодавства щодо визнання спадщини відумерлою сприяла оптимізації відповідного правового інституту, адже всі внесені законодавцем зміни були доцільними і допомагали усунути прогалини у правовому регулюванні, вирішили окремі проблеми, які виникали під час застосування проаналізованих нормативних приписів на практиці.

Проте невстановлення часових обмежень виконання органами місцевого самоврядування обов'язку щодо подання до суду заяви про визнання спадщини відумерлою фактично може потягнути його невиконання чи сприяти зловживанням із боку посадових осіб вказаних органів, що, зі свого боку, призведе до наявності майна з невизначеним правовим режимом чи позбавить територіальну громаду можливості отримати відповідне майно внаслідок, наприклад, набуття на нього права власності за набувальною давністю іншими особами. З огляду на таке слід змінити положення, закріплене у ч. 2 ст. 1277 ЦК України, окресливши граничні часові межі подання до суду заяви про визнання спадщини відумерлою.

Також, зважаючи на правила законодавчої техніки та логіки, слід звернути увагу на використання уніфікованої термінології при регулюванні питань, пов'язаних із визнанням спадщини відумерлою, і внести зміни до ч. 4 ст. 1277 та ч. 2 ст. 1280 ЦК України, замінивши словосполучення “відумерле майно” фразою “майно, що входило до складу спадщини, яка визнана відумерлою” (Світлана Бичкова “Визнання спадщини відумерлою: новелізація правового інституту за останні 15 років”).

Через весь новий Трудовий кодекс України необхідно послідовно провести таке співвідношення публічного і приватного регулювання трудових і пов'язаних із ними відносин: а) за державою зберігається право закріплення та конкретизації в законодавстві про працю приписів Конституції України, основних процедур і комплексу загальнообов'язкових юридичних гарантій трудових прав працівників; б) на соціально-партнерському та колективно-договірному рівнях визначаються галузеві, регіональні, виробничі й інші особливості організації праці й реалізації

юридичних гарантій трудових прав працівників; в) індивідуально-договірне регулювання стає способом визначення за участю працівників й органів (осіб), уповноважених представляти і захищати їхні інтереси, безпосередніх умов їх трудової діяльності (Микола Іншин, Олег Ярошенко “Система джерел трудового права України: проблема гармонійного поєднання приватного і публічного”).

Сучасна наука приватного права не може залишитися осторонь проблеми взаємодії публічного та приватного права. Тому окремого наукового дослідження потребує проблема необхідності зрівняння у правовому захисті приватної та публічної власності, зважаючи на різнорідність приватних і публічних інтересів, а також доречність використання приватноправових та публічно-правових механізмів регулювання економічних відносин (зважаючи на їх системність, динамічність і здатність до повторюваності зростання і спадів тощо). Саме приватне право має стати ефективним інструментом регулювання різних суспільних відносин, не лише використовуючи існуючі конструкції, а й створюючи нові. Новими викликами мають стати дослідження у сфері майнових інтересів держави та інших суб’єктів приватного права в умовах регіональної нестабільності.

Майбутні доводи, зокрема й щодо договірного регулювання приватноправових відносин в євроінтеграційних умовах, мають бути зорієнтовані на органічне поєднання і взаємозв’язок приватних та публічних інтересів, дотримання балансу яких є пріоритетним напрямом у регулюванні взаємовідносин держави та особи. Видається доцільним запровадження у договірному регулюванні приватноправових відносин переходу від абсолютизації принципу “монізму” до визнання принципу “плюралізму” з метою адекватного пізнання і перетворення сучасної правової дійсності, від однобічних поглядів та оцінок правових явищ до порівняльного аналізу результатів, отриманих за різними методиками (в аспекті договору – від усталених законодавчих підходів, до свободи регулювання змісту, форми договору тощо).

Очевидною вбачається необхідність переведення на європейський рівень правового регулювання інститутів громадянського суспільства, визначаючи не лише їх публічно-правову роль у державі, а й забезпечуючи їх приватноправовий статус як юридичних осіб чи неформальних організацій із використанням *aquis* Європейського Союзу (далі – ЄС) щодо права компаній та некомерційної господарської діяльності (Олександр Крупчан, Андрій Гриняк, Мар’яна Пленюк “Договірне регулюван-

ня приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні”).

Перегляд положень ЦК України у частині договірного регулювання не повинен передбачати тільки його доопрацювання та збільшення у розмірі. Слід переглянути доцільність збереження закріплених у кодексі всіх договірних видів. Зокрема, невідкладної ревізії потребує група договорів про передачу майна в користування. Можливість укладення договору найму нерухомого майна передбачено нормами, які містяться у різних параграфах і, на думку законодавця, мали б регулювати різні договірні види. Наприклад: договір найму нерухомого майна (ст. 60 ЦК України); найм будівлі або іншої капітальної споруди (параграф 4 ст. 795 ЦК України); найму (оренди) нерухомого майна – житла (ст. 820 ЦК України); позички нерухомого майна (ст. 828 ЦК України). Зазначене вище та тлумачення нормативного матеріалу свідчить про дублювання регулятивних норм і створення низки колізій, адже всі вони спрямовані на регулювання користування нерухомим майном. Знайомство з правничим матеріалом цієї групи договорів не переконує у необхідності їх збереження у такому вигляді.

Всі наведені у статті твердження є підтвердженням необхідності перегляду передусім положень чинного ЦК України в частині договірного права й окреслює тільки незначну частину проблем у сучасному стані договірного регулювання (ВАЛЕНТИНА ВАСИЛЬЄВА “Проблеми регулювання цивільно-правового договору: теоретичні та практичні аспекти”).

Поеднання публічних і приватних засад є однією з головних тенденцій розвитку сучасного цивільного процесу, яка характеризує його як саморегульовану систему та визначає напрями оптимізації механізму забезпечення захисту прав (інтересів) громадян і юридичних осіб у порядку цивільного судочинства. Формами реалізації приватних засад у цивільному процесі є: прояв диспозитивності як принципу та методу цивільного процесу; реалізація приватних засад через розширення системи досудових, судових (судове примирення), позасудових і приватних альтернативних форм та методів врегулювання приватноправових спорів; вирішення і врегулювання юридичних конфліктів та спорів; застосування процесуальних договірних конструкцій у цивільному процесі; існування різних механізмів вирішення спорів, юрисдикція яких розмежовується за допомогою застосування приватних засад; запровадження інституту судового контролю за компетенцією недержавних юрисдикційних органів (Юрій Притика, Наталія Васирина “Розвиток приватних засад у цивільному процесі”).

Аналізуючи договірні зобов'язання із надання послуг, можна зазначити ознаки, що об'єднують усі договірні зобов'язання в окрему групу, зокрема такі: 1) діяльність послугодавця не виражається у речовому результаті. Основним результатом при наданні послуг є результат нематеріального характеру, який не втілюється у жодну з матеріальних форм, однак, попри відсутність матеріальної форми, має економічну цінність і корисний ефект для замовника такої послуги; 2) послугодавець не гарантує досягнення передбачуваного результату; 3) чинним законодавством не передбачено контролю з боку замовника за процесом надання йому послуги виконавцем, хоча він і можливий за наявності згоди сторін, вираженої в конкретних умовах договору; 4) споживання посередницької послуги відбувається в процесі її надання.

В умовах сучасного інформаційного глобалізованого суспільства, розвинутої ринкової економіки, значних змін у соціальному житті людства відносини з надання послуг набувають усе більшого значення. Проблемним у науці цивільного права залишається питання укладення договору про надання послуг коштом державного бюджету, якості надання послуг, відповідальності за неналежне надання послуг, а також питання стягнення платежів за так званими виконавськими послугами.

Отже, сучасні тенденції розвитку сфери послуг потребують нагального законодавчого вдосконалення (Наталія Федорченко “Договірні зобов'язання з надання послуг у вітчизняному праві: розвиток та перспективи”).

Відповідальність за договорами постачання цифрового контенту в Україні не є узагальненою, що породжує неоднозначність у виборі способів захисту порушених прав. Цю проблему в ЄС вирішили шляхом розроблення проекту Директиви Європейського Парламенту і Ради про деякі аспекти, що стосуються договорів постачання цифрового контенту. Акт містить максимальний рівень гармонізації та регулює відповідальність сторін за порушення договірних зобов'язань. Впровадження положень проекту Директиви до законодавства України стане вагомим кроком до забезпечення захисту прав українських споживачів і постачальників послуг цифрового контенту, а також підтвердженням виконання Україною взятих на себе в Угоді про асоціацію з ЄС зобов'язань (Іван Калаур, Ганна Стахира “Відповідальність сторін за порушення договірних зобов'язань із постачання цифрового контенту”).

Протягом останніх двох десятиліть он-лайн платформи докорінно змінили цифрову економіку, та продовжують надавати багато переваг у сучасному цифровому суспільстві. Нині важливим є напрацювання ефективного правового масиву, що забезпечить майбутнє економічне

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

зростання ЄС, функціонування спільного цифрового ринку ЄС. Проект Директиви, розроблений вперше в історії правотворення ЄС академічною спільнотою, стане новим законодавчим інструментом для цифрового ринку ЄС (Фридерик Цолль, Людмила Саванець “Академічний проект Директиви про посередницькі он-лайн платформи – новий законодавчий інструмент договірного права Європейського Союзу”).

*За редакцією
координатора актуальної теми
“Національна доктрина приватного права:
система приватного права, розвиток основних інститутів”,
доктора юридичних наук, професора,
академіка НАПрН України,
професора кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
віце-президента – керівника Київського регіонального центру
Національної академії правових наук України
Наталії Кузнецової*

Вибрана бібліографія з актуальної теми
“НАЦІОНАЛЬНА ДОКТРИНА ПРИВАТНОГО ПРАВА:
СИСТЕМА ПРИВАТНОГО ПРАВА,
РОЗВИТОК ОСНОВНИХ ІНСТИТУТІВ”

1. Безклубий І та інші, *Відповідальність у приватному праві: монографія* (Безклубий І за заг ред, Грамота 2014).
2. Боднар Т, *Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві* (Юрінком Інтер 2005).
3. Довгерт А (за ред), *Кодифікація приватного (цивільного) права України* (Український центр правничих студій 2000).
4. Капіца Ю, *Право інтелектуальної власності Європейського Союзу: формування, інститути, напрями розвитку* (Академперіодика 2017).
5. Кодинець А, *Цивільно-правове регулювання зобов'язальних інформаційних відносин: монографія* (Алерта 2016).
6. Коструба А, *Юридичні факти в механізмі правоприпинення цивільних відносин: монографія* (Ін Юре 2014).
7. Кот О, *Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики: монографія* (Правова єдність; Алерта 2017).
8. Кохановська О, *Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві: монографія* (Київський університет 2006).
9. Кузнецова Н и Сулейменов М (под общ ред), *Правовое регулирование предпринимательской деятельности в постсоветский период: сборник научных статей* (Право 2018).
10. Кузнецова Н, *Вибрані праці* (Юридична практика 2014).
11. Майданик Р и Кохановская Е (отв ред), *Гражданское общество и развитие гражданского права: сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Натальи Семеновны Кузнецовой* (Юридическая практика 2014).
12. Майданик Р та Кохановська О (відп ред), *Актуальні проблеми приватного права України: збірник статей до ювілею доктора юридичних наук, професора Наталії Семенівни Кузнецової* (Юридична практика 2014).
13. Майданик Р, *Проблеми довірчих відносин у цивільному праві* (2002).
14. Пленюк М, *Підстави виникнення зобов'язальних правовідносин в механізмі правового регулювання: монографія* (НДІ приватного права і підприємництва ім акад Ф Г Бурчака НАПрН України 2016).
15. Погрібний С, *Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: монографія* (Правова єдність 2009).
16. *Правова доктрина України, т 3: Доктрина приватного права* (Кузнецова Н за заг ред, Право 2013).
17. Примак В, *Відшкодування моральної шкоди на засадах справедливості, розумності, добросовісності* (Юрінком Інтер 2014).
18. Романюк Я, *Застосування цивільно-правових норм у цивільному судочинстві (питання теорії і практики): монографія* (Ін Юре 2016).
19. Сліпченко С, *Особисті немайнові відносини щодо оборотоздатних об'єктів: монографія* (Діса плюс 2013).

ВИБРАНА БІБЛІОГРАФІЯ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ “НАЦІОНАЛЬНА ДОКТРИНА ПРИВАТНОГО ПРАВА...”

20. Спасибо-Фатеева И (под общей ред), *Харьковская цивилистическая школа: о договоре* (Право 2017).
21. Стефанчук Р, *Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): монографія* (Шевченко Я відп ред, КНТ 2007).
22. Цюра В, *Теоретичні питання інституту представництва в цивільному праві України: монографія* (КНУ ім Тараса Шевченка 2016).

Джунь В. В. Соціологія конституційного права : моногр. / В. В. Джунь. – К. : Вид. дім “Ін Юре”, 2018. – Кн. 2. Соціокультурні підстави європейського конституціоналізму. – 608 с.

www.pravo.ua.com.ua



Україна протягом століть перебуває під безпосереднім впливом європейської політичної та правової думки. На сучасному етапі розвитку Український народ намагається опанувати культурні досягнення Європи і реалізувати їх у власному державотворчому процесі. У книзі простежено становлення політичної культури державного владарювання в європейському цивілізаційному просторі та розкрито фундаментальні основи європейського конституціоналізму.

Монографію можна придбати на сайті видавництва “Право”:

<http://pravo-izdat.com.ua>,

а також у ТОВ “Видавничий Дім ‘Ін Юре’”.

ПРАВО

УКРАЇНИ

ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

DOI: 10.33498/opus-2019-02-237



Маркіян Бем

кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри теорії права та прав людини
Українського католицького університету,
юрист Європейського суду з прав людини
(м. Страсбург, Франція)
Markiy.Bem@echr.coe.int



Іван Городиський

кандидат юридичних наук,
директор Школи права
Українського католицького університету
(м. Львів, Україна)
ih@ucu.edu.ua

УДК 342.7:001.103-027.552](477:061.1ЄС)

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЗАХИСТ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ: ПРОБЛЕМИ ВІДПОВІДНОСТІ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ВИМОГАМ РЕГЛАМЕНТУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ЩОДО ЗАХИСТУ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ (GDPR)

АНОТАЦІЯ. Правові аспекти захисту персональних даних набувають усе більшої важливості як із практичної, так і з доктринальної точки зору. Право на приватність в епоху, коли з'являється все більше можливостей для обробки інформації про нас та наше особисте життя, потребує свого глибинного переосмислення, зокрема й у питанні відповідальності за порушення. Попри те, що в останні роки в Україні з'явилося багато публікацій, котрі розкривають різноманітні аспекти захисту персональних даних, проблематика відповідальності за порушення відповідних стандартів у вітчизняній правничій літературі практично нерозроблена.

Метою статті є порівняльне дослідження механізмів притягнення до відповідальності за порушення законодавства про захист приватності та персональних даних в Україні та у Європейському Союзі (ЄС), задля оцінки їхньої ефективності, вияв-

© Маркіян Бем, Іван Городиський, 2019

Маркіян Бем, Іван Городиський

лення відповідних проблем, а також вироблення рекомендацій щодо подальшого вдосконалення правового регулювання у цій сфері в Україні.

Доведено, що існуючий механізм притягнення до відповідальності за порушення стандартів захисту персональних даних в Україні є недосконалим та неефективним і не дає змогу як суб'єктам персональних даних повною мірою домагатися відновлення порушених прав, так й уповноваженим органам належно здійснювати свою діяльність із захисту. Аргументовано, що механізм притягнення до відповідальності, який діє в ЄС із травня 2018 р., враховує ті виклики, які існують у сфері захисту приватності на цьому етапі та можуть служити орієнтиром для вдосконалення відповідного механізму в Україні.

Обґрунтовано пропонується з метою подальшого розвитку вітчизняного законодавства щодо відповідальності за порушення стандартів захисту персональних даних та приведення його у відповідність до чинних стандартів ЄС внести зміни у правове регулювання із таких напрямів: 1) удосконалення визначення поняття “захист персональних даних” та переліку фактичних підстав відповідальності за порушення стандартів захисту персональних даних; 2) вдосконалення норм, що регулюють адміністративну відповідальність за порушення відповідних стандартів та діяльність інституційної системи притягнення до відповідальності; 3) вирішення проблем із судовими процедурами вирішення питань щодо порушень обробки персональних даних; 4) посилення відповідальності за невиконання приписів контролюючого органу. Зазначається, що ці зміни дадуть змогу більш ефективно захистити порушені права та інтереси громадян України, а також сприятимуть подальшій інтеграції України у правовий простір ЄС.

Ключові слова: право на приватність; захист персональних даних; персональні дані; відповідальність за порушення законодавства про захист персональних даних; Європейський Союз; *GDPR*.

Питання захисту права на приватність є одним із найбільш актуальних у наш час. Зростання ролі технологій у суспільному житті, внаслідок чого здійснюється обробка все більшого обсягу персональних даних викликає значну кількість запитань щодо ефективності юридичних механізмів, які забезпечують їхній захист. Все більше і більше держав реформують власне законодавство щодо захисту персональних даних та впроваджують суворі правові стандарти забезпечення їх безпеки.

Зокрема, 25 травня 2018 р. в Європейському Союзі (далі – ЄС) набуло чинності нове регулювання захисту персональних даних, яке суттєво посилює вимоги щодо обробки персональних даних у частині їхнього захисту. Оскільки стратегічним зовнішньополітичним курсом України є європейська інтеграція, то нові стандарти ЄС та питання їх співвідношення із чинним українським законодавством є надзвичайно актуальними.

Тематика правових аспектів захисту персональних даних в Україні активно досліджується вітчизняними та зарубіжними вченими. Зокрема,

варто виділити праці М. Бема¹, І. Городиського², А. Пазюка³, І. Романюка⁴, М. Жорж, Г. Саттона⁵. Особливо необхідно відзначити працю В. Брижко, А. Радянської та М. Швець⁶. Водночас питання порівняльно-правового аналізу правового регулювання ЄС у сфері захисту персональних даних (Регламент ЄС щодо захисту персональних даних⁷ (англ. *General Data Protection Regulation, GDPR*, далі – Регламент), прийнятий у 2016 р.), із нормами, що регулюють цю сферу в Україні, наразі залишаються поза увагою українських правників.

Метою дослідження є встановлення ступеня відповідності норм законодавства України щодо захисту персональних даних новим стандартам ЄС у цій сфері та вироблення рекомендацій щодо напрямів подальшого вдосконалення відповідного правового регулювання в Україні.

Право на приватність та, зокрема, на захист персональних даних у разі їхньої обробки закріплене в ст. 32 Конституції України, яка містить положення: «Ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України»⁸. Ця конституційна норма загалом відповідає міжнародним стандартам.

Водночас, попри прогресивний характер ст. 32 Конституції України, існувала потреба в розробці та прийнятті спеціального законодавства в сфері захисту персональних даних. Імпульсом до прийняття такого законодавчого акта став намір України укласти угоду про безвізовий режим із ЄС, однією з передумов чого було створення належної системи захисту персональних даних. Відповідно, 1 червня 2010 р. було ухвалено чинний станом на сьогодні Закон України «Про захист персональних даних» (далі – Закон)⁹.

¹ М. Бем та інші, *Захист персональних даних: правове регулювання та практичні аспекти: науково-практичний посібник* (К.І.С. 2015).

² І. Городиський, «Виконання Україною міжнародних зобов'язань із захисту персональних даних» в *Інтеграція України в Європейське інформаційне суспільство: виклики та завдання* (ФОРМ Кліменко 2014).

³ Андрій Пазюк, «Міжнародно-правовий захист права людини на приватність персоніфікованої інформації» (дис канд юрид наук, Київ нац ун-т ім Т Шевченка 2014).

⁴ І. Романюк, «Особливості змісту та реалізації права на персональні дані в Україні та зарубіжних країнах» (2013) 2 Вісник КНУ імені Т. Шевченка. Юридичні науки.

⁵ М. Жорж та Г. Саттон, *Аналіз Закону України про захист персональних даних: DGI/DP/expertiseUKR (2012)* (Рада Європи 2012).

⁶ В. Брижко та А. Радянська та М. Швець, *Порівняльно-правове дослідження відповідності законодавства України законодавству ЄС у сфері персональних даних* (Тріумф 2006).

⁷ Про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних, та про скасування Директиви 96/46/ЄС (Загальний регламент про захист даних): Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) від 27 квітня 2016 р. № 2016/679 <<https://www.kmu.gov.ua/storage/app/media/uploaded-files/es-2016679.pdf>> (дата звернення: 26.01.2019).

⁸ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

⁹ Про захист персональних даних: Закон України від 1 червня 2010 р. № 2297-VI. *Офіційний вісник України*. 2010. № 49. Ст. 1604.

Ухвалення Закону стало важливим кроком на шляху до подальшого розвитку системи захисту персональних даних в Україні. Крім цього законодавчого акта варто назвати також такі нормативні акти, як: Закон України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за порушення законодавства про захист персональних даних”¹⁰ та цілу низку актів, які були ухвалені Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини (далі – Уповноважений) як суб’єктом контролю за додержанням законодавства про захист персональних даних¹¹.

Однак вже після перших років застосування цього законодавства лунали і критичні зауваження на адресу прийнятих та розроблених нормативно-правових актів. Так, Г. Саттон вважав, що “Закон важкий для виконання та містить деякі очевидні внутрішні суперечності”¹². Зі свого боку А. Погребна наголошувала на тому, що “Закон вимагає подальших змін і доопрацювань”¹³.

Одночасно науковці вказували і на невідповідність законодавства України чинному на той момент регулюванню ЄС, яке містилося у Директиві 95/46/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС “Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних” (далі – Директива)¹⁴. Так, Г. Саттон як приклад такої невідповідності, з-поміж іншого, зазначав:

- права суб’єкта персональних даних, згідно зі ст. 8, не включають у себе весь перелік відповідних прав, що містяться в Директиві;
- визначення поняття “обробка персональних даних”, що міститься у ст. 2 Закону, не цілком відповідає Директиві;
- суперечність підстав обробки конфіденційних даних ст. 8 Директиви;
- обмеженість змісту інформації, яка підлягає реєстрації в наглядовому органі та внесенню в державний реєстр, порівняно з Директивою тощо¹⁵.

Зі свого боку І. Городиський також виділяв низку прогалин, зокрема: невідповідність положень Закону щодо визначення того, яка інформація

¹⁰ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за порушення законодавства про захист персональних даних: Закон України від 2 червня 2011 р. № 3454-VI. *Офіційний вісник України*. 2011. № 49. Ст. 42.

¹¹ Про затвердження документів у сфері захисту персональних даних: наказ від 8 січня 2014 р. № 1/02-14. *Баланс*. 2014. № 19. С. 5.

¹² Жорж та Саттон (н 5) 12.

¹³ А. Погребна, “Коментар до Закону України “Про захист персональних даних”” (2010) 7 *Юридичний журнал*.

¹⁴ Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних: Директива Європейського Парламенту і Ради ЄС від 24 жовтня 1995 р. №95/46/ЄС <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_242> (дата звернення: 26.01.2019).

¹⁵ Жорж та Саттон (н 5) 45-6.

є конфіденційною (ст. 5) та конфіденційності самого процесу обробки персональних даних (статті 6–7) положенням Директиви, зокрема статтями 16–17; необхідність у включенні в Закон більш широкого і чіткого переліку повноважень володільця, зокрема щодо обробки персональних даних, із врахуванням положень Директиви; недосконалість положень п. 2 ч. 4 ст. 29 Закону, які врегульовують транскордонну передачу персональних даних, главі IV Директиви¹⁶.

Проте всі ці невідповідності та прогалини не були усунуті. А після того, як 27 квітня 2016 р. у ЄС було ухвалено новий акт, який регламентує питання захисту персональних даних, – Регламент¹⁷, різниця між рівнями правового регулювання захисту персональних даних в Україні та ЄС ще більше поглибилася, а отже, питання відповідності української системи захисту персональних даних стандартам ЄС постало з новою актуальністю.

Якщо проаналізувати положення Регламенту і положення чинного законодавства України щодо захисту приватності, то можна виділити цілу низку прогалин, які дають змогу говорити про цілковиту невідповідність українського законодавства європейським стандартам у цій сфері. Дослідження усіх розбіжностей потребуватиме проведення окремого масштабного дослідження, яке не можна здійснити в межах цієї статті. Натомість нижче ми спробуємо проаналізувати основні проблеми, які виникають у зв'язку з невідповідністю законодавства України новому регулюванню ЄС у частині *відповідальності за порушення нормативних положень щодо захисту персональних даних*. При цьому ми намагатимемося сконцентруватися не на формальному порівнянні системи норм щодо відповідальності, а на підходах до її організації в ЄС, відповідності та практичної реалізації української системи їй.

Важливість цього питання обумовлюється тим, що створення ефективної системи відповідальності за порушення законодавства про захист персональних даних є одним із головних факторів, які здатні гарантувати дотримання його положень. Ідеться не лише про, власне, покарання порушників, а й про стримуючий, превентивний ефект норм щодо відповідальності, якого можливо досягти лише за умови їх ефективної реалізації на практиці. Як вже зазначалося вище, Закон, незважаючи на численні недоліки, встановлює низку базових вимог щодо обробки персональних даних. Саме їх дотримання “суб’єктами відносин, пов’язаних із персональними даними”, у розумінні ст. 4 Закону, повинне створити

¹⁶ Городиський (н 2) 96.

¹⁷ Про захист фізичних осіб у зв’язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних, та про скасування Директиви 96/46/ЄС (Загальний регламент про захист даних) (н 7).

базу для подальшого розвитку законодавства про захист персональних даних та приведення його у відповідність до чинних стандартів ЄС.

У Регламенті питанням відповідальності за його порушення приділяється значна увага. Розділ 6 “Незалежні наглядові органи” присвячено вимогам щодо статусу, завдань та повноважень наглядових органів у сфері захисту персональних даних. Перелік заходів впливу, наданих цим наглядовим органам, передбачає можливість винесення попереджень, доган, надання обов’язкових вказівок володільцям щодо приведення операцій з обробки персональних даних у відповідність до Регламенту, видалення та зміну персональних даних, заборону на обробку персональних даних, призупинення передачі персональних даних у третю країну чи міжнародній організації, накладення штрафу та ін.¹⁸

Положення щодо механізму притягнення до відповідальності також містяться у розділі 8 Регламенту “Засоби правового захисту, відповідальність та покарання”, де детально прописані порядок реалізації прав суб’єктів персональних даних на відновлення порушених прав, гарантованих Регламентом¹⁹. У цьому розділі також встановлено розміри та спосіб накладення штрафів за вчинені порушення. При цьому Регламент не просто визначає перелік порушень, які можуть потягнути за собою накладення стягнення, а й встановлює відповідальність за порушення практично кожної зі статей Регламенту (частини 4–5 ст. 83)²⁰. Вказаним положенням встановлено лише верхню межу стягнень. Найбільше стягнення передбачено за невиконання, власне, перелічених вище вказівок наглядового органу.

При цьому ч. 2 ст. 83 Регламенту встановлено низку факторів, які повинні братися до уваги при накладенні стягнень (наприклад: природа, тяжкість, тривалість порушення; заходи, вжиті з метою пом’якшити шкоду, завдану суб’єктам персональних даних, та ін.). Таким чином, Регламент покладає вирішення питання щодо того, які заходи впливу необхідно вжити щодо володільця/розпорядника, на наглядовий орган, який володіє при цьому дуже широкою дискрецією.

Щодо українського законодавства, то ст. 31 Закону лише встановлює, що ‘порушення законодавства про захист персональних даних тягне за собою відповідальність, встановлену законом’²¹. Відповідні норми містяться у ст. 182 Кримінального кодексу України (далі – КК України)²²

¹⁸ Про захист фізичних осіб у зв’язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних, та про скасування Директиви 96/46/ЄС (Загальний регламент про захист даних) (н 7).

¹⁹ Там само.

²⁰ Там само.

²¹ Про захист персональних даних (н 9).

²² Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25. Ст. 131.

та у статтях 188³⁹–188⁴⁰ Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП)²³.

Щодо ст. 182 КК України, слід одразу зазначити, що практика її застосування в Єдиному реєстрі судових рішень практично відсутня. Звісно, такий стан справ може пояснюватися відсутністю відповідних рішень у реєстрі чи проблемами пошуку, однак цілком можливо, що ця стаття дійсно вкрай рідко застосовується національними органами влади. У будь-якому разі зазначене положення володіє низкою тих самих недоліків, про які йтиметься нижче. Крім того, видається, що воно не зовсім пристосоване до реалій та термінології Закону.

Лише частина 4 ст. 188³⁹ КУпАП передбачає відповідальність за порушення, вчинені, власне, під час обробки персональних даних. Так, вказаним положенням передбачено адміністративну відповідальність за 'недодержання встановленого законодавством про захист персональних даних порядку захисту персональних даних, що призвело до незаконного доступу до них або порушення прав суб'єкта персональних даних'²⁴.

Передусім слід зазначити, що при аналізі вказаного, положення Закону дає змогу говорити про відсутність у національному законодавстві чіткого визначення поняття "захист". Водночас, з огляду на правозастосовну практику, яка сформувалася судами за результатом розгляду протоколів про адміністративні порушення²⁵, можна стверджувати, що це поняття тлумачиться доволі широко та охоплює будь-які дії, які становлять порушення Закону. Власне кажучи, цьому поняттю взагалі не відво-

²³ Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 18 грудня 1984 р. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1984. № 40. Ст. 1122.

²⁴ Там само.

²⁵ Постанова Дніпровського районного суду м. Києва від 15 квітня 2015 р. по справі № 755/3821/15-п <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/43778626>> (дата звернення: 26.01.2019); Постанова Дарницького районного суду м. Києва від 11 вересня 2015 р. по справі № 753/13021/15-п <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/50886437>> (дата звернення: 26.01.2019); Постанова Голосіївського районного суду м. Києва від 2 листопада 2015 р. по справі № 752/15256/15-п <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/53305602>> (дата звернення: 26.01.2019); Постанова Татарбунарського районного суду Одеської області від 9 липня 2018 р. по справі № 515/952/18 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/75208254>> (дата звернення: 26.01.2019); Постанова Жовтневого районного суду міста Маріуполя від 11 травня 2018 р. по справі № 263/4314/18 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/73915418>> (дата звернення: 26.01.2019); Постанова Подільського районного суду міста Києва від 29 грудня 2018 р. по справі № 758/4389/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/71400435>> (дата звернення: 26.01.2019); Постанова Городищенського районного суду Черкаської області від 27 листопада 2018 р. по справі № 691/1261/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/70667984>> (дата звернення: 26.01.2019); Постанова Івано-Франківського міського суду Івано-Франківської області від 26 вересня 2018 р. по справі № 344/8443/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/70072924>> (дата звернення: 26.01.2019); Постанова Жовтневого районного суду міста Дніпропетровська від 14 вересня 2017 р. по справі № 201/12780/17-п <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/68948324>> (дата звернення: 26.01.2019); Постанова Коломийського міськрайонного суду Івано-Франківської області від 14 лютого 2017 р. по справі № 346/200/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/64723526>> (дата звернення: 26.01.2019); Постанова Галицького районного суду Львівської області від 3 квітня 2017 р. по справі № 461/2021/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65734627>> (дата звернення: 26.01.2019); Постанова Московського районного суду міста Харкова від 4 травня 2017 р. по справі № 643/3384/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/66441353>> (дата звернення: 26.01.2019); Постанова Оболонського районного суду міста Києва від 19 жовтня 2016 р. по справі № 756/11255/16-п <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/62225162>> (дата звернення: 26.01.2019).

диться жодної уваги в рішеннях суддів, але зазвичай вони автоматично займають таку позицію.

Водночас друга частина вказаного положення КУпАП суттєво обмежує сферу застосування цього положення. Так, недодержання порядку захисту персональних даних становитиме порушення лише у випадку: 1) незаконного доступу до них; 2) порушення прав суб'єкта персональних даних²⁶.

Порядок доступу до персональних даних регламентується ст. 16 Закону²⁷. Йдеться про випадки, коли внаслідок недотримання вказаного положення треті особи отримали доступ до персональних даних особи або ж суб'єкту персональних даних було відмовлено в доступі до власних персональних даних. Не виключено, що це положення може застосовуватися і у випадку незаконного доступу суб'єкта до своїх персональних даних, однак практика з цього питання відсутня. Крім того, якщо особа всупереч закону отримала доступ до своїх персональних даних (за загальним правилом, особа має доступ до своїх персональних даних за умови використання передбачених законодавством інструментів), імовірніше за все йдеться про порушення порядку доступу до інформації з обмеженим доступом, що тягне за собою більш серйозну, зокрема кримінальну, відповідальність.

Якщо говорити про другий випадок: порушення прав суб'єкта персональних даних унаслідок порушення порядку захисту персональних даних, то вказане положення, незважаючи на широкий на перший погляд обсяг, володіє вкрай вузькою сферою застосування. Так, формулювання "захист прав суб'єкта персональних даних" створює видимість того, що каратимуться будь-які порушення таких прав. Такі права перелічено у ст. 8 Закону²⁸ та вони передбачають право отримувати інформацію про те, які дані, як та ким обробляються, заперечувати проти обробки, відкликати згоду, звертатися зі скаргами на незаконну обробку та право на захист від незаконної обробки, пошкодження, поширення неправдивих даних та прийняття автоматизованого рішення. Однак у поєднанні з іншою частиною ст. 188³⁹ КУпАП (порушення порядку захисту персональних даних²⁹) порушення більшості вказаних прав випадає зі сфери зазначеної статті.

Так, важко уявити порушення порядку захисту персональних даних, що призвело б до порушення права 'отримувати інформацію про умови надання доступу до персональних даних, зокрема інформацію про третіх осіб, яким передаються його персональні дані', права 'знати про джерела

²⁶ Кодекс України про адміністративні правопорушення (н 23).

²⁷ Про захист персональних даних (н 9).

²⁸ Там само.

²⁹ Кодекс України про адміністративні правопорушення (н 23).

збирання, місцезнаходження своїх персональних даних, мету їх обробки' чи, наприклад права 'на захист від автоматизованого рішення, яке має для нього правові наслідки' (пункти 2, 3 та 13 ч. 2 ст. 8 Закону) та ін.³⁰. Відповідно, притягнення до адміністративної відповідальності можливе лише у випадку, коли порушення порядку захисту призвело до незаконної обробки чи пошкодження персональних даних.

Такий висновок підтверджується і практикою національних судів³¹. Здебільшого особи притягуються до відповідальності на підставі ч. 4 ст. 188³⁹ КУпАП за незаконну передачу даних третім особам у випадках, наприклад:

- вивішування списків осіб, які звернулися за отриманням адміністративних послуг, центром надання адміністративних послуг³²;
- поширення медичним закладом інформації щодо стану психічного здоров'я³³;
- вивішування списку боржників об'єднаннями співвласників багатоквартирного будинку, гуртожитками чи садовими товариствами³⁴ чи поширення такої інформації в мережі Інтернет³⁵;
- поширення об'єднаннями співвласників багатоквартирного будинку даних внутрішньо переміщених осіб³⁶;

³⁰ Про захист персональних даних (н 9).

³¹ Постанова Дніпровського районного суду м. Києва від 15 квітня 2015 р. по справі № 755/3821/15-п (н 25); Постанова Дарницького районного суду м. Києва від 11 вересня 2015 р. по справі № 753/13021/15-п (н 25); Постанова Голосіївського районного суду м. Києва від 2 листопада 2015 р. по справі № 752/15256/15-п (н 25); Постанова Татарбунарського районного суду Одеської області від 9 липня 2018 р. по справі № 515/952/18 (н 25); Постанова Жовтневого районного суду міста Маріуполя від 11 травня 2018 р. по справі № 263/4314/18 (н 25); Постанова Подільського районного суду міста Києва від 29 грудня 2018 р. по справі № 758/4389/17 (н 25); Постанова Городищенського районного суду Черкаської області від 27 листопада 2018 р. по справі № 691/1261/17 (н 25); Постанова Івано-Франківського міського суду Івано-Франківської області від 26 вересня 2018 р. по справі № 344/8443/17 (н 25); Постанова Жовтневого районного суду міста Дніпропетровська від 14 вересня 2017 р. по справі № 201/12780/17-п (н 25); Постанова Коломийського міськрайонного суду Івано-Франківської області від 14 лютого 2017 р. по справі № 346/200/17 (н 25); Постанова Галицького районного суду Львівської області від 3 квітня 2017 р. по справі № 461/2021/17 (н 25); Постанова Московського районного суду міста Харкова від 4 травня 2017 р. по справі № 643/3384/17 (н 25); Постанова Оболонського районного суду міста Києва від 19 жовтня 2016 р. по справі № 756/11255/16-п (н 25).

³² Постанова Дніпровського районного суду м. Києва від 15 квітня 2015 р. по справі № 755/3821/15-п (н 25); Постанова Ковпаківського районного суду м. Суми від 7 липня 2015 р., провадження № 3/592/1440/15 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/46341181>> (дата звернення: 26.01.2019).

³³ Постанова Ковпаківського районного суду м. Суми від 7 липня 2015 р., провадження № 3/592/1440/15 (н 32).

³⁴ Постанова Дарницького районного суду м. Києва від 11 вересня 2015 р. по справі № 753/13021/15-п (н 25); Постанова Голосіївського районного суду м. Києва від 2 листопада 2015 р. по справі № 752/15256/15-п (н 25); Постанова Жовтневого районного суду міста Маріуполя від 11 травня 2018 р. по справі № 263/4314/18 (н 25); Постанова Оболонського районного суду міста Києва від 19 жовтня 2016 р. по справі № 756/11255/16-п (н 25).

³⁵ Постанова Апеляційного суду Київської області від 7 квітня 2016 р. по справі № 369/1458/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/65897756>> (дата звернення: 26.01.2019); Постанова Києво-Святошинського районного суду Київської області від 2 березня 2017 р. по справі № 369/1458/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/65897756>> (дата звернення: 26.01.2019).

³⁶ Постанова Апеляційного суду Луганської області від 8 листопада 2016 р. по справі № 369/1458/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/62541147>> (дата звернення: 26.01.2019).

Маркіян Бем, Іван Городиський

- оприлюднення персональних даних посадовими особами державних установ³⁷ чи юридичних осіб³⁸ у мережі інтернет;
- незаконна передача органом державної влади частини державної бази персональних даних³⁹;
- оприлюднення військовим комісаріатом списків призовників⁴⁰;
- передача третім особам персональних даних державним органом влади⁴¹.

Інші порушення Закону тягнуть за собою адміністративну відповідальність виключно у зв'язку з невиконанням припису Уповноваженого, згідно із такою процедурою: 1) представники Уповноваженого проводять перевірку; 2) виявляють порушення; 3) виносять припис про його виправлення; 4) лише в разі невиконання припису складають відповідний протокол про порушення ч. 2 ст. 188³⁹ КУпАП⁴². При цьому таких прикладів зовсім небагато. Нами було виявлено лише декілька рішень, всі з яких стосувалися вчинення вказаного порушення у результаті невиконання припису щодо надання суб'єкту доступу до своїх персональних даних⁴³, що, як вже зазначалося вище, може становити порушення ч. 4 ст. 188³⁹ КУпАП⁴⁴.

Таким чином, яке б серйозне порушення законодавства про захист персональних даних не було вчинене володільцем, його може бути притягнуто до відповідальності лише у випадку, якщо це призвело до незаконного поширення персональних даних суб'єкта або порушення порядку доступу до них, визначеного ст. 16 Закону⁴⁵. У протилежному разі йому загрожує лише винесення припису.

Такий стан справ у сфері національного законодавства не сприяє суворому дотриманню законодавства про захист персональних даних і зводить нанівець його превентивну дію. Тож держава не може забезпечити належне дотримання права особи на повагу до її приватного життя, передбаченого Конвенцією про захист прав людини і основоположних сво-

³⁷ Постанова Татарибунарського районного суду Одеської області від 9 липня 2018 р. по справі № 515/952/18 (н 25).

³⁸ Постанова Жовтневого районного суду міста Дніпропетровська від 14 вересня 2017 р. по справі № 201/12780/17-п (н 31).

³⁹ Постанова Подільського районного суду міста Києва від 29 грудня 2018 р. по справі № 758/4389/17 (н 25).

⁴⁰ Постанова Городищенського районного суду Черкаської області від 27 листопада 2018 р. по справі № 691/1261/17 (н 25).

⁴¹ Постанова Галицького районного суду Львівської області від 3 квітня 2017 р. по справі № 461/2021/17 (н 25).

⁴² Кодекс України про адміністративні правопорушення (н 23).

⁴³ Постанова Івано-Франківського міського суду Івано-Франківської області від 26 вересня 2018 р. по справі № 344/8443/17 (н 25); Постанова Золочівського районного суду Львівської області від 20 грудня 2016 р. по справі 445/2022/16-п <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/63869054>> (дата звернення: 26.01.2019).

⁴⁴ Кодекс України про адміністративні правопорушення (н 23).

⁴⁵ Про захист персональних даних (н 9).

бод (далі – Конвенція)⁴⁶, Конституцією України та Законом. Порухення ж законодавства про захист персональних даних залежно, звісно, від їх серйозності, може призвести до появи цілої плеяди порушень ст. 8 Конвенції.

Цілком протилежна логіка закріплена Регламентом. Стаття 83 встановлює чіткий перелік положень Регламенту, порушення яких тягне за собою накладення штрафу, та розмір можливого штрафу, а також принципи, яких слід дотримуватися при накладенні такого виду стягнення⁴⁷. Закон є надто неточним та містить багато формулювань, що дають невизначену свободу розсуду володільцям при визначенні того, яким чином організувати процес обробки персональних даних, що до певної міри унеможлиблює формулювання аналогічних положень про адміністративну відповідальність за порушення Закону в національному законодавстві.

Тому важливим є те, що Регламент, який є зразковим документом у сфері захисту персональних даних, частково підтверджує, що можливість накладення адміністративного стягнення лише за незаконне поширення персональних даних є очевидно недостатнім стримуючим фактором. Так, володільці можуть недотримуватися навіть тих небагатьох обов'язків, викладених у Законі, покладаючись: 1) на те, що це не призведе до втрати чи знищення персональних даних, а навіть і якщо призведе; 2) на те, що незалежно від кількості порушень все зведеться до винесення припису та незначного за розміром штрафу. Декілька інших факторів ще глибше ускладнюють такий стан справ та сприяють байдужому ставленню до положень Закону з боку володільців.

Тому вважаємо за доцільне провести суттєве змістовне розширення кола потенційних порушень законодавства про захист персональних даних, що тягнуть за собою накладення стягнення. Водночас слід визнати, що з огляду на стан Закону це можливо зробити лише за умови його суттєвого вдосконалення.

Так, аналізуючи вказані рішення національних судів, ми зауважили, що навіть у тих справах, де особу було визнано винуватою у порушенні законодавства, суди не накладали адміністративних стягнень та закривали провадження у зв'язку із закінченням строку їх накладення. Так, відповідно до ч. 2 ст. 38 КУпАП 'стягнення може бути накладено не пізніше як через три місяці з дня вчинення правопорушення, а при триваючому правопорушенні – не пізніше як через три місяці з дня його виявлення'⁴⁸.

⁴⁶ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004> (дата звернення: 12.01.2019).

⁴⁷ Про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних, та про скасування Директиви 96/46/ЄС (Загальний регламент про захист даних) (н 7).

⁴⁸ Кодекс України про адміністративні правопорушення (н 23).

Маркіян Бем, Іван Городиський

Цей строк є загальним для великої кількості правопорушень, передбачених КУпАП. Однак аналіз практики засвідчує, що в абсолютній більшості зазначений строк виявився недостатнім для вчасного оформлення адміністративного матеріалу, направлення його до суду та розгляду справи судом⁴⁹.

Такий стан справ існує з 2015 р., коли до судів у значних кількостях почали надходити протоколи про порушення профільного законодавства. Незважаючи на очевидність проблеми, видається, що бракує заходів, вжитих для встановлення причин такої проблеми, не кажучи вже про її усунення.

Щодо причин такого статусу-кво, то основною перешкодою, на нашу думку, є природа порушень законодавства про захист персональних даних. Так, на відміну від порушень, які фіксуються контролюючими органами в момент їх виявлення та справа відразу передається до суду (порушення правил дорожнього руху, порушення митних правил тощо), порушення законодавства про захист персональних даних фіксуються здебільшого, як це впливає з проаналізованої судової практики, під час проведення перевірки за скаргами суб'єктів персональних даних. Таким чином, з моменту виявлення порушення суб'єктом до направлення скарги до Уповноваженого може минути досить багато часу.

Це пояснюється тим, що більшість суб'єктів можуть намагатися вирішити питання щодо усунення порушення самостійно, звернувшись до володільця. Такий підхід є загальноприйнятим і саме на цьому й базується система захисту персональних даних більшості держав. Підтвердженням є широкий набір інструментів, передбачених законодавством, а саме ст. 8 “Права суб'єкта персональних даних” Закону, зокрема, право вимагати видалення, зміни чи знищення своїх персональних даних чи направляти заперечення проти обробки.

Ба більше, контакт із володільцем часто необхідний для того, щоб отримати докази порушення права. Незалежно від того, чи суб'єкт планує в подальшому звертатися до суду чи до Уповноваженого йому необхідно належним чином обґрунтувати свою скаргу або позов, що, у більшості випадків, є неможливим без звернення до володільця.

Після того, як суб'єкт направляє скаргу до офісу Уповноваженого, її розгляд також займає значний час. У зв'язку із цим слід звернути увагу на те, що Секретаріат Уповноваженого, працівники якого і займаються питаннями захисту персональних даних, працюють у Києві.

www.pravoha.com.ua

⁴⁹ Постанова Московського районного суду міста Харкова від 4 травня 2017 р. по справі № 643/3384/17 (н 25); Постанова Золочівського районного суду Львівської області від 20 грудня 2016 р. по справі 445/2022/16-п (н 43).

Зі свого боку регіональні представники Уповноваженого займаються усім колом питань, що входять до його компетенції, і зазвичай недостатньо кваліфіковані для проведення перевірки за скаргами про порушення законодавства про захист персональних даних. Фіксація факту порушення законодавства про захист персональних даних потребуватиме проведення перевірки (виїзної, в форматі перевірки, чи безвиїзної, через направлення запитів), яка потребуватиме значних затрат часу.

При цьому всі стадії можуть супроводжуватися суттєвими затримками: надання відповідей в останній момент; надання нечітких і неповних відповідей; ненадання відповідей; перешкоджання у проведенні перевірки, за що штраф є суттєво меншим, ніж за порушення законодавства про захист персональних даних. Таке порушення тягне за собою відповідальність відповідно до ст. 188⁴⁰ КУпАП (“Невиконання законних вимог Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини”) у вигляді штрафу в розмірі від 100 до 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян⁵⁰.

Навіть за умови швидкого проходження попередньої стадії суддя може не встигнути розглянути матеріали про адміністративне правопорушення, не кажучи вже про те, що матеріали може бути повернуто для приведення їх у відповідність до процесуальних вимог або ж особа, на яку накладається стягнення, може затягувати розгляд справ, зловживаючи своїми процесуальними правами.

Відповідно, видається необхідним вдосконалити чинні положення законодавства України щодо відповідальності за порушення законодавства про захист персональних даних. Зокрема, необхідно закріпити продовження визначених законодавством строків накладення адміністративного стягнення за порушення законодавства про захист персональних даних та гарантувати ефективну діяльність контролюючого органу як кількісно, так і через представництво у регіонах.

У зв'язку із цим постає ще одне питання, яке, на жаль, не охоплюється цією статтею, а саме про доцільність поєднання Уповноваженим функцій парламентського контролю за додержанням прав людини та контролю за додержанням законодавства про захист персональних даних. На нашу думку, повноваження контролю за додержанням законодавства про захист персональних даних необхідно покласти на окрему інституцію (наприклад, на інформаційного комісара, спеціальну комісію тощо), як це є у більшості держав – учасниць Конвенції про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою їх персональних даних та всіх держав – членів ЄС. Така інституція повинна бути достатньо незалежною та

⁵⁰ Кодекс України про адміністративні правопорушення (н 23).

Маркіян Бем, Іван Городиський

володіти повноваженнями щодо безпосереднього застосування санкцій. Її створення змогло б суттєво прискорити провадження у справах про адміністративні правопорушення.

Окремо слід наголосити на необхідності вдосконалення положень щодо суб'єктного складу осіб, які можуть нести відповідальність за порушення законодавства про захист персональних даних. Оскільки не завжди можливо встановити конкретну особу, відповідальну за порушення законодавства про захист персональних даних (навіть якщо з матеріалів справи очевидно, що поширення персональних даних було вчинено кимось із працівників організації, яка є володільцем відповідних персональних даних⁵¹), то у такому разі повинна існувати можливість притягнення до відповідальності конкретної юридичної особи.

Аналогічне питання може поставати у випадку, коли йдеться про серйозне порушення законодавства про захист персональних даних із боку органу державної влади, зокрема офіційної передачі частини бази даних, яке в подальшому було визнано незаконним. Нині такі дії призводять до притягнення до відповідальності особи, що підписала документ, на підставі якого було здійснено передачу⁵². Такі заходи є явно недостатніми, оскільки такі порушення зазвичай вчиняються за погодженням із керівництвом.

Висновки. Протягом усього шляху розвитку українського законодавства про захист приватності та персональних даних орієнтирами були саме європейські стандарти, які містяться у документах та міжнародних договорах Ради Європи та ЄС. Водночас у чинному законодавстві України про захист персональних даних міститься ціла низка прогалин і розбіжностей, зокрема і з огляду на невідповідність Регламенту ЄС про захист персональних даних. Особливо показовою в цьому контексті є ситуація із положеннями законодавства України, які регламентують питання відповідальності за порушення стандартів захисту персональних даних. До основних проблем, які існують у зв'язку з цим, можна віднести: 1) відсутність у законодавстві України повноцінного визначення поняття “захист персональних даних”; 2) розмитість фактичних підстав відповідальності за порушення стандартів захисту персональних даних; 3) недостатність винятково адміністративного стягнення як засобу покарання за порушення стандартів захисту персональних даних; 4) розтягнутість у часі процедури звернення до Секретаріату Уповноваженого зі скаргою щодо порушення; 5) неефективність інституційної системи

www.pavoha.com.ua

⁵¹ Постанова Жовтводського міського суду Дніпропетровської області від 31 жовтня 2016 р. по справі 176/2309/16-п <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/62786003>> (дата звернення: 26.01.2019).

⁵² Постанова Подільського районного суду міста Києва від 29 грудня 2018 р. по справі № 758/4389/17 (н 25).

притягнення до відповідальності за порушення положень законодавства щодо захисту персональних даних, що наразі здійснюється Секретаріатом Уповноваженого.

Ці проблеми напряду впливають на відповідність національного законодавства України Регламенту ЄС щодо захисту персональних даних. Так, основними факторами, відповідно до яких можна говорити про таку невідповідність, є: 1) обмежене коло фактичних та юридичних підстав, з огляду на які осіб може бути притягнуто до відповідальності за порушення щодо обробки персональних даних у Законі України “Про захист персональних даних” порівняно з Регламентом ЄС щодо захисту персональних даних, в якому кожна стаття може бути юридичною підставою для відповідальності; 2) процедура судового вирішення питань щодо порушень обробки персональних даних в Україні містить ризики надмірного затягування судового розгляду; 3) на відміну від ЄС, де невиконання вказівок наглядового органу розглядається як порушення, у вітчизняному законодавстві відповідний підхід не застосовується. Вирішення цих проблем можливе шляхом внесення змін у чинне законодавство із захисту персональних даних, зокрема через прийняття нової редакції Закону України “Про захист персональних даних” та реформування інституційної системи захисту персональних даних, наприклад, шляхом передання відповідних функцій окремому незалежному органу (інформаційному комісару, спеціальній комісії тощо). За будь-яких обставин новий Регламент ЄС щодо захисту персональних даних може і повинен служити орієнтиром відповідних змін.

У межах цієї статті ми не ставили собі за мету провести оцінку того, чи механізм відповідальності за порушення, який зараз діє в ЄС відповідно до нового Регламенту ЄС про захист персональних даних, є придатним для реалій української правової системи, зокрема в частині тяжкості санкцій та кола підстав притягнення до відповідальності. Проте необхідно підкреслити, що систему захисту персональних даних ЄС нині визнано однією з найефективніших у світі і це ще один аргумент на користь приведення українських правових стандартів у відповідність до неї. Крім того, високою є ймовірність, що приведення законодавства України у відповідність до Регламенту вже незабаром буде висунуте ЄС як одна з вимог для подальшої європейської інтеграції України.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Kodeks Ukrainy pro administratyvni pravoporushennia [The Code of Ukraine on Administrative Offences]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 18 hrudnia 1984 r. *Vidomosti Verkhovnoi Rady URSR*. 1984. № 40. St. 1122 (in Ukrainian).
2. Konstytutsiia Ukrainy [The Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1996. № 30. St. 141 (in Ukrainian).
3. Konventsiiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod [Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms] vid 4 lystopada 1950 r. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004> (accessed: 12.01.2019) (in Ukrainian).
4. Kryminalnyi kodeks Ukrainy [The Criminal Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 5 kvitnia 2001 r. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2001. № 25. St. 131 (in Ukrainian).
5. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo posylennia vidpovidalnosti za porushennia zakonodavstva pro zakhyst personalnykh danykh [On Amending Some Legislative Acts of Ukraine with Regard to Strengthening of Liability for Violation of the Personal Data Protection Legislation]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 chervnia 2011 r. № 3454-VI. *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy*. 2011. № 49. St. 42 (in Ukrainian).
6. Pro zakhyst fizychnykh osib pry obrobtii personalnykh danykh i pro vilne peremishchennia takykh danykh [On the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data]: Dyrektyva Yevropeiskoho Parlamentu i Rady ES [Directive of the European Parliament and of the EU Council] vid 24 zhovtnia 1995 r. № 95/46/Yes <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_242> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
7. Pro zakhyst fizychnykh osib u zviazku z opratsiuvanniam personalnykh danykh i pro vilnyi rukh takykh danykh, ta pro skasuvannia Dyrektyvy 96/46/Yes (Zahalnyi rehlament pro zakhyst danykh) [On the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and on the Repeal of Directive 96/46/EU (General Data Protection Regulation)]: Rehlament Yevropeiskoho Parlamentu i Rady ES [Regulation of the European Parliament and of the EU Council] vid 27 kvitnia 2016 r. № 2016/679 <<https://www.kmu.gov.ua/storage/app/media/uploaded-files/es-2016679.pdf>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
8. Pro zakhyst personalnykh danykh [On Personal Data Protection]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 1 chervnia 2010 r. № 2297-VI. *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy*. 2010. № 49. St. 1604 (in Ukrainian).
9. Pro zatverdzhennia dokumentiv u sferi zakhystu personalnykh danykh [On Approval of Documents in the Sphere of Protection of Personal Data]: nakaz [Order] vid 8 sichnia 2014 r. №1/02-14. *Balans*. 2014. № 19. S. 5 (in Ukrainian).

Cases

10. Postanova Apeliatsiinoho sudu Kyivskoi oblasti [Ruling of the Court of Appeal of Kyiv Region] vid 7 kvitnia 2016 r. po spravi № 369/1458/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/65897756>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
11. Postanova Apeliatsiinoho sudu Luhanskoi oblasti [Ruling of the Court of Appeal of Luhansk Region] vid 8 lystopada 2016 r. po spravi № 369/1458/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/62541147>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).

12. Postanova Darnytskoho raionnoho sudu m. Kyieva [Ruling of the Darnytskyi District Court of Kyiv City] vid 11 veresnia 2015 r. po spravi № 753/13021/15-p <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/50886437>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
13. Postanova Dniprovskoho raionnoho sudu m. Kyieva [Ruling of the Dniprovskyi District Court of Kyiv City] vid 15 kvitnia 2015 r. po spravi № 755/3821/15-p <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/43778626>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
14. Postanova Halytskoho raionnoho sudu Lvivskoi oblasti [Ruling of the Halytskyi District Court of Lviv Region] vid 3 kvitnia 2017 r. po spravi № 461/2021/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65734627>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
15. Postanova Holosiivskoho raionnoho sudu m. Kyieva [Ruling of the Holosiivskyi District Court of Kyiv City] vid 2 lystopada 2015 r. po spravi № 752/15256/15-p <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/53305602>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
16. Postanova Horodyshchenskoho raionnoho sudu Cherkaskoi oblasti [Ruling of the Horodyshchenskyi District Court of Cherkasy Region] vid 27 lystopada 2018 r. po spravi № 691/1261/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/70667984>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
17. Postanova Ivano-Frankivskoho miskoho sudu Ivano-Frankivskoi oblasti [Ruling of the Ivano-Frankivsk City Court of Ivano-Frankivsk Region] vid 26 veresnia 2018 r. po spravi № 344/8443/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/70072924>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
18. Postanova Kolomyiskoho miskraionnoho sudu Ivano-Frankivskoi oblasti [Ruling of the Kolomyiskyi Town and District Court of Ivano-Frankivsk Region] vid 14 liutoho 2017 r. po spravi № 346/200/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/64723526>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
19. Postanova Kovpakivskoho raionnoho sudu m. Sumy [Ruling of the Kovpakivskyi District Court of Sumy Region] vid 7 lypnia 2015 r., provadzhennia № 3/592/1440/15 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/46341181>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
20. Postanova Kyievo-Sviatoshynskoho raionnoho sudu Kyivskoi oblasti [Ruling of the Kyivo-Sviatoshynskyi District Court of Kyiv Region] vid 2 bereznia 2017 r. po spravi № 369/1458/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/65897756>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
21. Postanova Moskovskoho raionnoho sudu mista Kharkova [Ruling of the Moskovskyi District Court of Kharkiv City] vid 4 travnia 2017 r. po spravi № 643/3384/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/66441353>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
22. Postanova Obolonskoho raionnoho sudu mista Kyieva [Ruling of the Obolonskyi District Court of Kyiv City] vid 19 zhovtnia 2016 r. po spravi № 756/11255/16-p <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/62225162>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
23. Postanova Podilskoho raionnoho sudu mista Kyieva [Ruling of the Podilskyi District Court of Kyiv City] vid 29 hrudnia 2018 r. po spravi № 758/4389/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/71400435>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
24. Postanova Tatarbunarskoho raionnoho sudu Odeskoi oblasti [Ruling of the Tatarbunarskyi District Court of Odessa Region] vid 9 lypnia 2018 r. po spravi № 515/952/18 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/75208254>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
25. Postanova Zhovtnevoho raionnoho sudu mista Dnipropetrovska [Ruling of the Zhovtnevyi District Court of Dnipropetrovsk City] vid 14 veresnia 2017 r. po spravi № 201/12780/17-p <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/68948324>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
26. Postanova Zhovtnevoho raionnoho sudu mista Maripolia [Ruling of the Zhovtnevyi District Court of Mariupol] vid 11 travnia 2018 r. po spravi № 263/4314/18 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/73915418>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).

27. Postanova Zhovtovodskoho miskoho sudu Dnipropetrovskoi oblasti [Ruling of the Zolotonosha City Court of Dnipropetrovsk Region] vid 31 zhovtnia 2016 r. po spravi № 176/2309/16-p <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/62786003>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).
28. Postanova Zolochivskoho raionnoho sudu Lvivskoi oblasti [Ruling of the Zolochiv District Court of Lviv Region] vid 20 hrudnia 2016 r. po spravi № 445/2022/16-p <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/63869054>> (accessed: 26.01.2019) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

29. Zhorzh M ta Satton H, *Analiz Zakonu Ukrainy pro zakhyst personalnykh danykh: DGI/DP/expertiseUKR [Analysis of the Law of Ukraine on Personal Data Protection: DGI/DP/expertiseUKR]* (Rada Yevropy 2012) (in Ukrainian).
30. Bem M ta inshi, *Zakhyst personalnykh danykh: pravove rehuliuвання ta praktichni aspekty: naukovo-praktychnyi posibnyk [Personal Data Protection: Legal Regulation and Practical Aspects: Scientific and Practical Guide]* (K.I.S. 2015) (in Ukrainian).
31. Bryzhko V ta Radianska A ta Shvets M, *Porivnialno-pravove doslidzhennia vidpovidnosti zakonodavstva Ukrainy zakonodavstvu YeS u sferi personalnykh danykh [Comparative Legal Study of Ukraine's Legislation Consistency with the EU Personal Data Legislation]* (Triumf 2006) (in Ukrainian).

Editer books

32. Horodyskyi I, 'Vykonannia Ukrainoiu mizhnarodnykh zobov'язan iz zakhystu personalnykh danykh' ['Ukraine's Compliance with International Commitments of Personal Data Protection'] v *Intehratsiia Ukrainy v Yevropeiske informatsiine suspilstvo: vyklyky ta zavdannia [Integration of Ukraine into the European Information Society: Challenges and Objectives]* (FOP Klymenko 2014) (in Ukrainian).

Journal articles

33. Pohrebna A, 'Komentar do Zakonu Ukrainy "Pro zakhyst personalnykh danykh"' ['Commentary on the Law of Ukraine "On Personal Data Protection"'] (2010) 7 Yurydychnyi zhurnal (in Ukrainian).
34. Romaniuk I, 'Osoblyvosti zmistu ta realizatsii prava na personalni dani v Ukraini ta zarubizhnykh krainakh' ['Specific Aspects of the Content and Implementation of the Right to Personal Data in Ukraine and Foreign Countries'] (2013) 2 Visnyk KNU imeni T. Shevchenka. Yurydychni nauky (in Ukrainian).

Dissertations

35. Paziuk Andrii, 'Mizhnarodno-pravovi zakhyst prava liudyny na pryvatnist personifikovanoi informatsii' ['International Legal Protection of the Human Right to Privacy of Personified Information'] (dys kand yuryd nauk, Kyiv nats un-t im T Shevchenka 2014) (in Ukrainian).

Markiyan Bem
Ivan Horodyskyy

LIABILITY FOR VIOLATION OF THE PERSONAL DATA
PROTECTION LEGISLATION:
ISSUES OF COMPLIANCE OF THE UKRAINIAN LEGISLATION
WITH REQUIREMENTS OF THE EUROPEAN UNION GENERAL DATA
PROTECTION REGULATION (*GDPR*)

ABSTRACT. Legal aspects of personal data protection are becoming increasingly important from the practical as well as the doctrinal perspective. In the age where more and more opportunities are opened up for processing of information about us and our personal lives, the right to privacy needs a deeper rethinking, including in terms of liability for violation. Despite many publications highlighting various aspects of personal data protection over the recent years in Ukraine, the issues of liability for violation of the relevant standards are still practically unexplored in the national legal literature.

The purpose of the article is to make a comparative study of the mechanisms intended for making liable for violation of the legislation on privacy and personal data protection in Ukraine and in the European Union (EU) with a view to assessing their effectiveness, and also to identify the relevant problematic aspects and develop recommendations for further improvement of legal regulation in this area in Ukraine.

The author proves that the currently existing mechanism of making liable for violation of personal data protection standards in Ukraine is imperfect and inefficient and does not ensure that subjects of personal data are able to fully remedy their violated rights and that the authorized bodies are able to implement the protection measures properly. It is argued that the liability mechanism which has been in force in the EU since May 2018 takes proper account of the current privacy protection challenges at this stage and can serve as a benchmark for improving of the relevant mechanism in Ukraine.

With the aim of further developing the national legislation on liability for violation of personal data protection standards and making it consistent with the current EU standards, the author makes a well-substantiated proposal for amending the following areas of legal regulation: 1) to improve the definition of “personal data protection” and the list of actual grounds entailing the liability for violation of personal data protection standards; 2) to improve the provisions regulating administrative liability for violation of the relevant standards and the operation of the institutional liability system 3) to resolve the issues relating to court procedures of handling personal data processing violations; and 4) to strengthen the liability for failure to comply with the requirements of a supervisory authority. The author notes that these changes will contribute to a more efficient protection of violated rights and interests of Ukrainian citizens and will also facilitate further integration of Ukraine into the EU legal space.

KEYWORDS: right to privacy; personal data protection; personal data; liability for violation of personal data protection legislation; European Union; *GDPR*.

**Олександр Ободовський**

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права
Національного університету “Одеська юридична академія”
(м. Одеса, Україна)
obodovsky.o@gmail.com

УДК 343.341 (477)

**ПРО ЗАСТОСУВАННЯ СТАТЕЙ
ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА БАНДИТИЗМ
ТА ЗА СТВОРЕННЯ ЗЛОЧИННОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ**

АНОТАЦІЯ. Вчинення одного злочину однією особою – це найпростіша ситуація, яка може виникнути у правозастосовній практиці. Складнішими є ситуації, коли одна особа вчиняє кілька злочинів або один злочин вчиняється кількома особами (у співучасті). Ще більш складними є ситуації, коли кілька злочинів вчиняються кількома особами, а серед таких ситуацій – вчинення злочинів стійкими об’єднаннями, створення яких та участь у яких самі по собі є злочинними. І чи не найбільш спірним є вирішення питання про кваліфікацію злочинів, вчинених бандою і злочинною організацією.

Мета статті – встановити, чи є особливості у застосуванні статей Кримінального кодексу України (КК України) про відповідальність за бандитизм і за створення злочинної організації в сучасних умовах, та визначити перспективи збереження відповідних статей у КК України.

Підходи до кваліфікації злочинів, вчинених бандою, змінювалися кілька разів. Від самого початку складом бандитизму охоплювалися усі злочинні діяння, вчинені бандою, і такі діяння самостійної кримінально-правової оцінки не отримували. Ця позиція обґрунтовувалася тим, що бандитизм карався дуже суворо.

Пізніше був запропонований інший підхід: ті злочини, які каралися більш суворо, ніж бандитизм, підлягали самостійній кримінально-правовій оцінці. А нині всі злочини (незалежно від суворості покарання, передбаченого за них) мають додатково кваліфікуватися за статтями про відповідальність за такі злочинні діяння. Цей же підхід запропонований і для кваліфікації злочинів, вчинених злочинною організацією.

Зміна підходів до караності злочинів, вчинених бандою, призвела до того, що бандитизм поступово втратив свою сутність і зараз є лише оболонкою, яка вимагає внутрішнього наповнення. Самостійної сутності не має і такий злочин, як ство-

рення злочинної організації (принаймні у формах створення злочинної організації, участі у ній та участі у злочинах, вчинюваних злочинною організацією).

Доведено, що підхід, відповідно до якого злочини, вчинені бандою і злочинною організацією, підлягають додатковій кваліфікації за статтями про відповідальність за ці злочини, є вразливим. Ця вразливість виявляється, зокрема, у тому, що: перебільшуються превентивні можливості статей про відповідальність за бандитизм і за створення злочинної організації; порушується системність закону про кримінальну відповідальність; порушується принцип заборони подвійного інкримінування.

Проблеми у застосуванні статей КК України про відповідальність за бандитизм і за створення злочинної організації можуть бути вирішені шляхом внесення змін до КК України (законодавчий рівень). До внесення таких змін – шляхом безпосереднього застосування норм Конституції України як норм прямої дії (правозастосовний рівень).

Ключові слова: бандитизм; створення злочинної організації; кваліфікація злочинів за сукупністю; готування до злочину; перебільшення превентивних можливостей статті КК України; порушення системності КК України; порушення принципу заборони подвійного інкримінування.

У Кримінальному кодексі України (далі – КК України)¹ як окремі злочини передбачені бандитизм (ст. 257) та створення злочинної організації (ч. 1 ст. 255). І, незважаючи на те, що для опису ознак складу цих злочинів у законі використані неоднакові формулювання, зазначені ознаки є порівнюваними: і злочинна організація, і банда – це об'єднання, які створюються з метою вчинення злочинів, причому у КК України встановлена відповідальність не лише за діяння, вчинені такими об'єднаннями, а й за самі створення (організацію) відповідного об'єднання. Власне, теза про те, що створення злочинної організації та бандитизм – це злочини з усіченим складом, і відповідальності як за закінчений злочин за ч. 1 ст. 255 (ст. 257) КК України винні особи підлягають уже з моменту створення злочинної організації або організації банди (незалежно від вчинення злочинною організацією або бандою якогось злочину), може бути названа хрестоматійною.

Ба більше, за понад 17 років дії чинного КК України статті про відповідальність за створення злочинної організації та бандитизм не зазнали жодної (!) зміни. І це при тому, що, як справедливо висловився В. Навроцький, 'вітчизняне кримінальне законодавство *стабільністю якраз і не може похвалитися* (курсив наш. – О. О.), чому є численні, різноманітні і навіть одіозні приклади'². Тому напрошується висновок про те,

¹ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III (перша редакція – прийняття від 5 квітня 2001 р.) <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20010405>> (дата звернення: 25.11.2018).

² В Навроцький, 'Кримінально-правові аспекти принципу правової визначеності' в Тацій В (голов ред), *Соціальна функція кримінального права: проблеми наукового забезпечення, законотворення та*

що зазначені кримінально-правові норми настільки вдало викладені у законі, що ще краще викласти їх уже просто неможливо.

Зроблений вище висновок можна підтвердити, наприклад, тим, що стаття про відповідальність за бандитизм уже тривалий час діє у (майже) незмінному вигляді. Так, відповідно до ст. 561⁷ Кримінального кодексу УСРР (у редакції 1927 р.) бандитизмом визнавалися ‘організація озброєних банд та участь у них і в нападах, що ними організуються, на радянські й приватні установи або окремих громадян, зупинка поїздів та руйнування залізничних шляхів й інших засобів сполучення і зв’язку’³. Неважко помітити, що у перших трьох формах (організація озброєних банд, участь в озброєних бандах, участь у нападах, що організуються озброєними бандами) бандитизм у 1928 р. був визначений із використанням мало не тих самих слів, що й у 2018 р.

Враховуючи вказану сталість у формулюваннях, за допомогою яких у законі описувалися ознаки складу такого злочину, як бандитизм, обґрунтовано можна було б припускати, що всі – навіть найдрібніші – проблемні питання кримінальної відповідальності за бандитизм уже давно як вирішені (і в науці кримінального права, і в практиці застосування кримінального законодавства), а тому чогось нового щодо бандитизму сказати більше не можна. Водночас вчені навіть зараз цікавляться відповідною проблематикою, про що свідчить підготовка наукових статей, монографій та дисертаційних досліджень. Це може вказувати або на те, що виконуються дослідження, які від самого початку не є актуальними, або ж на те, що проблематика кримінальної відповідальності за бандитизм (а разом із тим – і за створення злочинної організації) все ще не є вичерпаною. І вже вказана “подвійність”, безумовно, є аргументом на користь того, щоб звернення до питання про кримінальну відповідальність за бандитизм (створення злочинної організації) не видавалося чимось штучним.

Мета дослідження полягає у тому, щоб встановити, чи є особливості у застосуванні статей КК України про відповідальність за бандитизм та за створення злочинної організації в сучасних умовах, і визначити перспективи збереження відповідних статей у КК України.

Серед питань, на які потрібно дати відповідь при застосуванні ст. 257 КК України, є питання про розмежування складу бандитизму зі складом інших злочинів, зокрема розбою. На проблемі розмежування складу одного злочину й іншого вже наголошувалося у наукових публікаціях.

правозастосування: Міжнародна науково-практична конференція (Право 2016) <http://ivpz.org/images/pdf/zbirnik_konf_2016.pdf> (дата звернення: 17.11.2018).

³ *Уголовный кодекс УССР в редакции 1927 г. с изм. по 1-е июня 1928 г. (3-е официальное издание, Юридическое издательство Наркомюста УССР 1928) 27.*

Наприклад, відповідна проблематика була окреслена в статтях В. Бикова⁴ та В. Хилюти⁵. При цьому, як відзначив В. Биков, розмежування бандинізму й озброєного розбою, вчиненого організованою групою, – досить стара проблема в теорії кримінального права⁶.

Труднощі при розмежуванні складу бандинізму зі складом розбою виникають тому, що:

– і в ст. 187 КК України, і в ст. 257 КК України використовується термін “напад”, який, виходячи з презумпції єдності термінології законодавчого акта, мав би однаково розумітися⁷ як у випадку з одним складом злочину, так й у випадку з другим⁸. Тому не випадково кваліфікуючою ознакою розбою є не тільки повторність *тотожних* злочинів, а й злочинів однорідних, причому таким однорідним злочином відповідно до ч. 2 ст. 187 КК України визнається *тільки* бандинізм (розбій, вчинений особою, яка раніше вчинила розбій або бандинізм);

– розбій – це корисливий злочин проти власності. Але і напад, про який сказано в диспозиції ст. 257 КК України, може вчинятися з корисливих мотивів. Так, нападом озброєної банди є ‘дії, спрямовані на досягнення злочинного результату шляхом застосування насильства до потерпілого чи створення загрози його застосування’ (п. 24)⁹. А такий злочинний результат може полягати, зокрема, й у заволодінні майном. Ця теза підтверджується висновками, які були зроблені у дослідженні В. Голіни: ‘У переважній більшості бандинізму визначальним був корисливий мотив (курсив наш. – О. О.) (89,0%)’¹⁰. І далі: ‘Зрозуміло, що банди створюються в основному з метою нападів для заволодіння матеріальними цінностями (курсив наш. – О. О.)’¹¹.

Аргументом на користь висновку про те, що злочин, відповідальність за який встановлена у ст. 257 КК України, вчиняється (переважно) з корисливих мотивів, є й наявність у санкції зазначеної статті передбаченого як обов’язкового додаткового покарання у виді конфіскації майна. Відповідно до ч. 2 ст. 59 КК України ‘конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини, а також за злочини проти

⁴ В. Биков, ‘Как разграничить бандинізм и разбой’ (2001) 3 Российская юстиция 52-3.

⁵ В. Хилюта, ‘Как разграничить разбой и бандинізм?’ (2012) 3 Законность 42-3.

⁶ Биков (н 4) 52.

⁷ Тому В. Биков і говорить про значний збіг об’єктивної сторони бандинізму і розбою (вчиненого озброєною організованою групою) (Биков (н 4) 52).

⁸ Іншої думки дотримується В. Голіна: ‘Що стосується терміна “напад”, то у статтях 187 і 257 КК вони мають різний кримінально-правовий зміст’. (В. Голіна, *Кримінологічні та кримінально-правові проблеми боротьби з бандинізмом: соціально-правове і кримінологічне дослідження: монографія* (Реґіон-інформ 2004) 37).

⁹ Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об’єднаннями: постанова Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 р. № 13 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-05>> (дата звернення: 23.11.2018).

¹⁰ Голіна (н 8) 86-7.

¹¹ Там само 87.

основ національної безпеки України та громадської безпеки незалежно від ступеня їх тяжкості¹². Отже, умовою застосування покарання у виді конфіскації майна є вчинення злочину з корисливих мотивів (ще більш чітко ця умова була сформульована у першій – від 5 квітня 2001 р. – редакції ч. 2 ст. 59 КК України: ‘Конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини <...>’¹³). Тому наявність цього покарання у санкції ст. 257 КК України свідчить про те, що вчинення бандитизму з корисливих мотивів презюмується;

– банда – це озброєне злочинне об’єднання, а саме: організована група або злочинна організація (абзац 1 п. 17)¹⁴. Але й розбій може бути вчинений організованою групою (що визнається його (особливо) обтяжуючою обставиною – ч. 4 ст. 187 КК України) або злочинною організацією (розбій – тяжкий та особливо тяжкий злочини, а злочинна організація (відповідно до ч. 4 ст. 28 КК України) створюється з метою, зокрема, ‘безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів’)¹⁵;

– обов’язковою ознакою банди є її озброєність (ст. 257 КК України). Але й організована група чи злочинна організація, що вчиняють розбійний напад, *теж можуть бути озброєними*. Ба більше, якщо врахувати, що організована група та злочинна організація – це *стійкі* об’єднання, які створюються для вчинення низки злочинів (частини 3 і 4 ст. 28 КК України) або ‘тільки одного, який потребує *ретельної довготривалої* підготовки (курсив наш. – О. О.)’ (п. 9 та абзац 1 п. 10)¹⁶, а отже, створюються для здійснення злочинної діяльності протягом більш-менш тривалого проміжку часу, то закономірним буде висновок про те, що ці злочинні об’єднання, *як правило, будуть озброєними*.

Отже, одразу кілька ознак складу таких злочинів, як розбій та бандитизм, можуть збігатися, причому ознаки, про які йдеться, – це ознаки визначальні. Тому й не дивно, що В. Биков робить висновок про те, що ‘розмежувати банду й озброєну організовану групу, які вчиняють розбійні напади, *абсолютно неможливо* (курсив наш. – О. О.)’¹⁷. Однак, на думку вченого, у цьому й немає необхідності, оскільки ‘розбій, вчинений організованою й озброєною групою, – *це і є бандитизм* (курсив

¹² Кримінальний кодекс України (н 1).

¹³ Там само.

¹⁴ Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об’єднаннями (н 9).

¹⁵ У зв’язку з цим не зовсім переконливим виглядає висновок Л. Ачмиз про те, що сутність бандитизму полягає в ‘неодноразовості нападів на різноманітні об’єкти’, що й ‘відрізняє його від збройного розбою, вчиненого організованою групою осіб’ (Л. Ачмиз, ‘Бандитизм: правовые, криминологические и правоприменительные аспекты (по материалам судебной практики Краснодарского края)’ (автореф дис канд юрид наук, Кубанский государственный университет 2006) <<https://dlib.rsl.ru/viewer/01003272492?page=1&view=list>> (дата звернення: 28.11.2018).

¹⁶ Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об’єднаннями (н 9).

¹⁷ Биков (н 4) 53.

наш. – О. О.) <...>¹⁸. Тому вчений і пропонує розбій, вчинений з такими кваліфікуючими ознаками (за Кримінальним кодексом Російської Федерації (далі – КК РФ)), як застосування зброї і вчинення організованою групою, кваліфікувати як бандитизм¹⁹. Водночас він виступає за збереження в законі зазначених вище кваліфікуючих ознак розбою, ‘оскільки завжди може виникнути необхідність у кваліфікації розбою тільки за однією з них’, хоча й знову наголошує на тому, що за наявності ‘двох вказаних кваліфікуючих ознак розбійний напад має кваліфікуватися за ст. 209 КК’ (ст. 209 КК РФ – “Бандитизм”. – О. О.)²⁰. Таким чином, позицію В. Бикова слід, очевидно, розуміти так, що норма про відповідальність за бандитизм (у частині, в якій цією нормою встановлена відповідальність за вчинення бандою розбійного нападу) є спеціальною щодо норми про відповідальність за розбій.

А, на думку В. Хилюти:

<...> як розбій, вчинений організованою групою, збройний напад має кваліфікуватися лише тоді, коли встановлено, що організована група була створена та діяла не з метою вчинення нападів на підприємства, установи, організації або на громадян, а для вчинення інших злочинів <...>, тобто коли організована група не була бандою і розбій був лише одним з епізодів у її діяльності²¹.

Водночас, ‘якщо банда вчиняє розбійні напади, то такі діяння мають оцінюватися *самостійно* та тягнути відповідальність за *сукупністю* (курсив наш. – О. О.) злочинів’²². Пояснюючи зроблений висновок, В. Хилюта зазначає, що ‘кримінально-правова норма про бандитизм передбачає відповідальність за сам факт створення злочинної організації, керівництво нею або участь у ній, але не передбачає відповідальність за вчинення інших злочинів’²³. Але наведений вище висновок сам же науковець піддає сумніву, ставлячи майже риторичне запитання: ‘Однак чи є такі підстави для кваліфікації за сукупністю бандитизму та розбою, якщо всі обов’язкові ознаки бандитизму <...> повністю збігаються з такими ознаками розбою, як організована група, озброєність, напад?’²⁴.

Відповідь на запитання – як мають кваліфікуватися злочини, вчинені бандою (а так само й злочинною організацією)? – дається у відповідній постанові Пленуму Верховного Суду України (далі – ВСУ):

¹⁸ Биков (н 4) 53.

¹⁹ Там само.

²⁰ Там само.

²¹ Хилюта (н 5) 43.

²² Там само.

²³ Там само.

²⁴ Там само.

<...> злочини, вчинені у складі злочинної організації, належить самостійно кваліфікувати за відповідними нормами за сукупністю з нормою, яка передбачає відповідальність за створення такої організації, участь у ній чи у вчинюваних нею злочинах (ч. 1 ст. 255 КК) (абзац другий пункту 15).

<...> ст. 257 КК <...> не передбачає ні якихось конкретних цілей вчинюваних бандою нападів <...> ні відповідальності за вчинення її членами під час нападу злочинних діянь, які утворюють самостійні склади злочинів <...>. Тому в таких випадках судам належить керуватися положенням ст. 33 КК, згідно з яким за сукупності злочинів кожен із них підлягає кваліфікації за відповідною статтею або частиною статті Особливої частини КК (пункт 26)²⁵.

У зв'язку з прийняттям зазначеної вище постанови втратила чинність постанова Пленуму ВСУ від 7 липня 1995 р. № 9 “Про судову практику в справах про бандитизм”, у якій питання про кваліфікацію злочинів, вчинених членами банди, було вирішене по-іншому (п. 7):

У ст. 69 КК (ст. 69 КК України 1960 року – “Бандитизм”. – О. О.) не зазначено конкретні діяння, які може вчиняти банда.

Тому слід мати на увазі, що у разі, коли створеною бандою вчинено злочин, за який законом встановлено більш сувору відповідальність, ніж за бандитизм, такі дії підлягають кваліфікації за сукупністю злочинів – бандитизм і того більш тяжкого злочину, який вчинила банда²⁶.

Отже, кваліфікація вчинених бандою злочинів за сукупністю статей про відповідальність за бандитизм та за інші злочини мала здійснюватися лише в окремих випадках.

Ще раніше кваліфікація злочинів, вчинених бандою, здійснювалася лише за статтею про кримінальну відповідальність за бандитизм. Так, у коментарі до ст. 77 КК РРФСР 1960 р. (“Бандитизм”) С. Домахін, вказавши, що напади при бандитизмі можуть бути пов'язані з вчиненням різних діянь (серед них автор називає, зокрема, розкрадання, руйнування або пошкодження майна, застосування насильства до працівників державних чи громадських установ, вбивства, заподіяння тілесних ушкоджень, зґвалтування, грабіж), формулює далі такий висновок: “Вчинення усіх вказаних дій охоплюється поняттям нападу при бандитизмі і не вимагає додаткової кваліфікації (курсив наш. – О. О.) за

²⁵ Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями (п. 9).

²⁶ Про судову практику в справах про бандитизм: постанова Пленуму Верховного Суду України від 7 липня 1995 р. № 9 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-95>> (дата звернення: 27.11.2018).

статтями, що передбачають спеціальну відповідальність за вчинення цих злочинів²⁷.

Схоже роз'яснення було надане й Пленумом Верховного Суду СРСР: 'Умисне вбивство, вчинене учасниками банди під час нападів, підпадає під ознаки бандитизму і не вимагає додаткової кваліфікації <...> (курсив наш. – О. О.) (п. 19)²⁸. Прикметно, що Пленум Верховного Суду СРСР вважав за можливе не кваліфікувати умисне вбивство, вчинене бандою під час нападу, за сукупністю статей про кримінальну відповідальність за бандитизм та за умисне вбивство, навіть незважаючи на те, що умисні вбивства – це 'найбільш тяжкі злочини проти життя та здоров'я громадян, тому рішуча боротьба з ними є важливим завданням судів' (абзац 1 преамбули)²⁹.

На зміну підходів до 'кваліфікації бандитизму та вчинюваних бандою нападів' звертає увагу, наприклад, Л. Ачмиз:

Так, до 90-х років теорія і судова практика виходили з того, що бандитизм охоплював усі склади злочинів, які вчинялися учасниками банди у результаті нападів, і не було необхідності в кваліфікації за сукупністю. Тим більше, що *санкція за бандитизм* передбачала найвищу міру покарання – смертну кару з конфіскацією майна. Тому вважалось недоцільним штучно збільшувати статистику за допомогою злочинів, вчинюваних бандою. Але, починаючи з 1992 р. <...> з'явилася інша тенденція. <...> За результатами вивчення судової практики видно, що суди, починаючи з 1994 р., усі напади, вчинені бандою, кваліфікували за сукупністю злочинів (курсив наш. – О. О.)³⁰.

Таким чином, позиція про те, що злочини, вчинені бандою, охоплювалися статтею про відповідальність за бандитизм і самостійній кримінально-правовій оцінці не підлягали, була обґрунтована суворістю санкції відповідної статті. На зв'язок суворості санкції статті про відповідальність за бандитизм із правилами кваліфікації злочинів, вчинених бандою, звертає увагу й Т. Нагаєва:

Оскільки ст. 77 КК РРФСР 1960 р. передбачала за бандитизм *покарання аж до смертної кари*, Верховний Суд СРСР вважав, що *всі діяння*, що під-

²⁷ М Шаргородский и другие, *Комментарий к Уголовному кодексу РСФСР 1960 г.* (Издательство Ленинградского университета 1962) 164.

²⁸ О судебной практике по делам об умышленном убийстве: постановление Пленума Верховного Суда СССР от 27 июня 1975 г. № 4, в Терещилова В (общ ред), *Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР 1924-1986* (Известия Советов народных депутатов СССР 1987) 631.

²⁹ Там само 624.

³⁰ Ачмиз (н 14) 15-6.

падають під *будь-які статті* Особливої частини кримінального кодексу, охоплюються *складом бандитизму* (курсив наш. – О. О.)³¹.

І далі:

Але відповідно до ч. 2 ст. 20 Конституції Російської Федерації 1993 р. смертна кара за бандитизм була скасована. У зв'язку з цим Пленум Верховного Суду РФ <...> дав нове роз'яснення, відповідно до якого вчинення під час бандитизму інших *тяжких злочинів* вимагає їх додаткової кваліфікації (курсив Т. Нагаєвої. – О. О.)³².

Водночас 'принципово нове роз'яснення', пізніше надане Пленумом Верховного Суду РФ і яке передбачало, що 'вчинення членами банди в процесі нападу злочинних дій, що утворюють самостійні склади злочинів, вимагає їх кваліфікації за сукупністю', на думку Т. Нагаєвої, 'не відповідає смислу закону'³³. Дослідниця вважає, що інкримінування 'бандитизму учасникам банди <...> за сукупністю з іншими статтями КК РФ є обґрунтованим тільки тоді, коли в процесі нападу вчиняються більш небезпечні злочини <...> або коли інші злочини вчинені не в процесі нападу <...>'³⁴.

Хоча суворість санкції і здатна пояснити ту чи іншу позицію, відповідно до якої здійснюється кваліфікація злочинів, вчинених бандою, але вирішення у такий спосіб питання про кваліфікацію зазначених злочинів є не чим іншим, як спрощенням проблеми. Так, у 1960-х – на початку 1990-х років, коли бандитизм охоплював усі злочини, вчинені бандою³⁵, бандитизм не був злочином, що відповідно до кримінального закону карався найбільш суворо. Зокрема, ст. 69 КК Української РСР ("Бандитизм") у той час передбачала покарання у виді позбавлення волі на строк від трьох до п'ятнадцяти років із конфіскацією майна та з засланням на строк до п'яти років чи без такого або смертною карою з конфіскацією майна³⁶. А умисне вбивство з користі (п. "а" ст. 93) каралося 'позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років та з засланням на строк до п'яти років чи без такого або смертною карою, з конфіскацією, крім того, майна <...>'³⁷. Передбачена санкцією норми про відповідальність за вбивство з користі (набагато) більш висока ніж-

³¹ Т. Нагаєва, 'Уголовно-правовая оценка нападения' (автореф дис канд юрид наук, Московская государственная юридическая академия 2005).

³² Там само.

³³ Там само.

³⁴ Там само 28.

³⁵ Там само 27.

³⁶ Уголовный кодекс Украинской ССР. Официальный текст с изменениями и дополнениями по состоянию на 1 января 1964 года (Політвидав України 1964) 39.

³⁷ Там само 51.

ня межа строку покарання у виді позбавлення волі вказує на те, що цей злочин визнавався більш тяжким, ніж бандитизм.

Бандитизм як кримінально каране діяння, незважаючи на стабільність законодавчих формулювань в описі ознак його складу, суттєво еволюціонував. І річ не тільки в тому, що, як відзначає Ж. Островських, бандитизм ‘зазнав еволюції у своєму розвитку, *поступово переродившись із контрреволюційного групового злочину, який посягає на основи державного устрою, в злочин проти громадської безпеки <...> (курсив наш. – О. О.)*³⁸. Головне, що змінилося, – бандитизм *неначе втратив (самостійний) внутрішній зміст і став оболонкою, яка потребує конкретного наповнення*. Так, І. Зінченко та В. Тютюгін відносять бандитизм до злочинів збирального характеру і зазначають, що ці діяння ‘за своєю суттю є *узагальненими поняттями, що потребують конкретного наповнення. <...> такі злочини здійснюються шляхом вчинення інших злочинних діянь, які і визначають їх зміст у кожному конкретному випадку (курсив наш. – О. О.)*³⁹. Такий же висновок можна прочитати і в статті В. Мальцева, який, аналізуючи позицію про те, що *вчинювані бандою напади не охоплюються складом бандитизму і вимагають додаткової кваліфікації*, пише:

З урахуванням <...> того, що “створення стійкої, озброєної групи (банди) з метою нападу на громадян або організації, а так само керівництво такою групою (бандою)” <...> без вчинених бандою нападів *реальної шкоди основному безпосередньому об’єкту цього злочину – основам громадської безпеки – не заподіює, а лише ставить його в небезпеку заподіяння шкоди, а також у зв’язку з тим, що напад – це завжди якісь злочинні дії <...> таке розуміння <...> “нападу” як ознаки об’єктивної сторони бандитизму фактично позбавляє цю ознаку свого власного змісту <...>*. Змістом “нападу” при бандитизмі, отже, *щоразу виступає якийсь зі злочинів проти особи або власності з відповідними їх об’єктами (курсив наш. – О. О.)*⁴⁰.

На відміну від цього підходу, раніше, як було показано вище, бандитизм був не просто оболонкою, а й включав конкретні суспільно небезпечні діяння, і ці діяння охоплювалися складом бандитизму. Дуже чітко це можна показати на прикладі, зокрема, КК РСФРР 1922 р., у ч. 2 ст. 184 якого було зазначено: ‘*Той самий злочин (розбій. – О. О.), вчинений гру-*

³⁸ Ж Островских, ‘Уголовно-правовая и криминологическая характеристика бандитизма (по материалам Восточно-Сибирского региона)’ (автореф дис канд юрид наук, Байкальский государственный университет экономики и права 2006).

³⁹ І Зінченко та В Тютюгін, *Одиничні злочини: поняття, види, кваліфікація: монографія* (ФІНН 2010) 142-3, 148.

⁴⁰ В Мальцев, ‘Бандитизм: особо опасное социальное явление или юридическая фикция?’ (2012) 10 Законность 40.

Олександр Ободовський

пою осіб (*бандитизм*) <...> (курсив наш. – О. О.)⁴¹. Такий же висновок впливає і з ч. 1 ст. 76 згаданого кодексу, за якою каралися:

Організація та участь у бандах <...> і організовуваних бандами *розбійних нападах та пограбуваннях, нальотах на радянські та приватні установи й окремих громадян, зупинки поїздів та руйнування залізничних шляхів, байдуже – чи супроводжувалися ці напади вбивствами й пограбуваннями, чи не супроводжувалися <...>* (курсив наш. – О. О.)⁴².

Сучасне розуміння положень ст. 257 КК України зумовлює висновок про те, що сьогодні суспільна небезпечність нападів, які вчиняються бандою, виведена за межі складу бандитизму. Але оскільки вже сама по собі організація банди з визначеною у КК України метою, а також участь у такій банді та у вчинюваному нею нападі *визнаються злочинними*, то ці діяння, очевидно, наділені *власною суспільною небезпечністю*. Зазначена суспільна небезпечність полягає, наприклад, у тому, що створюється (існує) об'єднання, яке вчинятиме суспільно небезпечні діяння-напади. Або у тому, що особою вчиняються будь-які дії, спрямовані на створення сприятливих умов для функціонування банди (п. 23)⁴³, і т. д. Мабуть, беручи до уваги, зокрема, й ці міркування, учені доходять висновку про те, що 'наявність у КК України саме складу злочину про бандитизм <...> *відбиває сучасні кримінальні реалії*' (курсив наш. – О. О.)⁴⁴ і що існує життєва необхідність у збереженні ст. 257 КК України і в чинному законі про кримінальну відповідальність⁴⁵.

Для протидії окремим злочинам у науці кримінального права України запропоновано використовувати концепцію багаторубіжної правової протидії. При цьому йдеться про злочини, які 'в Україні піддані інституціоналізації чи професіоналізації', зокрема, про 'злочини, що вчинюються організованими групами та злочинними організаціями'⁴⁶. Розвиваючи цю ідею, Д. Михайленко говорить про те, що варто звернути увагу 'на особливості структури системи норм про протидію організованих злочинності' і на функції таких кримінально-правових норм, як створення злочинної організації, бандитизм та ін.⁴⁷. Норми 'про ство-

⁴¹ Уголовный кодекс Российской Социалистической Федеративной Советской Республики (Издание Военной Коллегии Верх Трибун ВЦИК 1922).

⁴² Там само 25.

⁴³ Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями (н 9).

⁴⁴ Голіна (н 8) 96.

⁴⁵ Р Чорний, 'Бандитизм за кримінальним правом України' (автореф дис канд юрид наук, Академія адвокатури України 2005) 4, 9.

⁴⁶ Д Михайленко, 'Структура багаторубіжного механізму правової протидії корупції' (2017) 2 Юридичний вісник 114.

⁴⁷ Там само 117.

рення злочинної організації, про сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності' вчений називає 'елементом попереднього рубежу протидії організованій злочинності'⁴⁸. І ці норми 'є правовими інструментами, що спрямовані на попередження розвитку організованої злочинності у вигляді реального вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів <...>'⁴⁹. Зрозуміло, що таку саму функцію мала б виконувати і стаття про кримінальну відповідальність за бандитизм.

Власне, сама ідея зародилася не зараз. Так, В. Меньшагін ще наприкінці 1930-х років зазначав:

Для закінченого складу бандитизму з об'єктивної сторони *достатньо самого факту організації озброєної банди, хоча б (навіть якщо. – О. О.) ця банда і не вчинила яких-небудь нападів*. Під організацією банди слід розуміти утворення згуртованої озброєної групи осіб для вчинення яких-небудь злочинів. <...> *організація банди є підготовчою дією до вчинення бандою в подальшому тих чи інших злочинів* (курсив наш. – О. О.)⁵⁰.

Отже, організація озброєної банди і створення злочинної організації хоча й караються як закінчені злочини (у відповідній формі), але за своєю суттю є не чим іншим, як готуванням до вчинення інших злочинів (з метою вчинення яких й утворюється банда чи злочинна організація). У разі відсутності у КК України статей про відповідальність за організацію банди та за створення злочинної організації, дії, що виразилися у створенні зазначених злочинних об'єднань, мали б кваліфікуватись як готування до тих злочинів, які могли б бути вчинені цими об'єднаннями у майбутньому. Окреслити ж коло зазначених злочинів (як їх види, так і кількість), мабуть, дуже непросто. Тому узагальнена назва для підготовчих дій – готування – до таких злочинів (організація озброєної банди, створення злочинної організації) виглядає досить-таки привабливою. Водночас зміна акцентів – “самостійна” караність готування до злочинів, що можуть бути вчинені злочинним об'єднанням у майбутньому, – є достатньо вразливою.

Один прояв вказаної вразливості – *перебільшення можливостей* норм, про які йдеться. Норми про кримінальну відповідальність за організацію озброєної банди та за створення злочинної організації мали б забезпечувати припинення діяльності злочинного об'єднання вже на стадії його створення (ще до вчинення таким об'єднанням певного злочину).

⁴⁸ Д Михайленко, 'Структура багаторубіжного механізму правової протидії корупції' (2017) 2 Юридичний вісник 118.

⁴⁹ Там само 120.

⁵⁰ А Герцензон и другие, *Уголовное право (Особенная часть). Государственные преступления* (Юридическое издательство НКЮ СССР 1938) 128.

Однак це завдання зазначені норми (майже) не виконують. Так, В. Голіна зазначає: ‘<...> лише організація стійкої озброєної банди <...> у судовій практиці України майже не зустрічається. Банда потрапляє у коло зору правоохоронних органів частіше після вчинення нею нападу (курсив наш. – О. О.)’⁵¹. Такий же висновок робить і Р. Чорний: ‘<...> припинення правоохоронними органами злочинної діяльності банд після їх фактичної організації, але до вчинення ними конкретних нападів, зустрічається дуже рідко (курсив наш. – О. О.)’⁵². Ще більш песимістично звучить інше висловлювання В. Голіни: ‘<...> за нашими дослідженнями кримінальних справ, не виявлено жодного факту викриття бандитизму на стадії організації банд (курсив наш. – О. О.)’⁵³.

Другий прояв зазначеної вразливості – порушення системності КК України. Справді, готування до певного злочину карається на підставі санкції тієї статті (санкції тієї частини статті) Особливої частини КК України, у якій передбачена відповідальність за відповідний закінчений злочин, з урахуванням вимог ч. 2 ст. 14 та частини 1, 2 і 4 ст. 68 КК України. Водночас організація озброєної банди та створення злочинної організації як готування до злочинів, що будуть вчинятися цими об’єднаннями, караються за власними санкціями. Причому ці санкції є знеособленими, оскільки не враховують індивідуальної суспільної небезпечності тих злочинів, готуванням до вчинення яких і були організація озброєної банди та створення злочинної організації.

Вразливість, про яку йдеться, виявляється також у тому, що порушується принцип заборони подвійного інкримінування. Так, злочини, вчинені бандою, так само як і злочини, що вчинені злочинною організацією, мають отримати самостійну кримінально-правову оцінку (абзац 2 п. 15, п. 26)⁵⁴. А готування до цих же злочинів, крім того, отримує кримінально-правову оцінку ще й за ст. 257 КК України або ч. 1 ст. 255 КК України як, відповідно, “організація озброєної банди” чи “створення злочинної організації”. Отже, готування до злочинів, вчинених бандою чи злочинною організацією, інкримінується винному двічі: один раз у складі бандитизму (за такою ознакою, як “організація озброєної банди”) чи у складі створення злочинної організації (за такою ознакою, як “створення злочинної організації”), а другий раз – у складі тих (закінчених) злочинів, які вчинила банда чи злочинна організація. І це при тому, що якщо злочин закінчений, ‘він поглинає попередні етапи (стадії) його вчинення, вони

⁵¹ Голіна (н 8) 40.

⁵² Чорний (н 45) 14.

⁵³ Голіна (н 8) 191.

⁵⁴ Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об’єднаннями (н 9).

не мають самостійного значення і не впливають на його кваліфікацію (курсив наш. – О. О.)⁵⁵.

Про порушення принципу заборони подвійного інкримінування можемо говорити також щодо двох інших форм, у яких вчиняється бандітизм: участі у банді та участі у вчинюваному бандою нападі. Ба більше, участь у банді та участь у вчинюваному бандою нападі – форми, які нечітко розмежовуються одна з одною. Дійсно, участь в озброєній банді ‘слід розуміти не тільки як безпосереднє здійснення нападів <...> (курсив наш. – О. О.)’ (п. 23)⁵⁶. При цьому, з одного боку, ‘в будь-якому разі участь у банді <...> обов’язково передбачає членство особи в цьому об’єднанні <...> (курсив наш. – О. О.)’⁵⁷. З другого боку, участь ‘у вчинюваному бандою нападі може брати й особа, яка не входить до її складу (курсив наш. – О. О.)’ (абзац 1 п. 25)⁵⁸. Отже, відповідна ознака може інкримінуватися й особі, яка входить до складу банди та брала участь у нападі. Водночас участь учасника банди у вчинюваному бандою нападі охоплюється такою формою бандітизму, як участь в озброєній банді. Однак раніше (зокрема, на початку 1960-х років) участь в організованих бандою нападах розумілася по-іншому: про таку участь йшлося у випадку, ‘коли напад у складі бандітської групи здійснювався особою, яка не була учасником групи (курсив наш. – О. О.)’⁵⁹. Ці ж міркування стосуються й таких форм злочину, відповідальність за вчинення якого передбачена у ч. 1 ст. 255 КК України, як участь у злочинній організації та участь у злочинах, вчинюваних злочинною організацією.

Висновки. Передбачені у чинному КК України статті про відповідальність за бандітизм та за створення злочинної організації упродовж тривалого часу не зазнають навіть редакційних змін. Це може свідчити про те, що зазначені статті сформульовані в законі дуже вдало.

Склад бандітизму формулюється з використанням мало не тих самих слів уже майже століття. Однак сталість у формулюваннях приховує значні зміни в підходах до розуміння сутності бандітизму. Спочатку складом бандітизму охоплювалися усі ті діяння-напади, які вчиняла озброєна банда, і такі діяння не підлягали додатковій кваліфікації за статтями про відповідальність за вчинені злочини. У той час бандітизм мав самостійне внутрішнє наповнення.

⁵⁵ Ю Баулін та інші, *Кримінальне право України. Загальна частина: підручник* (5-те вид переробл і доповн, Право 2015) 201.

⁵⁶ Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об’єднаннями (н 9).

⁵⁷ Там само.

⁵⁸ Там само.

⁵⁹ Шаргородский (н 27) 164.

На початку 1990-х років злочини-напади, вчинені озброєною бандою, не кваліфікувалися додатково за статтями про відповідальність за ці напади лише тоді, коли зазначені злочини каралися менш суворо, ніж бандитизм. У тому ж випадку, коли такі злочини каралися більш суворо, ніж бандитизм, вони мали отримати самостійну кримінально-правову оцінку.

Нині стаття про відповідальність за бандитизм не охоплює жодного з діянь-нападів, вчинених бандою, й усі такі напади кваліфікуються додатково за статтями, якими передбачена відповідальність за ці злочини. При цьому не має значення, більш суворо чи більш м'яко караються зазначені злочини порівняно з бандитизмом. Такий самий підхід застосовується і для кваліфікації злочинів, вчинених злочинною організацією.

Первісна сутність бандитизму зараз повністю втрачена. Незважаючи на це, склад відповідного злочину у чинному КК України збережений у майже первинному вигляді. Це призводить до низки проблем у застосуванні закону України про кримінальну відповідальність. Такі самі проблеми супроводжують застосування і ч. 1 ст. 255 КК України (у таких формах, як створення злочинної організації, участь у ній, участь у злочинах, вчинюваних такою організацією).

Вказані проблеми свідчать про вразливість сучасних підходів щодо розуміння бандитизму і щодо кваліфікації злочинів, вчинених бандою та злочинною організацією. Ця вразливість виявляється, зокрема, у:

- перебільшенні превентивних можливостей статей про кримінальну відповідальність за бандитизм та за створення злочинної організації;
- порушенні системності КК України, що виражається у наявності різних підходів до караності готування до злочину;
- порушенні принципу заборони подвійного інкримінування: особі двічі ставиться у вину готування до злочинів, вчинених бандою чи злочинною організацією.

Виділені проблеми можуть бути розв'язані:

– *на законодавчому рівні*: шляхом виключення із КК України статті про відповідальність за бандитизм і таких форм, передбачених у ч. 1 ст. 255 КК України, як створення злочинної організації, участь у ній й участь у злочинах, вчинюваних такою організацією (інші форми у статті не розглядалися);

– *на правозастосовному рівні* (до внесення відповідних змін до КК України): шляхом безпосереднього застосування норм Конституції України (як норм прямої дії) та принципів кримінального права України, які на цих нормах ґрунтуються.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Kryminalnyi kodeks Ukrainy [The Criminal Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 5 kvitnia 2001 r. № 2341-III <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20010405>> (accessed: 25.11.2018) (in Ukrainian).
2. Ugolovnyj kodeks Rossijskoj Socialisticheskoj Federativnoj Sovetskoj Respubliki [The Criminal Code of the Russian Socialist Federal Soviet Republic] (Izdanie Voennoj Kollegii Verh Tribun VCIK 1922) (in Russian).
3. Ugolovnyj kodeks Ukrainskoj SSR. Oficial'nyj tekst s izmenenijami i dopolnenijami po sostojaniju na 1 janvarja 1964 goda [The Criminal Code of Ukrainian SSR. The Official Text with Changes and Additions on January 1, 1964] (Politvydav Ukrainy 1964) (in Russian).
4. Ugolovnyj kodeks USSR [The Criminal Code of the UkSSR] v redakcii 1927 g. s izm. po 1-e ijunja 1928 g. 3-e oficial'noe izdanie (Juridicheskoe izdatel'stvo Narkomjusta USSR 1928) (in Russian).

Cases

5. 'O sudebnoj praktike po delam ob umyshlennom ubijstve ['On Case Law in Intentional Homicide Cases]: postanovlenie Plenuma Verhovnogo Suda SSSR' [Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the USSR'] ot 27 ijunja 1975 g. № 4 v Terebilov V (obshh red), *Sbornik postanovlenij Plenuma Verhovnogo Suda SSSR 1924-1986* [Collected Resolutions of the Plenum of the Supreme Court of the USSR 1924-1986] (Izvestija Sovetov narodnyh deputatov SSSR 1987) (in Russian).
6. Pro praktiku rozghliadu sudamy kryminalnykh sprav pro zlochyny, vchyneni stiikymy zlochynnymy ob'iednanniamy [On the Practice of Court Proceedings in Criminal Cases for Crimes Committed by Stable Criminal Associations]: postanova Plenumu Verkhovnoho Sudu Ukrainy [Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine] vid 23 hrudnia 2005 r. № 13 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-05>> (accessed: 23.11.2018) (in Ukrainian).
7. Pro sudovu praktiku v spravakh pro bandytyzm [On Case Law in Banditry Cases]: postanova Plenumu Verkhovnoho Sudu Ukrainy [Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine] vid 7 lypnia 1995 r. № 9 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-95>> (accessed: 27.11.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

8. Baulin Yu ta inshi, *Kryminalne pravo Ukrainy. Zahalna chastyna: pidruchnyk* [Criminal Law of Ukraine. General Part: Textbook] (5-te vyd pererobl i dopovn, Pravo 2015) (in Ukrainian).
9. Gercenzon A i drugie, *Ugolovnoe pravo (Osobennaja chast')*. Gosudarstvennye prestuplenija [Criminal Law (Special Part). State Crimes] (Juridicheskoe izdatel'stvo NKJu SSSR 1938) (in Russian).
10. Holina V, *Kryminolohichni ta kryminalno-pravovi problemy borotby z bandytyzmozom: sotsialno-pravove i kryminolohichne doslidzhennia: monohrafiia* [Criminological and Criminal-law Problems of Fight against Banditry: Social-legal and Criminological Research: Monograph] (Rehion-inform 2004) (in Ukrainian).

11. Shargorodskij M i drugie, *Kommentarij k Ugolovnomu kodeksu RSFSR 1960 g. [Commentary of the Criminal Code of the Russian Soviet Federative Socialist Republic adopted in 1960 year]* (Izdatel'stvo Leningradskogo universiteta 1962) (in Russian).
12. Zinchenko I ta Tiutiuhin V, *Odynychni zlochyny: poniattia, vydy, kvalifikatsiia: monohrafiia [Single Crimes: Concept, Types, Qualification: Monograph]* (FINN 2010) (in Ukrainian).

Journal articles

13. Bykov V, 'Kak razgranichit' banditizm i razboj' ['How to Distinguish between the Banditry and Brigandage'] (2001) 3 Rossijskaja justicija 52 (in Russian).
14. Hiljuta V, 'Kak razgranichit' razboj i banditizm?' ['How to Distinguish between the Banditry and Brigandage?'] (2012) 3 Zakonnost' 42 (in Russian).
15. Mal'cev V, 'Banditizm: osobo opasnoe social'noe javlenie ili juridicheskaja fikcija?' ['Banditry: a Particularly Dangerous Social Phenomenon or a Legal Fiction?'] (2012) 10 Zakonnost' 39 (in Russian).
16. Mykhailenko D, 'Struktura bahatorubizhnoho mekhanizmu pravovoi protydii koruptsii' ['Structure of Multifrontier Mechanism of Legal Corruption's Counteraction'] (2017) 2 Yurydychnyi visnyk 114 (in Ukrainian).

Conference papers

17. Navrotskyi V, 'Kryminalno-pravovi aspekty pryntsyphu pravovoi vyznachenosti' ['Criminal-law Aspects of the Principle of the Legal Certainty'] v Tatsii V (holov red), *Sotsialna funktsiia kryminalnoho prava: problemy naukovoho zabezpechennia, zakonotvorennia ta pravozastosuvannia: Mizhnarodna naukovopraktychna konferentsiia [Social Function of Criminal Law: the Problems of Scientific Support, Law-making and Law-application]* (Pravo 2016) <http://ivpz.org/images/pdf/zbirnik_konf_2016.pdf> (accessed: 17.11.2018) (in Ukrainian).

Thesis abstracts

18. Achmiz L, 'Banditizm: pravovye, kriminologicheskie i pravoprimeritel'nye aspekty (po materialam sudebnoj praktiki Krasnodarskogo kraja)' ['Banditry: Legal, Criminological and Law-application Aspects (Based on the Juridical Practice of the Krasnodar Territory)'] (avtoref diss kand jurid nauk, Kubanskij gosudarstvennyj universitet 2006) (in Russian).
19. Chorni R, 'Bandytyzm za kryminalnym pravom Ukrainy' ['Banditry in Criminal Law of Ukraine'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Akademiia advokatury Ukrainy 2005) (in Ukrainian).
20. Nagaeva T, 'Ugolovno-pravovaja ocenka napadenija' ['Criminal-law Evaluation of Attack'] (avtoref diss kand jurid nauk, Moskovskaja gosudarstvennaja juridicheskaja akademija 2005) (in Russian).
21. Ostrovskih Zh, 'Ugolovno-pravovaja i kriminologicheskaja harakteristika banditizma (po materialam Vostochno-Sibirskogo regiona)' ['Criminal-law and Criminological Characterization of Banditry (Based on East-Siberian Region)'] (avtoref dis kand jurid nauk, Bajkal'skij gosudarstvennyj universitet jekonomiki i prava 2006) (in Russian).

Olexandr Obodovsky

ON THE APPLICATION OF ARTICLES PRESCRIBING
CRIMINAL LIABILITY FOR BANDITRY AND FOR FORMING
OF A CRIMINAL ORGANIZATION

ABSTRACT. One crime committed by one person is the simplest situation which can occur in the law application practice. There is a more complicated situation where one person commits several crimes or one crime is committed by several persons (by association). Even more complicated are the situations where several crimes are committed by several persons and these include cases when crimes are committed by stable associations, the establishment and participation in which are criminal as such. And, perhaps, the most controversial issue is to decide on the qualification of crimes committed by a gang and a criminal organization.

The purpose of this article is to determine whether there are specific aspects in the application of the articles of the Criminal Code of Ukraine (Ukraine's CC) which establish liability for banditry and for forming of a criminal organization in modern conditions, and also to determine the prospects of maintaining the relevant articles in Ukraine's CC.

Over time, there have been several changes to the approaches used to qualify the crimes committed by a gang. From the very beginning, the qualification as banditry was applied to any criminal act committed by a gang, and such acts did not receive a separate assessment under criminal law. This position rested upon very severe punishment for banditry.

Later, a different approach was proposed: the crimes punishable more severely than banditry were subject to separate assessment under criminal law. And today all crimes (regardless of the severity of punishment prescribed) should be additionally qualified under the articles prescribing liability for such criminal acts. The same approach is proposed for the qualification of crimes committed by a criminal organization.

As a result of changes in the approaches to punishability of crimes committed by a gang, banditry has gradually lost its essence and today it is merely a shell which needs to be filled in. There is also no self-sufficient essence in such a crime as forming of a criminal organization (at least in the forms of establishment of a criminal organization, participation in it and participation in crimes committed by a criminal organization).

The author proves the vulnerability of the approach according to which crimes committed by a gang and a criminal organization are subject to additional qualification under the articles prescribing liability for these crimes. This vulnerability is manifested, in particular, in the following: the preventive potential of the articles prescribing liability for banditry and for forming of a criminal organization are overestimated, the systemic nature of the law on criminal liability is infringed, and the principle prohibiting double incrimination is not complied with.

The problematic aspects pertaining to the application of Ukraine's CC articles which prescribe liability for banditry and for forming of a criminal organization can be resolved by amending the Criminal Code of Ukraine (legislative level). And until such amendments are made – by direct application of provisions of the Ukrainian Constitution as the provisions having direct effect (law application level).

KEYWORDS: banditry; forming of a criminal organization; qualification of crimes by association; preparation for a crime; overestimation of the preventive potential contained in the article of the Criminal Code of Ukraine; infringement of the systemic nature of the Criminal Code of Ukraine; non-compliance with the principle of prohibited double incrimination.

СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ



Артем Данілов

аспірант кафедри господарського права і процесу
Національного університету “Одеська юридична академія”,
адвокат, арбітражний керуючий
(м. Одеса, Україна)
danilov.a@hotmail.com

УДК 346.93:347.736(477)

КОНТРОЛЬ АРБІТРАЖНОГО КЕРУЮЧОГО ЗА ЗАДОВОЛЕННЯМ ВИМОГ КРЕДИТОРІВ ЗА ЗОБОВ’ЯЗАННЯМИ, НА ЯКІ НЕ ПОШИРЮЄТЬСЯ ДІЯ МОРАТОРІЮ

Анотація. Основною метою процедури банкрутства є справедливий розподіл конкурсної (ліквідаційної) маси неплатоспроможного боржника між його кредиторами. На відміну від конкурсних кредиторів, які можуть отримати задоволення своїх вимог виключно в межах конкурсу на принципах черговості та пропорційності, кредитори, на вимоги яких не поширюється дія мораторію, можуть отримати задоволення поза чергово. У цьому контексті особливої актуальності набуває питання належної правової регламентації та ефективної практичної реалізації контролю арбітражного керуючого за виконанням боржником грошових зобов’язань перед кредиторами, на вимоги яких не поширюється дія мораторію, оскільки преференційний порядок їх задоволення справляє відчутний вплив на рівновагу інтересів сторін у справі про банкрутство.

Положення чинного Закону України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом”, яким унормовано питання контролю, містять суттєві прогалини, що на практиці створює проблеми у суб’єктів правозастосування, зокрема суддів, сторін справи про банкрутство, Міністерства юстиції України, та передусім в арбітражних керуючих. Невирішеним залишилося це питання і в щойно прийнятому Кодексі України з процедур банкрутства, в якому не зазнав будь-яких змін порядок здійснення арбітражним керуючим контролю за виконанням боржником грошових зобов’язань перед кредиторами, на вимоги яких не поширюється дія мораторію.

Метою статті є аналіз причин, що мають негативний вплив на практичну реалізацію функції контролю арбітражного керуючого за виконанням боржником грошових зобов’язань перед кредиторами, на вимоги яких не поширюється дія мораторію, а також викладення пропозицій щодо шляхів забезпечення ефективності здійснюваного контролю.

Контроль за задоволенням вимог кредиторів розглянуто як сукупність послідовних дій, що здійснюються арбітражним керуючим з метою досягнення покладених на нього завдань у процедурах банкрутства. Сформульовані поняття та мета контролю за задоволенням вимог кредиторів, на які не поширюється дія мораторію, досліджено чинники, що забезпечують ефективність контролю; запропоновано заходи, спрямовані на підвищення дієвості контролю арбітражного керуючого за задоволенням вимог кредиторів, на які не поширюється дія мораторію.

Зроблено висновок, що низька ефективність контролю арбітражного керуючого за задоволенням вимог кредиторів, на які не поширюється дія мораторію в процедурах банкрутства, обумовлена неповнотою законодавчого регулювання, яка, з огляду на спеціально-дозвільний тип правового регулювання діяльності арбітражного керуючого, не може бути зведена до проблеми тлумачення.

Ключові слова: банкрутство в Україні; арбітражний керуючий; задоволення вимог кредиторів; мораторій; контроль.

Одним із завдань процедури банкрутства є нагляд та контроль за управлінням і розпорядженням майном боржника, що здійснюється з метою забезпечення збереження майнових активів боржника. Задля цього при порушенні провадження у справі про банкрутство суд вводить мораторій на задоволення вимог кредиторів. Водночас, як чинний Закон України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом” (далі – Закон про банкрутство)¹, так і прийнятий 18 жовтня 2018 р. Верховною Радою України Кодекс України з процедур банкрутства (далі – КПБ)², покладають на арбітражного керуючого обов'язок вжиття заходів зі збереження майна боржника, не визначаючи їх повного, чи навіть приблизного переліку. Одним із таких заходів, що заслуговує на увагу, є передбачений в абзаці 3 ч. 5 ст. 19 Закону про банкрутство та ідентично відтворений в абзаці 3 п. 5 ч. 3 ст. 41 КПБ, обов'язок арбітражного керуючого здійснювати контроль за стягненням із рахунку боржника грошових коштів за вимогами кредиторів за зобов'язаннями, на які не поширюється дія мораторію. Стосовно зазначеної категорії кредиторів науковці використовують термін “привілейовані”³. Це вимоги поточних кредиторів; вимоги щодо виплати заробітної плати та нарахованих на ці суми страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне та інше соціальне страхування; відшкодування шкоди, заподіяної здоров'ю та життю громадян; авторської винагороди, аліментів тощо.

Метою дослідження є аналіз причин, що мають негативний вплив на практичну реалізацію функції контролю арбітражного керуючого за ви-

¹ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: в редакції Закону України від 22 грудня 2011 р. № 4212-VI <<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2343-12>> (дата звернення: 01.02.2019).

² Кодекс України з процедур банкрутства <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63518> (дата звернення: 01.02.2019). На момент подання статті для опублікування Законопроект прийнято в цілому та направлено на підпис Президенту. – Прим. ред.

³ Б Поляков, *Право несостоятельности (банкротства) Украины* (Ін Юре 2003) 440.

Артем Данілов

конанням боржником грошових зобов'язань перед кредиторами, на вимоги яких не поширюється дія мораторію, а також викладення пропозицій щодо шляхів забезпечення ефективності здійснюваного контролю.

Дослідження проблематики, пов'язаної зі здійсненням контролю за задоволенням вимог привілейованих кредиторів, доцільно почати з визначення мети контролю, оскільки ані Закон про банкрутство, ані КПБ її не визначають. Як зазначає І. Новосельцев:

<...> мета є важливою структурною характеристикою інституту неплатоспроможності, оскільки певною мірою визначає всі інші категорії інституту неплатоспроможності, та, насамперед, систему правових засобів, які застосовуються до боржника (економічного, організаційного чи інформаційного характеру)⁴.

Тож визначення мети контролю арбітражного керуючого за задоволенням вимог привілейованих кредиторів необхідне зокрема і для того, аби виважено підійти до вирішення питання про співвідношення мети контролю та засобів її досягнення, під якими у цьому разі слід розуміти передбачені Законом про банкрутство та КПБ правомочності арбітражного керуючого.

Слід визнати, що значною мірою мета контролю арбітражного керуючого за виплатами привілейованим кредиторам охоплюється загальною метою процедури банкрутства – задоволення вимог кредиторів при забезпеченні справедливого балансу їх інтересів, а також принципами добросовісності, розсудливості, обґрунтованості та цільової спрямованості дій арбітражного керуючого (ст. 98 Закону про банкрутство, ч. 3 ст. 12 КПБ). З огляду на це небезпідставно буде припустити, що контроль арбітражного керуючого за задоволенням вимог привілейованих кредиторів має на меті забезпечити дотримання законності, реальності, економічної доцільності та ефективності використання фінансових ресурсів боржника в процедурах банкрутства при здійсненні розрахунків із кредиторами, на вимоги яких не поширюється дія мораторію.

Сформульоване визначення мети контролю та загальне розуміння поняття контролю дає змогу розглядати контроль арбітражного керуючого за виплатами привілейованим кредиторам як певну сукупність послідовно вчинюваних дій, що включає в себе: 1) отримання інформації про фактичний стан задоволення боржником вимог привілейованих кредиторів; 2) оцінку відповідності фактичного стану розрахунків встановленому законодавством порядку; 3) своєчасне вжиття коректувальних дій

www.prawo.ua.com.ua

⁴ І Новосельцев, *Транскордонна неплатоспроможність у міжнародному приватному праві* (Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПРН України 2009) 148.

у межах наданих повноважень для забезпечення досягнення мети процедури банкрутства. У цьому аспекті існує низка проблемних питань.

По-перше, очевидно, що ефективність контролю безпосередньо залежить від можливості вільного та оперативного доступу арбітражного керуючого до джерела контролю, під яким слід розуміти інформацію про видаткові фінансові операції на користь привілейованих кредиторів, що здійснюються боржником за банківськими рахунками у процедурі банкрутства. Вказана інформація згідно зі ст. 60 Закону України “Про банки і банківську діяльність” (далі – Закон про банки)⁵ є банківською таємницею, права доступу до якої розпорядник майна не має. Внаслідок цього інформація про операції, які були проведені на користь чи за дорученням боржника, і здійснені ним угоди, може бути отримана розпорядником майна лише з дозволу боржника, або на підставі ухвали суду (ч. 1 ст. 62 Закону про банки). При визначенні строку розгляду звернень арбітражного керуючого про надання інформації боржники та банківські установи керуються ст. 20 Закону України “Про звернення громадян”⁶, відповідно до якої строк розгляду звернення становить один місяць, що в контексті поставленого перед розпорядником майна завдання уявляється надто тривалим терміном. Слід згадати і поширену на практиці ситуацію, коли боржники не надають (або надають несвоєчасно, або не в повному обсязі) розпоряднику майна інформацію про поточні платежі, що обумовлює потребу у зверненні арбітражного керуючого до господарського суду з клопотанням про витребування цієї інформації. Зі свого боку необхідною умовою звернення до суду з таким клопотанням є надання арбітражним керуючим доказів неможливості самостійного отримання такої інформації (ч. 1 ст. 81 Господарського процесуального кодексу України)⁷. Проблема полягає в тому, що відповідно до діючої процедури термін отримання арбітражним керуючим інформації про рух коштів боржника може сягати кількох місяців або й значно більше (наприклад, у випадку неможливості розгляду клопотання арбітражного керуючого судом першої інстанції внаслідок відсутності матеріалів справи про банкрутство у зв'язку з апеляційним чи касаційним оскарженням прийнятих у справі процесуальних актів). Потрібно визнати, що такий порядок отримання необхідної для здійснення контролю інформації вимагає невіправдано значних організаційних і часових ресурсів, а за таких обставин контроль арбітражного керуючого за виплатами на користь привілейо-

⁵ Про банки і банківську діяльність: Закон України від 7 грудня 2000 р. № 2121-III <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14>> (дата звернення: 01.02.2019).

⁶ Про звернення громадян: Закон України від 2 жовтня 1996 р. № 393/96-ВР <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 01.02.2019).

⁷ Господарський процесуальний кодекс України: в редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>> (дата звернення: 01.02.2019).

Артем Данілов

ваних кредиторів втрачає необхідні ознаки оперативності, ефективності та дієвості.

Наведене вище переконливо свідчить про необхідність надання розпоряднику майна повноважень безпосередньо (без участі боржника або суду) отримувати в банківських установах інформацію про здійснені боржником фінансові операції. Оптимальним варіантом практичної реалізації таких повноважень, який дав би змогу уникнути невиправдано складних бюрократичних процедур, мінімізувати часові витрати та забезпечити оперативність і безпосередність контролю вбачається надання арбітражному керуючому можливості доступу (в ознайомлювальному режимі) до електронної системи платежів “Клієнт-банк”, завдяки чому було б забезпечено можливість вільного отримання арбітражним керуючим фінансової інформації, необхідної для здійснення контролю.

По-друге, з положень абзацу 3 ч. 5 ст. 19 Закону про банкрутство та абзацу 3 п. 5 ч. 3 ст. 41 КПБ вбачається, що контролем з боку арбітражного керуючого охоплюються лише ті виплати, що здійснюються у порядку стягнення, тобто в порядку примусового виконання органами Державної виконавчої служби Міністерства юстиції України (далі – ДВС) або приватними виконавцями згідно з Законом України “Про виконавче провадження” (далі – Закон про виконавче провадження)⁸. Але під час процедур розпорядження майном та санації грошові кошти на користь привілейованих кредиторів здебільшого сплачуються боржником у добровільному порядку за рішенням його органів управління. Проте аналогічних застережень щодо здійснення контролю арбітражного керуючого за виплатами, які здійснюються боржником добровільно за рішенням його органів управління, Закон про банкрутство та КПБ не містять. Таким чином, можна дійти висновку, що арбітражному керуючому не надано повноважень контролювати добровільні виплати привілейованим кредиторам, які здійснюються під час процедур банкрутства за рішенням органів управління боржника. На правильність такого розуміння вказують і положення ч. 3 ст. 98 Закону про банкрутство, відповідно до яких арбітражний керуючий діє на підставі, у межах та способами, що передбачені Конституцією та законодавством України про банкрутство, тобто встановлений Законом про банкрутство перелік повноважень арбітражного керуючого є вичерпним та не підлягає розширеному тлумаченню.

Утім, уявляється правильним розглядати питання меж здійснення повноважень арбітражного керуючого крізь призму завдань відповідної стадії процедури банкрутства (розпорядження майном, санації, ліквіда-

www.pravoua.com.ua

⁸ Про виконавче провадження: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1404-VIII <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>> (дата звернення: 01.02.2019).

ції). Зокрема, завданням процедури розпорядження майном боржника є нагляд та контроль за управлінням і розпорядженням майном боржника з метою забезпечення збереження, ефективного використання майнових активів боржника (ч. 1 ст. 22 Закону про банкрутство). Тому небезпідставно буде припустити, що передбачені Законом про банкрутство повноваження розпорядника майна мають забезпечувати можливість реального впливу арбітражного керуючого на хід процедури банкрутства з метою досягнення завдання процедури розпорядження майном, а саме збереження та ефективного використання майнових активів боржника. На користь такого висновку свідчать також положення ч. 3 ст. 98 Закону про банкрутство та ч. 3 ст. 12 КПБ, згідно з якими під час реалізації своїх прав та обов'язків арбітражний керуючий (розпорядник майна, керуючий санацією, ліквідатор) зобов'язаний діяти з метою, з якою ці права та обов'язки надано (покладено).

Можна з упевненістю стверджувати, що існуюче правове регулювання не дає змоги арбітражному керуючому забезпечити збереження та ефективного використання майнових активів боржника за умов, коли добровільні витрати на користь привілейованих кредиторів здійснюються поза контролем арбітражного керуючого на розсуд органів управління боржника. Зокрема, існує небезпека незаконного виведення боржником обігових коштів неплатоспроможного підприємства на користь тих точних кредиторів, чиї кредиторські вимоги виникли з фіктивних правочинів, чи з договорів, за якими боржник набуває товари, роботи, послуги за завищеними цінами, або договорів, які укладені без будь-якої господарської доцільності (наприклад, придбання неліквідних цінних паперів, ринкова вартість яких значно нижче за номінальну).

З огляду на завдання процедури розпорядження майном і встановлених ст. 98 Закону про банкрутство та ч. 3 ст. 12 КПБ принципів добросовісності, розсудливості, цільової спрямованості дій арбітражного керуючого, видається правильним, що арбітражний керуючий має здійснювати суцільний контроль за всіма видатковими операціями за банківськими рахунками боржника, незалежно від того, здійснюються вони боржником добровільно, чи стягуються у примусовому порядку. Зважаючи на це, доцільно доповнити абзац 1 ч. 6 ст. 19 Закону про банкрутство (абзац 3 п. 5 ч. 3 ст. 41 КПБ) другим реченням, виклавши його у такій редакції: "Під час процедури розпорядження майном боржнику дозволяється задовольняти лише ті вимоги кредиторів, на які не поширюється дія мораторію. Контроль за такими виплатами здійснюється арбітражним керуючим".

Окремо слід загострити увагу на положеннях абзацу 3 ч. 5 ст. 19 Закону про банкрутство (абзац 3 п. 5 ч. 3 ст. 41 КПБ), з яких випливає, що контроль за стягненнями на користь привілейованих кредиторів здійснюється арбітражним керуючим протягом процедур розпорядження майном, санації та ліквідації. Проте після визнання боржника банкрутом і відкриття ліквідаційної процедури виконавче провадження щодо стягнення коштів з боржника банкрута не відкривається (п. 3 ч. 4 ст. 4 Закону про виконавче провадження), а відкрите виконавче провадження підлягає закриттю (п. 8 ч. 1 ст. 39 Закону про виконавче провадження). Тобто стягнення грошових коштів із рахунку боржника на користь привілейованих кредиторів можливе лише під час процедур розпорядження майном або санації. Під час ліквідаційної процедури будь-яких стягнень у примусовому порядку з рахунку боржника не відбувається, позаяк виключні повноваження з розпорядження ліквідаційною масою банкрута належать ліквідатору, який самостійно здійснює виплати на користь кредиторів у порядку черговості, визначеної ст. 45 Закону про банкрутство.

Отже, оскільки в ліквідаційній процедурі стягнень на користь привілейованих кредиторів не відбувається, відповідно, контроль з боку арбітражного керуючого за такими стягненнями здійснюватися не може. З огляду на це вбачається необхідним викласти друге речення абзацу 3 ч. 5 ст. 19 Закону про банкрутство (абзац 3 п. 5 ч. 3 ст. 41 КПБ) у такій редакції: “Контроль за такими стягненнями протягом процедури розпорядження майном боржника та/або санації здійснює арбітражний керуючий (розпорядник майна, керуючий санацією)”.

По-третє, як зазначалося вище, контроль арбітражного керуючого передбачає необхідність оцінки відповідності фактичного стану розрахунків боржника з привілейованими кредиторами встановленому законодавством порядку. Водночас Закон про банкрутство та КПБ встановлюють лише *види* кредиторських вимог, на які не поширюється дія мораторію, та визначають *способи* їх задоволення – шляхом стягнення коштів із банківських рахунків боржника, або шляхом звернення стягнення на майно боржника на підставі ухвали господарського суду (абзац 3 ч. 5 ст. 19 Закону про банкрутство, абзац 3 п. 5 ч. 3 ст. 41 КПБ). При цьому зазначені нормативні акти не містять будь-якого *порядку* задоволення вимог привілейованих кредиторів, у зв'язку з чим постає питання стосовно черговості (послідовності), строків та обсягу (пропорційно/вибірково) задоволення боржником вимог привілейованих кредиторів залежно від їх виду (вимоги поточних кредиторів; вимоги щодо виплати заробітної плати та нарахованих на ці суми страхових внесків на за-

гальнообов'язкове державне пенсійне та інше соціальне страхування; відшкодування шкоди, заподіяної здоров'ю та життю громадян; авторської винагороди, аліментів).

Видається правильним, що в цьому питанні слід дотримуватися положень нормативно-правових актів, якими визначено черговість задоволення відповідних вимог. Зокрема, згідно з ч. 1 ст. 15 Закону України "Про оплату праці"⁹ оплата праці працівників підприємства здійснюється в першочерговому порядку. Всі інші платежі здійснюються підприємством після виконання зобов'язань щодо оплати праці. Відповідно до ч. 12 ст. 9 Закону України "Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування"¹⁰ за наявності у платника єдиного внеску одночасно з зобов'язаннями зі сплати єдиного внеску зобов'язань зі сплати податків, інших обов'язкових платежів, передбачених законом, або зобов'язань перед іншими кредиторами, зобов'язання зі сплати єдиного внеску виконуються передусім і мають пріоритет перед усіма іншими зобов'язаннями, крім зобов'язань із виплати заробітної плати (доходу). Згідно з п. 36.3 ст. 36 Податкового кодексу України¹¹ податковий обов'язок є безумовним і першочерговим стосовно інших неподаткових обов'язків платника податків, крім випадків, передбачених законом.

За відсутності нормативно-правових приписів стосовно строків, послідовності та обсягу задоволення певних кредиторських вимог, на які не поширюється дія мораторію, слід виходити з того, що арбітражним керуючим такі витрати мають оцінюватися з точки зору їх господарської доцільності та відповідності профілю діяльності боржника.

По-четверте, зважаючи на необхідність дотримання правил формальної логіки та завдань арбітражного керуючого в процедурах банкрутства контроль за задоволенням вимог привілейованих кредиторів має завершуватися вжиттям релевантних заходів реагування, що є заключним і найважливішим етапом процесу контролю. Саме вжиття заходів реагування відрізняє контроль від звичайного процесу споглядання. Проте Закон про банкрутство та КПБ не визначають переліку, способів та строків вжиття дій арбітражним керуючим за результатами проведеного контролю виплат на користь привілейованих кредиторів. Така невизначеність може призводити до впливу суб'єктивних факторів особистісного характеру при оцінці господарським судом, Міністерством юстиції України, правоохоронними органами повноти

⁹ Про оплату праці: Закон України 24 березня 1995 р. № 108/95-ВР <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/108/95-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 01.02.2019).

¹⁰ Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування: Закон України від 8 липня 2010 р. № 2464-VI <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2464-17>> (дата звернення: 01.02.2019).

¹¹ Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>> (дата звернення: 01.02.2019).

Артем Данілов

та належності дій арбітражного керуючого під час виконання повноважень розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора. Крім того, це закладає умови до виникнення конфлікту інтересів між арбітражним керуючим і керівництвом неплатоспроможного боржника, що може статися внаслідок різного розуміння меж дозволеної поведінки арбітражного керуючого під час здійснення контролю за виплатами привілейованим кредиторам. Адже, з одного боку, згідно з ч. 10 ст. 22 Закону про банкрутство (ч. 10 ст. 44 КПБ) розпорядник майна не має права втручатися в оперативно-господарську діяльність боржника, а з другого – відповідно до абзацу 3 ч. 5 ст. 19 Закону про банкрутство (абзац 3 п. 5 ч. 3 ст. 41 КПБ) на арбітражного керуючого покладено обов'язок контролювати виплати боржника на користь привілейованих кредиторів, які є невід'ємною складовою оперативно-господарської діяльності боржника. Означені вище нормативні положення ставлять арбітражного керуючого перед необхідністю постійного пошуку балансу між заборною втручатися в оперативно-господарську діяльність боржника та обов'язком здійснювати контроль за виплатами боржника на користь привілейованих кредиторів згідно з принципами добросовісності, розсудливості та цільової спрямованості своїх дій.

Проблемним уявляється і питання вибору відповідних заходів реагування за результатами здійсненого контролю залежно від способу задоволення вимог привілейованих кредиторів під час банкрутства (добровільного або шляхом стягнення з рахунку боржника). Якщо порушення встановленого Законом про банкрутство порядку допущене боржником під час *добровільного* задоволення вимог кредиторів, то в цьому разі Закон про банкрутство наділяє арбітражного керуючого достатнім арсеналом ефективних заходів оперативного впливу на боржника, зокрема: звернення до господарського суду з клопотанням про усунення (відсторонення) керівника боржника від займаної посади; повідомлення правоохоронних органів про порушення керівником боржника вимог законодавства; звернення до суду з заявою про визнання недійсним правочину (спростування майнових дій) боржника. Якщо ж порушення встановлено арбітражним керуючим під час контролю за *стягненнями* з рахунку боржника, що, власне, відповідає буквальному змісту чинної редакції абзацу 3 ч. 5 ст. 19 Закону про банкрутство, то, як видається, відповідним заходом реагування у цьому разі має бути оскарження незаконних дій ДВС. Проте арбітражний керуючий (розпорядник майна) такої правової можливості не має, оскільки не уповноважений представляти боржника та подавати від його імені скарги на дії ДВС.

www.pravo.ua.com.ua

Таким чином, маємо ситуацію, коли покладений на арбітражного керуючого Законом про банкрутство обов'язок контролювати *стягнення* з рахунку неплатоспроможного боржника на користь привілейованих кредиторів не забезпечений відповідними правовими можливостями реагування та впливу на боржника, а добровільні виплати боржника на користь привілейованих кредиторів лишаються поза межами контролю арбітражного керуючого. У сукупності це призводить до спотворення інституту контролю арбітражного керуючого за задоволенням боржником грошових вимог привілейованих кредиторів та перетворення його у фікцію.

Висновки. Незважаючи на свою виняткову значущість, унаслідок неповноти правового регулювання контроль арбітражного керуючого за задоволенням вимог привілейованих кредиторів лишається інститутом, який на практиці не працює. Пропозиції щодо подолання цієї проблеми можна звести до такого: 1) контроль арбітражного керуючого за задоволенням вимог кредиторів, на які не поширюється дія мораторію, повинен мати комплексний характер, що передбачає суцільну перевірку всіх здійснюваних боржником виплат на постійній, оперативній основі, не обмежуючись лише стягненнями з рахунків боржника; 2) дієвість контролю має досягатися шляхом забезпечення оперативного доступу арбітражного керуючого до інформації про видаткові операції боржника, бажано способом, що виключає можливість людського розсуду, а також надання арбітражному керуючому ефективних важелів правового впливу на боржника за результатами здійсненого контролю; 3) існуюча неповнота правового регулювання процедури контролю арбітражного керуючого за виплатами на користь привілейованих кредиторів має бути усунута шляхом внесення запропонованих у тексті цієї статті змін до змісту абзацу 3 ч. 5 ст. 19 Закону про банкрутство (абзац 3 п. 5 ч. 3 ст. 41 КПБ). Реалізація зазначених вище рекомендацій, як видається, сприятиме зменшенню ризиків виникнення юридичних колізій і непорозумінь у правозастосовній практиці та створить належні умови для здійснення контролю арбітражного керуючого за задоволенням вимог кредиторів, на які не поширюється дія мораторію.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Hospodarskyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [The Economic Procedural Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 6 lystopada 1991 r. № 1798-XII <<http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>> (accessed: 01.02.2019) (in Ukrainian).

Артем Данілов

2. Kodeks Ukrainy z protsedur bankrutstva [The Code of Ukraine on Bankruptcy Procedures]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 18 zhovtnia 2018 r. № 8060 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63518> (accessed: 01.02.2019) (in Ukrainian).
3. Pro vidnovlennia platospromozhnosti borzhnyka abo vyznannia yoho bankrotom [On Restoring Debtor's Solvency or Declaring Bankrupt]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 14 travnia 1992 r. № 2343-XII <<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2343-12>> (accessed: 01.02.2019) (in Ukrainian).
4. Pro banky i bankivsku diialnist [On Banks and Banking]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 7 hrudnia 2000 r. № 2121-III <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14>> (accessed: 01.02.2019) (in Ukrainian).
5. Pro zvernennia hromadian [On Citizens Appeals]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 zhovtnia 1996 r. № 393/96-VR <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80>> (accessed: 01.02.2019) (in Ukrainian).
6. Pro vykonavche provadzhenia [On Enforcement Proceedings]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 chervnia 2016 r. № 1404-VII <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>> (accessed 01.02.2019) (in Ukrainian).
7. Pro oplatu pratsi [On Labor Remuneration]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 24 bereznia 1995 r. № 108/95-VR <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/108/95-%D0%B2%D1%80>> (accessed: 01.02.2019) (in Ukrainian).
8. Pro zbir ta oblik yedynoho vnesku na zahalnooboviazkove derzhavne sotsialne strakhuvannia [On Collection and Accounting of the Unified Contribution for Compulsory State Social Insurance]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 8 lypnia 2010 r. № 2464-VI <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2464-17>> (accessed: 01.02.2019) (in Ukrainian).
9. Podatkovy kodeks Ukrainy [The Tax Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 hrudnia 2010 r. № 2755-VI <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>> (accessed: 01.02.2019) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored book

10. Novoseltsev I, *Transkordonna neplatospromozhnist u mizhnarodnomu pryvatnomu pravi [Cross-Border Insolvency in International Private Law]* (Naukovo-doslidnyi instytut pryvatnoho prava i pidpriemnytstva APrN Ukrainy 2009) (in Ukrainian).
11. Poljakov B, *Pravo nesostojatel'nosti (bankrotstva) Ukrainy [Insolvency (Bankruptcy) Law of Ukraine]* (In Jure 2003) (in Russian).

Artem Danilov

INSOLVENCY OFFICER'S CONTROL OVER SATISFACTION OF CREDITORS' CLAIMS IN RESPECT OF MORATORIUM EXEMPT LIABILITIES

ABSTRACT. The main purpose of the bankruptcy procedure is to make a fair distribution of the bankruptcy (liquidation) estate of an insolvent debtor between its creditors. Unlike creditors in bankruptcy which claims may be satisfied exclusively within the framework of the bankruptcy proceedings based on the priority and proportionality principles, creditors which have moratorium exempt claims may be satisfied off the priority waitlist. In this context, of particular relevance is the issue of appropriate legal regulation and efficient

practical exercise of control by an insolvency officer over fulfillment by the debtor of monetary obligations to creditors whose claims are exempt from moratorium, since the preferential order according to which they are satisfied has a tangible impact on the balance of the parties' interests in a bankruptcy case.

The provisions of the current law of Ukraine "On Restoring Debtor's Solvency or Declaring Bankrupt" which lays down the rules regulating the said control, contain significant gaps entailing practical problems for the subjects of law application, particularly judges, and also for the parties to a bankruptcy case, the Ministry of Justice of Ukraine, and especially for insolvency officers. The newly adopted Code of Ukraine on Bankruptcy Procedures has also left this issue unattended, since it introduced no changes to the procedure according to which the insolvency officer exercises control over fulfillment by the debtor of monetary obligations to creditors with moratorium exempt claims.

The purpose of the article is to analyze the reasons which have a negative impact on the practical implementation of the insolvency officer's function of control over fulfillment by the debtor of monetary obligations to creditors with moratorium exempt claims, and also to present the proposals regarding the ways to ensure the efficiency of such control.

The author examines control over fulfillment of creditors' claims as a set of sequential actions made by an insolvency officer with the aim of performing the tasks assigned to the latter in the bankruptcy procedures. The author also formulates the concept and the purpose of control over satisfaction of creditors' claims which are exempt from moratorium, investigates the factors which ensure efficient control; and proposes measures aimed at improving the efficiency of control exercised by an insolvency officer over fulfillment of creditors' claims which are exempt from moratorium.

The author comes to the conclusion that low efficiency of control exercised by an insolvency officer in bankruptcy procedures over fulfillment of creditors' claims which are exempt from moratorium is due to the incompleteness of statutory regulation which, given that legal regulation of insolvency officer's activity is based on special permits, may not be narrowed down to the issue of mere interpretation.

KEYWORDS: bankruptcy in Ukraine; insolvency officer; satisfaction of creditors' claims; moratorium; control.

РЕЦЕНЗІЇ

Віктор Городовенко

доктор юридичних наук, доцент,
заслужений юрист України,
суддя Конституційного Суду України
(м. Київ, Україна)
horodovenko@ccu.gov.ua

МІЖГАЛУЗЕВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРОБЛЕМ
СУДОВОГО ЗАХИСТУ ПУБЛІЧНИХ ІНТЕРЕСІВ –
АКТУАЛЬНИЙ НАПРЯМ РОЗВИТКУ
ІНТЕГРАТИВНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ*

Запроваджена в Україні судово-правова реформа, метою якої є створення законодавчих, організаційних умов для утвердження в Україні незалежної, ефективної та відповідальної судової влади, якій довіряє суспільство, базується на загально визнаних міжнародних засадах здійснення правосуддя, міжнародних гарантіях прав особи, зокрема у сфері судочинства. До істотних її новел належить еволюційний перехід до триланкової судової системи із запровадженням кваліфікованого представництва осіб у суді, поширення судових юрисдикцій на спори та обов'язковий апеляційний перегляд і касаційне оскарження у визначених законом випадках (п. 8 ч. 2 ст. 129 Конституції України), а також здійснення тлумачення законів Верховним Судом – це ті головні чинники, які створюють фундаментальні засади для ефективного захисту прав і свобод людини та громадянина.

Крім того, остання судова реформа привнесла істотні новели стосовно процесуального порядку захисту прав осіб у цивільних справах, які становлять “суспільний інтерес/значний суспільний інтерес”, а також баланс публічних і приватних інтересів під час розгляду цивільних справ. У кожній справі, якщо фактичні обставини цього вимагають, суд завжди має звертатися до пошуку балансу публічних і приватних інтересів, які, як правило, мають на меті полярні цілі. Також слід вказати на законодавчу можливість дискреції суду першої інстанції для визначення порядку розгляду справи у спрощеному чи загальному порядку (ст. 274 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)), а суду касаційної інстанції – допустити чи не допустити справу до касаційного

¹ Рецензія на монографію: І Берестова, *Теоретичні засади захисту публічних інтересів у цивільному судочинстві та конституційному впровадженні: монографія* (ФОП Масдаков 2018).

розгляду загалом (статті 389, 394 ЦПК України). Крім того, окреме положення закону, застосоване у конкретній справі і конституційність якого оскаржується носієм права, також може свідчити про наявність суспільного (публічного) інтересу і в таких випадках, адже неконституційний закон сам по собі підриває стабільність правового регулювання суспільних відносин і призводить до свавілля.

Наведені питання у своїй практичній діяльності потребували негайного і давно затребуваного, наукового, концептуального, комплексного аналізу динаміки захисту цивільного права судами цивільної юрисдикції та органом конституційної юрисдикції як паралельно, так і послідовно Конституційним Судом України (далі – КСУ) після вичерпання особою засобів судового захисту судом загальної юрисдикції. Все це безпосередньо вказує на міжгалузеві системоутворюючі зв'язки між цивільним судочинством і конституційним провадженням.

І для з'ясування цих зв'язків потрібна струнка теорія, або принаймні спроба розв'язати наведені питання на фундаментальному, науковому рівні дотичного спрямування, як це пропонує у своїй монографії “Теоретичні засади захисту публічних інтересів у цивільному судочинстві та конституційному провадженні” І. Берестова, яка відкриває завісу перед процесом розширення юрисдикційних меж комплексного захисту публічних інтересів учасників цивільних відносин.

Зауважимо, що під таким кутом зору в Україні правових досліджень не проводилося. Публічні інтереси періодично привертали наукову увагу з боку представників науки цивільного, адміністративного, процесуального права, теоретиків права. У конституційній площині проблеми публічних інтересів періодично досліджувалися на рівні окремих публікацій, однак на монографічному рівні дослідження процедурного характеру захисту публічних інтересів у конституційному провадженні (судочинстві) у сучасній Україні здійснено не було. Отже, рецензована монографія характеризується унікальністю та новизною, з огляду передусім на назву дослідження та репрезентовані висновки.

Праця І. Берестової підготовлена на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук і є першим дослідженням комплексного з'ясування таких трьох складових: 1) нове розуміння конституційного юрисдикційного процесу після проведення судово-конституційної реформи і його роль у захисті прав особи; 2) правова природа публічного інтересу з позиції системного підходу і його прояв у матеріальних галузях права, а також вплив на порядок захисту суб'єктивних прав та інтересів осіб у різних видах судочинства; 3) процесуальні механізми захисту публічних інтересів у цивільному судочинстві і конституційному провадженні.

Автор, судячи з посилань, опрацювала значну кількість наукових джерел, зокрема: стосовно статусу й призначення КСУ під час здійснення

конкретного конституційного контролю та за конституційними скаргами; особливостей судового активізму в разі ініціативи інцидентного конституційного контролю (у нових умовах правового регулювання); фундаментальних проблем щодо створення засад належної дії принципу верховенства права при розгляді конкретних цивільних справ тощо.

Структурна побудова монографії є логічною. Праця складається із чотирьох розділів, у яких матеріал розміщено послідовно й закономірно. Автор логічно рухається від розкриття теоретико-методологічних засад взаємозв'язку між цивільним і конституційним судочинством, через дослідження категорії “публічний інтерес” із позиції системного підходу до конкретних ризиків, проблем та перспектив комплексного захисту публічних інтересів учасників цивільних відносин різними видами судочинства. Особлива увага приділяється новому процесуальному інструменту захисту публічних інтересів – інституту групового позову.

У своїй монографії І. Берестова вперше в Україні формує комплексну теоретичну модель захисту цих інтересів і виокремлює певні атрибути інтегративної наукової концепції розуміння взаємозв'язків між цивільним та конституційним судочинством: ієрархічність, субординаційність, законність, рівність, свобода, справедливість, розумність, спільне та індивідуальне, безпосередній вплив процесів один на одного, корегувальність норм.

Особливий інтерес викликає підхід І. Берестової до критеріїв вияву публічного інтересу у процесуальних відносинах та вплив на них у таких аспектах, як: 1) складова принципу пропорційності в цивільному судочинстві, що впливає на порядок здійснення провадження у справі; 2) критерій, який має враховувати суддя під час розгляду цивільної справи, аналізуючи фактичні обставини справи та здійснюючи добір нормативної бази, на підставі якої він вирішуватиме цю справу (процедурна складова аналізу попереднього аспекту); 3) можливий безпосередній предмет судового захисту в цивільному судочинстві; 4) мета, якої прагнуть досягти особи, захищаючи власне суб'єктивне цивільне право, порушення якого одночасно пов'язане з певною масовістю; 5) легітимна мета обмеження основних прав, свобод та інтересів людини і громадянина органом конституційної юрисдикції (у зв'язку із наявною невідкладно важливою суспільною проблемою у демократичному суспільстві); 6) підстава для відновлення цивільного провадження у зв'язку з виключними підставами; 7) правова мета, якої суд (інший юрисдикційний орган) досягає в процесі своєї діяльності.

Це має велике значення для скерування організації цивільного процесу, саме в порядку якого розпочинається судовий розгляд порушених, невизнаних та оспорюваних як галузевих (цивільні трудові, екологічні тощо), так і конституційних прав та свобод учасників цивільних відно-

син людини загалом із метою забезпечення ефективного їх захисту на засадах верховенства права і протягом розумного строку.

Формулюючи й обґрунтовуючи ієрархічно вибудовану теоретичну модель, автор навела очікувані прогнози, окреслила перспективи та довела власні бачення взаємодії цих юрисдикційних процесів, спрямовані на ефективний захист публічних інтересів протягом розумного строку ресурсами держави Україна без подальшого звернення осіб до міжнародних судових інституцій, що, безумовно, сприятиме посиленню зовнішнього іміджу нашої держави.

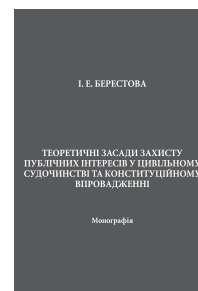
Вважаю, що комплексне дослідження захисту публічних інтересів у різних судочинствах на міжгалузевому рівні зацікавить багатьох учених, представників різних галузей юридичної науки. Працю І. Берестової можна вважати істотним внеском у наукове пізнання засад комплексного здійснення судового захисту. Монографія “Теоретичні засади захисту публічних інтересів у цивільному судочинстві та конституційному впровадженні” буде пізнавальною і корисною спраглим до наукової думки фахівцям-юристам, а також викладачам юридичних вищих навчальних закладів, адже інтеграційні процеси характеризуються відповідними змінами і в методології викладання права, спрямованими на розширення світогляду студентів.

Книга також має зацікавити представників законодавчого органу нашої країни, адвокатів і, безсумнівно, викликати інтерес широкого кола читачів.

Берестова І. Е. Теоретичні засади захисту публічних інтересів у цивільному судочинстві та конституційному впровадженні [Текст] : монографія. – Київ : ФОП Масдаков, 2018. – 496 с.

У монографії здійснено комплексне дослідження теоретичних засад і порядку захисту публічних інтересів у цивільному судочинстві та конституційному провадженні. Висвітлено місце Конституційного Суду України в системі юрисдикційних органів, досліджено теоретико-методологічне підґрунтя та форми взаємозв'язку конституційного провадження і цивільного судочинства в контексті доктрини судового права. Проаналізовано практичні процесуальні особливості цивільного захисту публічних інтересів, запропоновано нормативну концепцію інституту групового (масового) позову в цивільному судочинстві, розглянуто специфіку судового конституційного контролю у зв'язку зі зверненням до органу конституційної юрисдикції учасників цивільного процесу під час захисту публічних інтересів.

Для науковців, суддів, адвокатів, інших практичних працівників, студентів вищих закладів освіти й усіх, хто цікавиться питанням комплексного процесуального захисту прав, свобод та інтересів осіб, які опосередковані публічним інтересом.



ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 2 • 286-289

RATIO DECIDENDI –
ЄДНІСТЬ ТА СТАЛІСТЬ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ*

Практика Європейського суду з прав людини

ВИТЯГ ІЗ РІШЕННЯ
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ
ВІД 24 ЛИСТОПАДА 2011 Р.
У СПРАВІ “ЗАГОРОДНІЙ ПРОТИ УКРАЇНИ”**

4 серпня 2004 р. заявник став учасником дорожньо-транспортної пригоди, в якій його автомобіль зіткнувся з іншим автомобілем. Наступного дня у зв'язку з цією подією щодо заявника було порушено кримінальну справу.

9 листопада 2004 р. заявник підписав з паном М. договір про надання юридичних послуг у зазначеному вище кримінальному провадженні. Пан М. мав повну вищу юридичну освіту та власну юридичну практику, але не мав свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю.

16 листопада 2004 р. слідчий допустив пана М. до участі у справі як захисника.

5 серпня 2005 р. Димитровський міський суд Донецької області провів попередній розгляд справи та вирішив повернути справу на додаткове розслідування на тій підставі, що у процесі досудового слідства право заявника на захист було порушено.

Суд зазначив, що відповідно до ст. 44 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) захисником може бути адвокат та інший фахівець у галузі права (термін, що використовується для позначення практикуючих юристів з повною вищою освітою, які не є адвокатами), але право останніх на здійснення повноважень захисника мало бути передбачено спеціальним законом. Оскільки на той момент закону, який надавав би право бути захисником у кримінальному провадженні такому практикуючому фахівцеві у галузі права, як пан М., не було, постановою слідчого про допуск такого фахівця до справи була незаконною, а отже, право заявника на захист було порушене. Суд повернув справу на додаткове розслідування за участю адвоката.

Із такими висновками суду першої інстанції погодилися суди всіх інстанцій.

www.pravoua.com.ua

* Витяг із рішення Європейського суду з прав людини від 24 листопада 2011 р. у справі “Загородній проти України”, сформований Л. Сидоровою.

У відповідь на касаційну скаргу, яку заявник подав до Верховного Суду України (далі – ВСУ) та в якій стверджував, *inter alia*, що його право на вільний вибір захисника було порушене, ВСУ зазначив: “Не заслуговують на увагу й доводи касаційної скарги засудженого про те, що було порушено його право на захист, оскільки суд, відмовляючи у задоволенні клопотання засудженого, обґрунтовано зазначив, що відповідно до вимог ст. 44 КПК України захисником допускається особа, яка має свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю в Україні, а у М. такого свідоцтва не було”.

Заявник, звернувшись до Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) із заявою, скаржився на те, що національні органи незаконно відмовили йому у праві вільного вибору захисника та що, відповідно, судовий розгляд у його справі був несправедливим у порушення п. 1 ст. 6 та пп. “с” п. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція).

ЄСПЛ зазначив, що скарга заявника не є явно необґрунтованою у розумінні пп. “а” п. 3 ст. 35 Конвенції та має бути визнана прийнятною.

Оскільки вимоги п. 3 ст. 6 Конвенції слід розглядати як конкретні аспекти права на справедливий судовий розгляд, гарантованого п. 1 ст. 6, їх слід розглядати разом (див., серед багатьох інших прикладів, рішення від 23 квітня 1997 р. у справі “Ван Мехелен та інші проти Нідерландів” (*Van Mechelen and Others v. the Netherlands*), п. 49, *Reports of Judgments and Decisions 1997-III*, с. 711).

ЄСПЛ повторив, що хоча право кожної особи, обвинувачуваної у вчиненні кримінального правопорушення, на ефективний захист адвокатом не є абсолютним, воно становить одну з головних підвалин справедливого судового розгляду (див. рішення у справі “Кромбах проти Франції” (*Krombach v. France*), заява № 29731/96, п. 89). Особа, проти якої висунуті кримінальні обвинувачення, яка не бажає захищатися особисто, повинна бути в змозі скористатися юридичною допомогою за власним вибором (див. рішення від 16 квітня 2009 р. у справі “Ханжевачкі проти Хорватії” (*Hanzevadki v. Croatia*), заява № 17182/07, п. 21). Проте це останнє право також не може вважатися абсолютним і, таким чином, національні суди можуть не прийняти вибір особи, коли існують відповідні та достатні підстави вважати, що того вимагають інтереси правосуддя (див. рішення від 25 вересня 1992 р. у справі “Круассан проти Німеччини” (*Croissant v. Germany*), п. 29). Ба більше, законодавча вимога щодо наявності у захисника юридичної освіти не є порушенням зазначеного вище положення (див. рішення від 19 лютого 2009 р. у справі “Шабельник проти України” (*Shabelnik v. Ukraine*), заява № 16404/03, п. 39).

У цій справі право заявника на вільний вибір свого захисника було обмежене, оскільки захисник за його вибором був юристом, але не мав свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю.

На думку ЄСПЛ, таке обмеження права на вільний вибір захисника саме по собі не порушує питання за пп. "с" п. 3 ст. 6 Конвенції, оскільки певна юридична кваліфікація може вимагатися для забезпечення ефективного захисту особи (див. рішення від 20 січня 2005 р. у справі "Майзіт проти Росії" (*Mayzit v. Russia*), заява № 63378/00, п. 68) та безперешкодного функціонування системи правосуддя (див. рішення у справі "Мефтах та інші проти Франції" (*Meftah and Others v. France*), заяви № 32911/96, № 35237/97 та № 34595/97, п. 45).

Однак, як стверджував заявник, вже у листопаді 2000 р. таке обмеження було визнано неконституційним і відповідне національне законодавство мало бути приведене у відповідність до рішення Конституційного Суду України (далі – КСУ).

У червні 2001 р. було запроваджено зміни до національного законодавства, але, як стверджувалося Урядом, необхідним було проведення додаткових законодавчих заходів.

ЄСПЛ зазначив, що національні органи не стверджували, що виправданням для обмеження права заявника на вибір захисника були інтереси правосуддя. ЄСПЛ вважав, що, навіть якщо припустити, що обмеження, як стверджував Уряд, було наслідком незавершеності процесу приведення кримінально-процесуального законодавства у відповідність до рішення КСУ, така ситуація тривалої невизначеності відповідних положень національного законодавства залишається.

Постанова Пленуму ВСУ, ухвалена у 2003 р., не забезпечила послідовного та одноманітного застосування законодавства.

Раніше ЄСПЛ уже зазначав, що втручання у конвенційні права не може вважатися законним тільки через відсутність будь-якого законодавчого положення, якому воно може суперечити. Саме по собі втручання повинно мати достатнє підґрунтя у національному законодавстві, щоб запобігти свавіллю (див., *mutatis mutandis*, рішення від 27 листопада 2008 р. у справі "Свершов проти України" (*Svershov v. Ukraine*), заява № 35231/02, п. 48, та рішення від 18 лютого 2010 р. у справі "Гарькавий проти України" (*Garkavyu v. Ukraine*), заява № 25978/07, п. 74).

На думку ЄСПЛ, залишаючи питання обмеження права на вільний вибір захисника невирішеним протягом тривалого часу, державні органи створили ситуацію, що є несумісною з принципом юридичної визначеності, закріпленим Конвенцією та який є одним з основних елементів верховенства права (див., *mutatis mutandis*, рішення від 2 листопада

2010 р. у справі “Штефаніца та інші проти Румунії” (*Stefanica and Others v. Romania*), заява № 38155/02, п. 31).

Отже, право заявника на вільний вибір захисника було обмежено у спосіб, що є несумісним із вимогами пунктів 1 та 3 ст. 6 Конвенції.

Правові позиції Верховного Суду

Господарська юрисдикція

ПРО ПРЕДМЕТНУ ЮРИСДИКЦІЮ СПОРУ ЗА ПОЗОВОМ ПРО СТЯГНЕННЯ НАДМІРНО СПЛАЧЕНИХ МИТНИХ ПЛАТЕЖІВ*

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) гарантує, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом. Поняття “суд, встановлений законом” включає в себе, зокрема, таку складову, як дотримання усіх правил юрисдикції та підсудності.

Відносини, що виникають у сфері справляння податків і зборів, що справляються в Україні, порядок їх адміністрування, платників податків та зборів, їх права й обов’язки, компетенцію контролюючих органів, повноваження та обов’язки їх посадових осіб під час адміністрування податків, а також відповідальність за порушення податкового законодавства врегульовані Податковим кодексом України (далі – ПК України). Ним визначаються, зокрема, функції та правові основи діяльності контролюючих органів і центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування й реалізує державну фінансову політику, а також умови повернення помилково та (або) надміру сплачених грошових зобов’язань і пені.

За змістом ст. 43 ПК України помилково та (або) надміру сплачені суми грошового зобов’язання підлягають поверненню платнику відповідно до цієї статті та ст. 301 Митного кодексу України (далі – МК України), крім випадків наявності у такого платника податкового боргу. Повернення помилково та (або) надміру сплачених грошових зобов’язань платникам податків здійснюється з бюджету, у який такі кошти були зараховані.

* Витяг із постанови Великої Палати Верховного Суду від 4 грудня 2018 р. у справі № 910/23482/17, сформований Л. Сидоровою.

Відповідно до ч. 2 ст. 45 Бюджетного кодексу України (далі – БК України) казначейство України, зокрема, веде бухгалтерський облік усіх надходжень Державного бюджету України та за поданням органів, що контролюють справляння надходжень бюджету, здійснює повернення коштів, помилково або надміру зарахованих до бюджету.

Таким чином, відносини, пов'язані зі справлянням митних платежів, а також порядок повернення помилково та (або) надмірно сплачених платежів із бюджету врегульовані МК України, ПК України і БК України та є такими, що засновані на адміністративному підпорядкуванні однієї сторони другій.

Положеннями статей 2, 4 та 19 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) визначені завдання й основні засади адміністративного судочинства, зміст публічно-правового спору та справи, на які поширюється юрисдикція адміністративних судів.

Згідно зі ст. 5 КАС України кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до адміністративного суду, якщо вважає, що рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень порушені її права, свободи або законні інтереси, і просити про їх захист шляхом: визнання протиправним та нечинним нормативно-правового акта чи окремих його положень; визнання протиправним і скасування індивідуального акта чи окремих його положень; визнання дій суб'єкта владних повноважень протиправними та зобов'язання утриматися від вчинення певних дій; визнання бездіяльності суб'єкта владних повноважень протиправною та зобов'язання вчинити певні дії; встановлення наявності чи відсутності компетенції (повноважень) суб'єкта владних повноважень; прийняття судом одного з рішень, зазначених у пунктах 1–4 цієї частини та стягнення з відповідача – суб'єкта владних повноважень коштів на відшкодування шкоди, заподіяної його протиправними рішеннями, дією або бездіяльністю.

При розмежуванні юрисдикційних форм захисту порушеного права основним критерієм є характер (юридичний зміст) спірних відносин.

Під час визначення предметної юрисдикції справ суди повинні брати до уваги суть права та (або) інтересу, за захистом якого звернулася особа, заявлені вимоги, характер спірних правовідносин, зміст та юридичну природу обставин у справі.

Визначальною ознакою справи адміністративної юрисдикції є суть (зміст, характер) спору. Публічно-правовий спір, на який поширюється юрисдикція адміністративних судів, є спором між учасниками публічно-правових відносин і стосується саме цих відносин.

Ухвалою Господарського суду міста Києва від 6 лютого 2018 р. у справі № 910/23482/17 закрито провадження на підставі п. 1 ч. 1 ст. 231 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України), оскільки позовні вимоги обґрунтовані незаконністю рішень Львівської митниці Державної фіскальної служби України, прийняті на виконання владно-управлінських функцій, тобто впливають із відносин публічно-правового характеру. Тому зазначений спір, учасником якого є суб'єкт владних повноважень, є публічно-правовим та, відповідно, належить до юрисдикції адміністративних судів.

Постановою Київського апеляційного господарського суду від 12 квітня 2018 р. ухвала Господарського суду міста Києва від 6 лютого 2018 р. скасована, а справа передана на розгляд до суду першої інстанції з тих підстав, що адміністративні суди можуть розглядати вимоги про відшкодування шкоди лише за наявності таких умов: вимоги мають стосуватися шкоди, завданої суб'єктом владних повноважень, й вони мають бути поєднані з вимогою про визнання протиправними рішення, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень. Київський апеляційний господарський суд дійшов висновку, що предметом спору у цій справі є лише одна вимога – про стягнення з держави збитків, які виникли внаслідок незаконних дій органів державної влади, на підставі статей 1173, 1192 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), а вимог, які могли бути підставою для розгляду у поєднанні з ними вимог про відшкодування шкоди адміністративним судом, позивач не заявляв. Таким чином, спір виник у зв'язку зі здійсненням позивачем господарської діяльності, і спірні правовідносини підлягають регулюванню нормами господарського законодавства, а тому згідно з ч. 1 ст. 20 ГПК України справа відноситься до юрисдикції господарських судів.

У контексті конкретних обставин цієї справи зміст (суть) спірних правовідносин полягає у поверненні позивачу надміру сплачених ним до бюджету сум обов'язкових платежів, а тому відносини між сторонами є такими, що виникли з бюджетного та митного законодавства і не можуть регулюватися нормами ЦК України, якими встановлено, що до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом (ч. 2 ст. 1 ЦК України). Вказівка у позовній заяві на положення цивільного законодавства, якими регулюється відшкодування шкоди, не змінює суті та змісту спірних правовідносин.

Отже, спір у цій справі виник у сфері публічно-правових відносин, що виключає розгляд цієї справи в порядку господарського судочинства.

ПРО ПРЕДМЕТНУ ЮРИСДИКЦІЮ СПОРУ ЗА ПОЗОВОМ ПРО СТЯГНЕННЯ НАДМІРНО СПЛАЧЕНИХ МИТНИХ...

Керуючись статтями 308, 312, 314, 315, 317 ГПК України, Велика Палата Верховного Суду касаційну скаргу Львівської митниці Державної фіскальної служби України задовольнила.

Постанову Київського апеляційного господарського суду від 12 квітня 2018 р. у справі № 910/23482/17 скасувала.

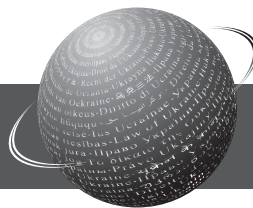
Ухвалу Господарського суду міста Києва від 6 лютого 2018 р. у цій справі залишила в силі.

Ratio Decidendi

ЮРИДИЧНИЙ ПОРТАЛ

IT-платформа, що ґрунтується
на аналітичній обробці правових позицій,
викладених у рішеннях вищих судових інстанцій України
та міжнародних судових інституцій

<http://rd.ua>



ІНФОРМАЦІЯ
ДЛЯ ПЕРЕДПЛАТНИКІВ, АВТОРІВ І ЧИТАЧІВ
ЮРИДИЧНОГО ЖУРНАЛУ “ПРАВО УКРАЇНИ”

Передплата
юридичного журналу “Право України” здійснюється
у поштових відділеннях ПАТ “Укрпошта”
(ПЕРЕДПЛАТНИЙ ІНДЕКС – 74424),
у редакції журналу
за адресою: вул. Багговутівська, 17–21,
м. Київ, 04107, Україна
тел./факс: +380(44) 537–51–11
на веб-сайті видання:
<http://www.pravoua.com.ua>

Відомості про передплату
юридичного журналу “Право України”
вміщено у Каталозі видань України на 2019 р. (с. 176)

Електронні версії номерів журналу
можна замовити на веб-сайті видання:
<http://www.pravoua.com.ua>

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ

“ПРАВО УКРАЇНИ”

2
2019

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 23026–12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Красненко*
Комп’ютерна верстка *О. Карташової*
Художнє оформлення *С. Мягкова*

Підп. до друку 18.03.2019. Формат 70x100/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Ум. друк. арк. 24,25. Обл.-вид. арк. 19,42.
Зам. 0320-0174. Ціна договірна.

АДРЕСА РЕДАКЦІЇ:
вул. Багговутівська, 17–21, м. Київ, 04107, Україна
Телефони: +380(44) 537-51-00 (головний редактор),
+380(44) 537-51-10 (редакція)

www.pravoua.com.ua

Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.

Виготовлено в друкарні
ТОВ «Видавничий Дім «АртеК»
Україна, 04050, м. Київ, вул. Мельникова, 63,
тел. +380(67) 440-11-37
artek.press@ukr.net
www.artek.press

www.book-on-demand.com.ua
Свідоцтво про внесення суб’єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 4779 від 15.10.2014 р