

Національна академія правових наук України  
Національний університет  
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»  
Харківський національний університет внутрішніх справ



# АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА:

збірник тез міжнародної науково-практичної конференції  
(13-14 травня 2011 року)

*присвячується пам'яті професора  
Олександра Анатолійовича Пушкіна*

Харків – 2011

Í ÀÖ²Í Í ÀËÛÍ À ÀÊÀÄÄÌ ²Β Ì ÐÀÄÎ ÂÈÕ Í ÀÓÊ ÓÊÐÀ-Í È  
Ì ²Í ²ÑÒÄÐÑÒÄÎ Î ÑÎ²ÒÈ ² Í ÀÓÊÈ, Ì Î ÊÎ Ä² ÒÀ ÑÎ Î ÐÒÓ ÓÊÐÀ-Í È

Í àö³í í àëüí èé óí ³âðñèòòò  
«Ð ðèàè÷í à àèääì ³ÿ Óèðàí è ³ì áí ³ Βðî ñèääà Ì óäðí äí »

Õàðè³âñüèèé í àö³í í àëüí èé óí ³âðñèòòò áí óòð³øí ³ò ñì ðàà



## ÇÁ²ÐÍ ÈÊ Í ÀÓÊÎ ÂÈÕ Ì ÐÀÖÛ

çà ðáçóèüòàòòì è  
ì ³æí àðí äí î¿ í àóèî äî-ì ðàèòè÷í î¿ êîí îáðáí ö³¿  
«Àèòóàèüí ³ ì ðî áèàì è òèâ³èüí îäî ì ðààà»  
(ì . Õàðè³â, 13-14 òðàáí ÿ 2011 ðí èó)

ÕÀÐÈ²Ä  
2011

Ç 41 Çá³ðí èè í àóéí àèõ ì ðàöü çà ðàçóéüòàòàì è ì ³æí àðí áí î¿ í àóéí àí -ì ðàèðè÷í î¿ êí í òáðáí ö³¿ «Äèðóàèüí ³ ì ðí áéàì è òèá³èüí îáí ì ðàáà» (ì . Õàððè³à, 13-14 òðàáí ÿ 2011 ðí èó). — Õàððè³à, 2011. — 622 ñ.

Ó çá³ðí èèó ì ðááñòààèáí ³ èðàù³ í àóéí á³ ì ðàö³, ÿè³ áóèè ì ðááñòààèáí ³ í à ì ³æí àðí áí ³é í àóéí àí -ì ðàèðè÷í ³é êí í òáðáí ö³¿ «Äèðóàèüí ³ ì ðí áéàì è òèá³èüí îáí ì ðàáà», ùí á³ááóèáñü ó Í àö³í í àèüí ³é àèáááì ³¿ ì ðàáí àèõ í àóé Óèðà¿ è 13-14 òðàáí ÿ 2011 ðí èó.

Çá³ðí èè ðíçðàóí ááí èé í à í àóéí àèõ òà í àóéí àí -ì ááááí á³÷í èõ ì ðàö³áí èè³à àèùèõ í àá÷àèüí èõ çàèèáá³á ³ í àóéí àèõ óñòáí îá, ñòóááí ò³à, áñí³ðáí ò³à òà áí èòí ðáí ò³à þðèáè÷í îáí í àí ðÿì èó, ì ðàèðè÷í èõ ì ðàö³áí èè³à ³ øèðí èèé ÷èðàöüèèé çááè.

Ääðáñà îðááí ³çàö³éí îáí êí ì ³òáðó:  
61024, ì . Õàððè³à, áóè. Í óøè³í ñüèà, áóá. 70  
òáè./Òàèñ: (057) 704-92-98  
Äè. ì îøðà: civilconf1305@gmail.com  
www.civilconf.at.ua

Í ðááí ³çàö³éí èé êí ì ³òáð ì ³æí àðí áí î¿ í àóéí àí -ì ðàèðè÷í î¿ êí í òáðáí ö³¿ «Äèðóàèüí ³ ì ðí áéàì è òèá³èüí îáí ì ðàáà» í á çàáæàè ì îá³èÿ° áóì èó ó÷áñí èè³à êí í òáðáí ö³¿.

Í îáí ó á³áí îá³áàèüí ³ñòü çà áí ñòí á³ðí ³ñòü ì îááí îáí ì àðáð³àèõ í áñóòü ó÷áñí èèè êí í òáðáí ö³¿.

© Ëí èáèðèèà ááòí ð³à, 2011  
© Í àö³í í àèüí à àèáááì ³ÿ  
ì ðàáí àèõ í àóé Óèðà¿ è, 2011

# МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

**Кузнецова Наталия Семеновна**

*профессор кафедры гражданского права Киевского национального университета имени Тараса Шевченко, доктор юридических наук, профессор, академик Национальной академии правовых наук Украины, заслуженный деятель науки и техники Украины*

## ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО УКРАИНЫ: ПУТИ РАЗВИТИЯ И ДАЛЬНЕЙШЕГО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ

Проблема повышения эффективности правового регулирования общественных отношений, составляющих предмет гражданского права, в нынешних условиях представляется актуальной уже не только цивилистам и в целом правоведам, но и более значительному кругу интересантов, среди которых экономисты, философы, политики, бизнесмены. Весьма часто на себе её актуальность испытывают и рядовые граждане.

В этой связи зачастую в нашем обороте понятия «гражданское право» и «гражданское законодательство» употребляются как тождественные, когда речь заходит о регулировании имущественных и личных неимущественных отношений, основанных на началах юридического равенства и имущественной автономии участников.

Вместе с тем вполне очевидно, что каждое из этих понятий отражает самостоятельное правовое явление, в силу чего представляется важным уяснение как их соотношения, так и объема и содержания каждого из этих понятий.

Рассматривая гражданское право как отрасль права, мы затрагиваем часть более общей методологической проблемы о системе права как таковой и её составляющих, о месте каждого из структурных образований в этой системе.

И хотя эта проблема в большей степени носит общетеоретический характер, к ней все чаще прибегают представители отраслевых юридических наук.

В процессе проведения кодификации гражданского права в Украине, как и в других странах СНГ — бывших республиках СССР, реанимировалась концепция деления права на частное и публичное. Более того, сегодня можно утверждать, что объективность существования двух правовых массивов — публичного и частного практически не отрицается в нашей правовой доктрине. Хотя многие исследователи подчеркивают, что грань, разделяющая сферу публичного и сферу частного права, является весьма подвижной.

Вопрос о разграничении публичного и частного права не остался сугубо теоретическим, он приобрел весьма серьезное прикладное развитие в виде постановочной проблемы — сохраняется ли при выделении сферы публичного права и сферы частного права необходимость сохранения понятий «отрасли права».

Высказываются довольно радикальные предложения оставить эти правовые категории в «советском прошлом» как изжившие себя и сконцентрировать все

усилия на исследовании сущностных различий между частноправовым и публично-правовым регулированием.

Один из известнейших российских цивилистов В. П. Мозолин предлагает рассматривать структурно систему права в трех уровнях: первый уровень — конституционное право; второй — основные ветви права; третий — правовые образования, функционирующие в отдельных сферах жизнедеятельности общества и государства. В качестве основных критериев для разграничения названных уровней права выступают сфера действия правовых норм, входящих в правовые общности соответствующих структурных уровней; характер и юридическая природа отношений, возникающих в процессе правового регулирования в различных сферах жизнедеятельности общества и государства. При этом автором называются шесть ветвей права: гражданское, трудовое, административное, налоговое, уголовное, процессуальное.

На третьем уровне В. П. Мозолин выделяет правовые образования, функционирующие в отдельных сферах жизнедеятельности общества и государства. По своему характеру они являются комплексными образованиями, их целевое назначение состоит в том, что они призваны обеспечить специфику правового регулирования одной или нескольких сфер.

Как видим, в этой дискуссии не только не поставлена точка, но еще и не до конца структурированы основные концептуальные подходы. Кроме того, можно увидеть два аспекта этой глобальной правовой проблемы: общетеоретический — о структуре системы права в целом, и отраслевой — о месте каждого правового массива, имеющего различную степень автономии, в этой системе.

Однако не менее интересным, а может быть даже более важным и актуальным представляется вывод о том, что говоря о гражданском праве как об отрасли права (либо ветви права или основном сегменте частного права), мы абстрагируемся от конкретных форм фиксации отдельных правовых норм (т.е. от нормативно-правовых актов, являющихся источниками права) и строим **некую «матрицу»** — норма права; институт права; группа связанных институтов права (подотрасль права); отрасль права.

В последующем на основе этой «правовой матрицы», смоделированной с учетом особенностей общественных отношений, подлежащих правовому регулированию, а также способов воздействия на них соответствующих групп правовых норм формируется реальное законодательство в виде законов, постановлений, положений и т.п.

Именно эту форму воплощения гражданско-правовой матрицы мы называем гражданским законодательством. К слову, для обеспечения наиболее полного и адекватного воздействия на регулируемые общественные отношения в реальные нормативно-правовые акты могут включаться не только гражданско-правовые нормы, но и нормы иных отраслей права. Таким образом, если на уровне формирования модели («правовой матрицы») мы можем сохранить гражданско-правовую «чистоту» институтов права, в реальных законодательных актах мы можем говорить только об их основной отраслевой направленности. Исключением в этом вопросе может рассматриваться, пожалуй, применительно к гражданско-правовой сфере только Гражданский кодекс как главный и системообразующий нормативно-правовой акт гражданского законодательства.

Таким образом, зачастую определяя природу того или иного нормативно-правового акта, входящего в состав гражданского законодательства, мы констатируем наличие в нем «инородных» включений в виде норм в том числе и публичного права: административного, финансового, земельного и др.

Более того, анализируя элементы механизма гражданско-правового регулирования, мы рассматриваем в качестве неотъемлемой его составляющей использование государственного принуждения, что само по себе предполагает наличие в нормативно-правовых актах гражданского законодательства норм публичного права, с помощью которых реализуются основные гарантии осуществления субъективных гражданских прав в том числе. Вполне очевидным является применение определенных публично-правовых механизмов регулирования и в процессе реализации публичных интересов в гражданском праве.

Если соотношение норм публичного и частного права в конкретном нормативно-правовом акте изменяется настолько, что невозможно определить его отраслевую принадлежность, говорят о комплексном характере такого акта. Однако напомним, что правовые нормы различных отраслей права не изменяют при этом своей правовой природы и отраслевой принадлежности и не разрывают связи с соответствующей «правовой матрицей», в рамках которой они продолжают процесс своего эволюционного развития и совершенствования.

И если на принятие законодательных актов юридическая наука (в том числе гражданско-правовая) не может влиять непосредственно, то формирование представлений о гражданском праве как отрасли права, создание оптимальной «гражданско-правовой матрицы» — это вполне очевидная и осязаемая задача науки гражданского права.

Учитывая изложенное, хотелось бы обратить внимание на следующее.

Мы приближаемся к десятилетию принятия ГК Украины в связи с чем актуальным становится подведение определенных итогов. Вместе с тем по-прежнему ощущается недостаток системных исследований, как общих проблем гражданского права, так и отдельных его важнейших институтов.

Юридическая наука должна в одинаковой мере уделять внимание анализу отдельных правовых норм, обращая внимание на механизмы перехода их из нормативной плоскости в сферу конкретных правоотношений с целью обеспечения надлежащего поведения участников гражданского оборота и исследованию функционирования больших нормативных образований, относящихся к праву собственности и иным вещным правам, субъектам гражданских правоотношений и в первую очередь юридическим лицам, договору как универсальному регулятору имущественных отношений, интеллектуальным правам и т.д.

Представляется, что мы имеем дело с «микромирами» и «макромирами» гражданского права, существование которых предполагает формирование устойчивых внутренних (внутриотраслевых) и внешних (межотраслевых) связей гражданского права.

Именно эффективное развитие этих связей, по нашему мнению, может и должно обеспечить единство и дифференциацию в правовом регулировании постоянно усложняющихся общественных отношений и вывести на качественно новый уровень как отдельные отрасли права (в том числе и в первую очередь — гражданское право), так и в целом позволит сформировать стройную систему права — основу развития современного законодательства.

Надо понять, что гражданское право представляет собой только один (хотя и очень важный) из инструментов правового воздействия на общественные отношения, и потребителю правовых норм подчас абсолютно безразлично — какое правовое средство обеспечивает достижение необходимого результата!



**Шевченко Ярославна Миколаївна**

*завідувач відділом проблем цивільного, трудового та підприємницького права  
Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України,  
доктор юридичних наук, професор,  
академік Національної академії правових наук України*

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА.  
ПРОБЛЕМИ МОДЕРНІЗАЦІЇ В ПРИВАТНОМУ ПРАВІ**

Цивільне право є одним з основних регуляторів економічних відносин, тому стан та розвиток цивільного права мають значний вплив на результативність економіки. У зв'язку з цим постає питання використання цивільно-правових інститутів і їх модернізації. Серед цивільно-правових інструментів особливе значення має договір і його значення визначає в значній мірі спрямування цивільного права. Яке місце посідає договір в цивільному праві? Перш за все треба відзначити його регулятивну функцію, яка впливає з правової природи договору як сформованої згоди. Саме на моментах згоди базуються принципові положення правового регулювання визначення і розвитку правового інституту договору.

Цивільне законодавство і існування правового інституту договору нерозривно сутнісно пов'язані, їх розірвання фактично означає заперечення самого існування цивільного права. Згода — яка лежить в основі договору як узгодженої волі сторін, служить підставою для визнання приватної власності як регулятора цивільного обороту. Як вірно відзначив М. І. Брагинський «наявність між сторонами відносин влади і підкорення взагалі виключає можливість застосування не лише цивільного законодавства, але й самої конструкції договору як такого» [1, с. 18]. Звідси впливає і неперспективність поглядів щодо можливості існування адміністративного договору.

Модернізація договору як правового інструменту повинна ґрунтуватися на тих якостях, які проявляються в цивільному законодавстві при його регулюванні. Щоб бути повноцінним правовим інструментом, договір має бути визначеним як юридичний факт і так має і вживатися в цивільному обороті. На договір треба поглянути і як на правовідношення, яке визначає права і обов'язки сторін, і, нарешті, без визначення договору як певного документу неможливою є конституювання його як правової сили.

Правова природа договору практично позначається на структурі цивільного законодавства. Це відмічалось в російській літературі, де вказується на подібні недоліки, які властиві і українському законодавству у правовому регулюванні договорів.

Відзначається, що Цивільний кодекс Російської Федерації має в наявності всього 2 моделі реалізаційних договорів, які використовуються в оптовому товарообороті — поставки і купівлі-продажу. Такий надто короткий перелік видів договорів, які фактично мають значно більшу об'ємну сферу застосування, нічим не виправданий в сучасних суспільних умовах. Ці договори, вказує І. В. Цветков, з економічної точки зору малоефективні: вони не сприяють підвищенню продуктивності праці і конкурентноздатності товаровиробників. Натомість в розвинутих економіках розроблені і успішно застосовуються нові, економічно більш ефективні договірні інструменти збуту товарів — дистриб'ютерський договір, франчайзинг, консигнація і інші. Але розвитку нових моделей договорів

як і російському, так і в українському цивільному законодавстві не надається належної уваги [2, С. 25].

Модернізація договору зовсім не означає, що договір втрачає характерні для нього риси як інституту приватного права.

Важливим моментом є те, що учасники приватноправових відносин є майново-самостійними і в своїх відносинах намагаються досягти задоволення своїх власних (приватних) інтересів.

Приватне (Цивільне) право складає базу, ядро правопорядку, заснованого на ринковій організації суспільства.

Приватне право від давньоримських часів є породженням вільного економічного розвитку, який неминуче вимагав звільнення особистості від всіляких пут, вимагав свободи власності, свободи договорів, заповітів, свободи волі при укладенні правочинів.

Автономія волі учасників приватноправових відносин, яка полягає в їх вільному розсуді щодо того, вступати чи не вступати їм в майновий оборот, з яким саме контрагентом і на яких умовах, означає, що таке рішення учасники приймають за власною ініціативою, на свій ризик і під власну майнову відповідальність. Вони також самі вирішують, чи здійснювати належні їм права, включаючи й право на пред'явлення будь-яких майнових вимог через суд.

Цим визначаються і основні, принципові відмінності вирішення приватноправових і публічно правових засад. За радянського періоду держава звикла безцеремонно, свавільно і безмежно втручатися в майнову сферу, учасників майнових відносин. А між тим приватне і публічне право — це якісно різні сфери правового регулювання. Це дві відносно самостійні сфери і так вони і розглядаються — приватне і публічне право. Публічне право — це правова сфера, пов'язана з державною владою і заснована на відносинах влади і підкорення, вона має один загальнодержавний юридичний центр. Звідси і метод правового регулювання як заснований на владі і підкоренні. Приватне право — це правова сфера, побудована на децентралізації, свободі окремих суб'єктів.

Тому в приватному праві панують відносини «по горизонталі», засновані на рівності суб'єктів. Звідси **висновок** — в приватному праві діє безліч юридичних центрів, якими виступають окремі суб'єкти правовідносин. Націленість на прерогативу державної сфери, де було надто посилено вплив публічного права принесла Радянському Союзу **згубні наслідки** — він просто розвалився, натомість в даний час спостерігається посилення значення приватного права як необхідної передумови розвитку ринкових відносин, що не виключає деякого збільшення питомої ваги публічних галузей права.

Ринкова організація економіки визначає певне співвідношення галузей приватного і публічного права, а правопорядок встановлює режим упорядкованості, організованості суспільних відносин і тут неможливим є застосування методів, які вживаються в одній сфері, до відносин, які виникають в іншій.

Потрібно визнати існування двох груп інтересів — приватного і публічного. Заперечувати це безглуздо. Ці інтереси, як вказував Є. О. Суханов [3, С. 552-553], взаємодіють і переплітаються в конкретних ситуаціях, їх межі історично змінюються, що зокрема викликано необхідністю досягнути узгодження і взаємодії приватного і публічного права в регулюванні конкретних суспільних відносин. І публічне, і приватне право складають систему правопорядку. Цікаве визначення поняття правопорядку наводить О. Ф. Скакун «Правопорядок — вказує вона, — це стан (режим) правової упорядкованості системи суспільних відносин, що



складаються в умовах реалізації законності, тобто — це атмосфера нормального правового життя». [4, С. 290].

Складність викликає питання, які галузі права належать до публічного і які до приватного. Теорія держави і права, конституційне (державне) право, адміністративне право, кримінальне право, міжнародне публічне право відносяться до публічного права; цивільне право, сімейне право, трудове право, міжнародне приватне право — до приватного права. Такий поділ галузей права є загальноновизнаним. Ряд галузей уявляють з себе **сукупність** тих чи інших засад і на цій підставі вони характеризуються як комплексні, вторинні галузі права — це, наприклад, екологічне право, інформаційне право.

Право і економіка пов'язані. Правова система сама знаходиться в рамках соціально-економічної системи в цілому, залежить від неї і розвивається з нею. Позасистемні зв'язки права здійснюють вплив на внутрішньосистемні, і навпаки.

З цих позицій важливим є визначення в системі права **господарського** права. Концепція господарського права своїми витоками має засади однорідності владно-управлінських (по вертикалі) і договірних (по горизонталі) відносин в сфері народного господарства. Вона була спрямована на виправдання планово-адміністративної системи господарювання. Прихильники цієї точки зору виходять з того, що господарське право уявляє з себе сукупність юридичних норм, які регулюють **господарські відносини**.

Господарські відносини, до яких звертається Господарський кодекс, не можуть бути господарськими відносинами **взагалі**, в загальному плані. Це методологічно невірний підхід, оскільки кожний з аспектів господарських відносин має свої суттєві особливості з предмету регулювання і його методу, так, — діяльність банків відрізняється від діяльності по збору податків, питання реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності відрізняється від зовнішньоекономічної діяльності, а штрафні і оперативно-господарські санкції, що є, наприклад, в гл. 26 Господарського кодексу, становлять суміш цивільних і адміністративних положень. Тільки й того, що все це стосується одних і тих же суб'єктів (поняття яких теж дуже розмите), а саме тих, що здійснюють господарську діяльність. Ніхто не перешкоджає цим суб'єктам здійснювати господарську діяльність, але лише за цією **ознакою** не можна створювати цілий кодекс. В результаті потрібно безліч кодексів, які опосередковують **будь-який** вид діяльності людини. Отже, виходити з кожного виду цієї діяльності потрібен кодекс, без якого ніяк неможливо визначити, що і як регулювати. З цього стає очевидним **безглуздість** прийняття і існування Господарського кодексу.

В Російській Федерації підприємницьке (або ще як його там називають господарське, комерційне, торгове право) визначають як комплексну галузь права. Його в основному розуміють в широкому сенсі як **комплексне** утворення, що об'єднує норми різних галузей права (цивільного, адміністративного, фінансового, трудового, митного).

Між тим, в приватному праві нема необхідності конструювати як самостійні і рівнозначні галузі — цивільне право і господарське, або ще як його називають — підприємницьке право. Господарське право за своєю системою норм входить або в цивільне право, або в адміністративне. Отже, непотрібним є й самостійний **Господарський кодекс**.

Існуюча система законодавства побудована на тому, що сімейне, трудове і природоресурсне право є самостійними галузями права. Таке положення сформулювалося в роки планово-адміністративної економіки, коли

приватноправові методи послідовно знищувались і впроваджувались особливі принципи соціалістичного устрою, з акцентом на відмінність від капіталістичного.

Напрямок **зближення** трудових відносин з цивільно-правовими і включення трудових відносин в сферу цивільного права є позитивним. Це дозволило би поновому підійти до вирішення ряду проблем. Наприклад, стягнення неустойки за невиконання умовних зобов'язань по зарплаті.

Критерії поділу на публічне і приватне право є невідворотними і незмінними. Знаходження галузі в тій чи іншій частині права означає приналежність цієї галузі до основної, головної структури права.

Серед цих галузей є базові галузі, навколо яких формулюються всі інші. В публічному праві — це державне і адміністративне, в приватному — цивільне право. Крім того, слід відзначити, що є і галузі права, які базуються і на публічно-правових і на приватноправових методах одночасно. Ці галузі будуються як **вторинна** структура права, є комплексними утвореннями і як такі входять в основну структуру права.

До них належить і **господарське право**.

Базовою галуззю приватного права є **цивільне право**, яке з розвитком ринкових відносин поглине решту галузей приватного права.

Звертаючись до Господарського кодексу потрібно сказати, що враховуючи фактичні реалії існуючих суспільних відносин, Господарський кодекс націлює їх розвиток на **старі, архаїчні форми** співвідношення владних повноважень держави і суб'єктів підприємницьких (сюди стосуються і цивільні) відносини.

Погляд на стан сучасного правового регулювання економіки свідчить, що адміністративно-командна система не могла щезнути раптово, вона переформувалася в деяких сучасних нормативно-правових актах, в тому числі і в Україні — в Господарському кодексі.

Проте потрібно рахуватися, що у нас зараз не соціалістичний застій, а третє тисячоліття з постіндустріальним суспільством пост-модерн, в якому перевалюючи значення відіграють **якості** людини, її досягнення в області культури і освіти, отримання кваліфікації на найвищому рівні і власної, саме **власної ролі** в суспільстві, в тому числі і в економіці.

Людину потрібно розглядати в контексті цінностей, які набувають значення саме в постіндустріальному, а не в індустріальному суспільстві, яке належало до ХХ ст. і відходить разом з ним. Первинною стає організація підприємницької діяльності, в якій людина створює сама себе, і саме для якої набуває таких рис, як освіченість, працьовитість, набуття високої кваліфікації. І сама підприємницька діяльність в епоху постіндустріалізму набуває високих технологій, введення інновацій, застосовується широке використання електронних засобів у всіх видах діяльності. Якщо розглядати особливості права, яке опосередковує підприємницьку діяльність, то слід сказати, що його **засади** належать до цивільного права, яке найкраще відповідає стану людини як **суб'єкта** права — незалежність, рівність, вільне волевиявлення, майнова самостійність учасників цивільних правовідносин.

Підприємницькі відносини є по суті **інструментом** правового регулювання цивільних майнових відносин.

**Метою** встановленого Господарським кодексом господарського правопорядку як вказується в цьому кодексі в ст. 5, є оптимальне поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, при цьому принцип господарювання суперечить принципам, які виражені в цивільному праві і мають

вирішальне значення при застосуванні цивільно-правових норм щодо діяльності суб'єктів цивільних правовідносин. Перш за все це принцип юридичної рівності суб'єктів цивільного правовідношення перед законом (ст. 1 Цивільного кодексу), принцип неприпустимості позбавлення права власності, крім випадків, встановлених законом, принцип свободи договору, свободи підприємницької діяльності, яка не заборонена законом, принцип судового захисту цивільного права та інтересу, принцип справедливості, добросовісності та розумності.

Всі принципи цивільного права загалом спрямовані на утвердження свободи підприємництва і суперечать засадам господарювання, які, згідно багатьом статтям Господарського кодексу, встановлені в Господарському кодексі.

Проте велике значення має організація впливу на ринкові відносини з боку **всього** приватного права. Покращення його структурованості, націленість приватного права на економічний діалог, тобто взаємодію ринкових відносин, спрямованих на посилення економічного ефекту.

Управлінські відносини повинні **опосередковуватися** правом і лише тоді може бути здійснена індивідуальна **взаємодія** бізнесу з владою. Рух бізнесу, визначення формування ринкових відносин повинні знайти відображення в приватному праві — і в конкретних нормах, і в побудові галузей, що стосуються приватного права, і, особливо, розвитку цивільного права.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — М.: Статут, 1997. — 682 с.
2. Цветков И. В. Правовые средства модернизации экономики: постановка проблемы // Вестник Московского Университета. Серия 11: право. — 2010. — № 6. — С. 25.
3. Суханов Е. А. Гражданское право России — частное право. — М.: Статут, 2008. — 558 с.
4. Юридический научно-практический словарь-справочник (основные термины и понятия) / [за общей редакцией Скакун О. Ф.]. — Харьков, 2007. — 446 с.



#### **Майданик Роман Андрійович**

*завідувач кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України*

### **МІСЦЕ ЦИВІЛЬНОГО (ПРИВАТНОГО) ПРАВА В СИСТЕМІ ПРАВА**

#### **1. Цивільне право як приватне право і його загальна частина**

Одним з визначальних критеріїв класифікації та розмежування права вважається характер правовідносин, під яким розуміється галузевий зміст правовідносин, що передбачає поділ на два блоки сфер права — приватного права і публічного права.

У вітчизняній юридичній науці підсистему приватного права зазвичай розглядають як правове утворення у вигляді сукупності приведених у відповідність норм, які регулюють майново-вартісні та особисті немайнові

відносини, структурно розподілені за галузями, підгалузями та інститутами права (галузі — цивільне, сімейне та ін.).

Такий підхід загалом правильний, але залишає без чіткої відповіді питання щодо критеріїв поділу і внутрішньої структури підсистем приватного і публічного права.

У цьому зв'язку привертає увагу обґрунтований в російській доктрині права підхід щодо поділу системи права на шість гілок права, які формують основу системи національного права в цілому. Прихильники цієї позиції до їх числа включають норми цивільного, адміністративного, трудового, податкового, кримінального і процесуального (в широкому його розумінні) права. В основі поділу єдиної системи права на зазначені гілки права покладено такі три критерії: (1) універсальність предмету кожної з зазначених гілок права у вигляді суспільних відносин в усіх сферах життєдіяльності суспільства і держави, і єдність методу, заснованого на специфіці відповідної гілки права; (2) наявність унікального, властивого лише певній гілці права типу правовідносин, що відрізняється єдністю структури і цілісністю змісту; (3) правові норми відповідної гілки права наділені необхідними якостями (властивостями), які дають можливість їх використання в створенні комплексних законодавчих структур права.

До приватного права відноситься цивільне право, яке становить визначальну частину, ядро приватно-правового галузевого утворення.

В сучасній вітчизняній доктрині цивільного права все більшого поширення набуває розуміння цивільного права в широкому значенні, що ґрунтується на ідеї ототожнення понять «цивільне право» та «приватне право».

Відсутність єдиного доктринального підходу з цього питання обумовлює необхідність виявлення місця цивільного права в системі приватного права і права в цілому.

У власному розумінні цивільне право становить ядро приватного права. Рівною мірою обов'язкове для всіх юридично рівних учасників приватних відносин (осіб і публічно-правових утворень), воно є загальним приватним правом, положення якого зазвичай субсидіарно застосовуються до інших (спеціальних) галузей приватного права.

Поряд із загальним приватним правом, виділяються так звані спеціальні галузі, які особливим чином регулюють відносини з окремих видів діяльності або діють щодо конкретних груп осіб та/або відносин.

До них відноситься, наприклад, сімейне право, яке об'єднує норми Сімейного кодексу України, інших актів законодавства, що регулюють сімейні відносини.

До приватного права належать також трудове право як особливе право найманих працівників, господарське право, яке об'єднує норми Господарського кодексу України, Закону про недобросовісну конкуренцію тощо, інші комплексні галузеві утворення в частині регулювання ними приватних відносин — житлове, земельне, природоресурсне право.

Дія норм ЦК України і доповнюючих його законів (в сфері договірної і недоговірної зобов'язального права, речового права, сімейного права, спадкового права) поширюється на всі приватноправові відносини, однак лише тією мірою, в якій зазначені норми, які виступають загальними положеннями, не витісняються спеціальними приписами приватного права згідно з правилами колізії законів (вимоги спеціалізації, альтернативності, субсидіарності).

Цивільне право регулює на єдиних приватно-правових принципах охоплює всю сукупність правовідносин між юридично рівними учасниками, у тому числі й приватно-правові відносини у сфері господарювання, використання природних ресурсів та охорони довкілля, трудові та сімейні відносини.

Тому поряд з визнанням цивільного права загальним приватним правом, цивільне право слід розглядати тотожним приватному праву.

У цьому контексті поняття «цивільне право» та «приватне право» слід вживати як однакові за змістом. Не випадково дореволюційні і сучасні юристи (Й. О. Покровський, А. С. Довгерт, М. М. Сибільов та інші) вважають ці терміни тотожними.

Зокрема, з цією позицією солідарний М. М. Сибільов, який стверджує, що «приватне право як супергалузь охоплює лише одну галузь права — цивільне право і є повністю тотожним йому».

Водночас не можна погодитися з позицією тих вчених, які в цивільному праві вбачають лише одну із галузей приватного права поряд з іншими його галузями: спадковим, земельним, сімейним тощо.

Цивільне право і приватне право мають однакові предмет і методи правового регулювання. Будь-які складові приватного права (сімейне, земельне, спадкове підприємницьке тощо) охоплюються цивільним правом, оскільки мають своїм предметом відносини між юридично рівними учасниками, які регулюються на засадах диспозитивності.

## **2. Кореляція сфер права і міжгалузеві зв'язки цивільного права**

Дійсне місце цивільного права в системі права значною мірою визначається кореляцією суміжних сфер права, тобто здатністю правових норм різних сфер (різної галузевої приналежності) створювати міжгалузеві зв'язки на нормотворчому і правозастосовчому рівнях.

Міжгалузеві зв'язки цивільного права являють собою системні зв'язки між нормами цієї галузі й інших правових утворень.

На нормотворчому рівні можливості формування міжгалузевих зв'язків цивільного права об'єктивно обмежені «...кордонами цивільно-правового регулювання, ...які встановлюються як через власні системоформуючі ознаки цивільно-правової галузі, так і на основі аналогічних ознак взаємодіючих з цивільним правом інших правових галузей».

Формування міжгалузевих зв'язків цивільного права також визначається рівнем імперативності цивільно-правових норм, сформульованих ЦК України, і здатністю їх поєднання з податковими, іншими публічно-правовими нормами в комплексному законодавчому акті.

На етапі застосування відповідних правових норм міжгалузеві зв'язки цивільного права обмежуються специфікою джерел права та їх тлумачення в умовах континентального права.

Система права України зовні оформлюється відповідними джерелами права, зміст і види яких формуються з урахуванням традицій континентального права і, зокрема, підвищеної ролі кодифікованого акту в системі законодавства.

Кожна з існуючих на сьогодні гілок права фактично формується з прийняттям власного кодексу (Цивільного, Кримінального тощо), в якому містяться основоположні норми законодавства відповідної гілки права, що визначають шляхи розвитку галузевого і комплексного законодавства в окремих сферах життя суспільства на тривалий період часу.

Специфіка цивільного права як сфери приватного права знаходить відображення в нормативних положеннях, які претендують на створення для ЦК України особливого правового статусу серед рівних за юридичною силою законів.

Йдеться про правову норму, включену в ст. 2 ЦК України, про (згідно з якою) необхідність відповідності норм цивільного права, які містяться в інших законах, Цивільному кодексу.

«Якщо суб'єкт права законодавчої ініціативи подав до Верховної Ради України, — говорить в п. 2 ст. 4 ЦК України, — проект закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж цей Кодекс, він зобов'язаний одночасно подати проект закону про внесення змін в Цивільний кодекс України. Представлений законопроект розглядається Верховною Радою України одночасно відповідним проектом закону про внесення змін до Цивільного кодексу України».

В зазначеній нормі ЦК України, безумовно, є потреба, оскільки ЦК України являє собою основний закон в сфері цивільного законодавства.

Однак, зазначена редакція норми ЦК України потребує удосконалення, оскільки дає можливість приймати закони, які містять норми, що суперечать положенням ЦК України.

Норму п. 2 ст. 4 ЦК України доцільно доповнити положенням, яке передбачено п. 2 ст. 3 ЦК Республіки Казахстан про те, що «норми цивільного права, які містяться в законодавстві Республіки Казахстан і суперечать нормам цього Кодексу, можуть застосовуватися лише після внесення в Кодекс відповідних змін».

Правові норми гілок права, в першу чергу цивільно-правові норми, повинні використовуватися як вихідна база комплексного законодавства, яке застосовується в економіці, в будь-яких інших сферах суспільних відносин.

Цивільно-правові норми займають особливе місце в системі норм комплексного законодавства, що обумовлено притаманній більшості цих норм можливості кореляції з нормами інших гілок права, які включаються в комплексне законодавство, що надзвичайно важливо для забезпечення сумісності різних норм в складі одного й того самого нормативного акту. Так, в Законі України «Про захист прав споживачів» цивільно-правові норми про цивільно-правову відповідальність за шкоду, заподіяну внаслідок недоліків товару (робіт, послуг), доповнюються в своєму застосуванні з адміністративними нормами про повноваження компетентного державного органу, які містяться у відповідній нормі цього самого комплексного Закону.

Можливість кореляції цивільно-правових норм з іншими гілками права передбачена самим ЦК України. Як приклад кореляції з нормами адміністративного і трудового права можна зробити посилання на ст. 210 ЦК України про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно і ст.ст. 1195, 1197 ЦК України про обсяг характер відшкодування шкоди, завданої здоров'ю.

В комплексних законах поряд з правовими нормами, які відносяться до окремих гілок права, наявний блок норм, які відображають специфіку кожного закону стосовно тієї сфери суспільних відносин, які він покликаний регулювати. Так, в Господарському кодексі України такими є норми про конституційні основи правопорядку у сфері господарювання, про загальні принципи господарювання, про основні напрями та форми участі держави і місцевого самоврядування у сфері господарювання, про обмеження монополізму та захист суб'єктів господарювання і споживачів від недобросовісної конкуренції, про спеціальні режими господарювання (спеціальні (вільні) економічні зони, інші

види спеціальних режимів господарської діяльності). В Житловому кодексі України такими є норми про управління житловим фондом (зокрема, про компетенцію державних в сфері житлових відносин), про об'єкти житлових прав (про житловий фонд), надання в користування жилих приміщень у будинках державного і громадського житлового фонду, забезпечення схоронності житлового фонду, його експлуатація та ремонт. В Кодексі законів про працю України специфіку трудових відносин відображають норми про гарантії забезпечення права громадян на працю, про колективний договір, забезпечення зайнятості вивільнюваних працівників, робочий час, час відпочинку, нормування праці, гарантії і компенсації, охорона праці, праця жінок і молоді, пільги для працівників, які поєднують роботу з навчанням, індивідуальні трудові спори, професійні спілки, участь працівників в управлінні підприємствами, установами, організаціями, трудовий колектив, загальнообов'язкове державне страхування та пенсійне забезпечення, нагляд і контроль за додержанням законодавства про працю. В Земельному кодексі України це норми про основні принципи земельного законодавства, про відносини, які регулюються земельним законодавством, про склад земель в Україні, про повноваження державних органів та органів місцевого самоврядування в сфері земельних відносин, про моніторинг земель, землеустрій і державний земельний кадастр, про контроль за дотриманням земельного законодавства, охороною та використанням земель тощо.

Комплексні законодавчі акти характеризуються притаманним кожному з них співвідношенням складових правових елементів, яке визначається специфікою сфери застосування відповідного комплексного акту. Зазначені законодавчі акти переважно містять норми підприємницького і цивільного права, що обумовлює доцільність розробки комплексних законодавчих актів із залученням в першу чергу представників науки підприємницького (господарського) права і цивілістики. В даному випадку під наукою підприємницького права розуміють «...наукові дослідження в сфері проблем створення законодавчих комплексів на базі об'єднання в них правових норм, які належать до різних гілок права, але не дублюванням досліджень, які проводяться цивілістами, що має місце в на теперішньому етапі».

Українському законодавцю доцільно однозначно вирішити питання про віднесення підприємницьких відносин до сфери регулювання нормами цивільного законодавства, під якими розуміються так звані горизонтальні відносини. Однак структурно комплексні законодавчі акти містять цивільно-правові і публічно-правові норми, що обумовлює необхідність їх наукового поєднання з урахуванням сучасних досягнень науки підприємницького (господарського) права і цивілістики.

У зв'язку з в літературі слушно звертається увага на те, що «наукові аспекти співвідношення (рос. сопряженности) цивільно-правових відносин з відносинами, які регулюються нормами публічного права, про що, власне, і повинна йти мова при створенні законодавчих комплексів в сфері регулювання економічних відносин, повинні бути об'єктом дослідження як науки цивільного права, так і науки про підприємництво. Наука цивільного права досліджує проблеми зазначених комплексів з позиції необхідності включення цивільно-правових норм в комплекси як їх головні елементи, наука підприємницького права — з позиції публічно-правових норм з метою забезпечення надання створюваним законодавчим комплексам одноманітної (рос. единообразной) структури і форми нормативних актів».

Один із прикладів існуючої на сьогодні наукової проблеми включення цивільно-правових норм в комплексні законодавчі утворення пов'язаний з існуючою в сучасній світовій практиці нормативного регулювання в сфері корпоративного законодавства тенденцією, спрямованою на надання самим підприємцям більшої свободи у виборі організаційно-правових форм і методів ведення підприємницької діяльності. У зв'язку з цим цивільне законодавство повинно містити норми в сфері корпоративних прав, сформульовані не надмірно (в міру) імперативно, що збереже їх корелятивність і надасть можливість бути використаними при створенні комплексного законодавства на їх основі за участі правових норм інших гілок права.

Наведене дає підстави для висновку про те, що система цивільного (приватного) права повинна характеризуватися чіткими критеріями сфери дії і відмежування від суміжних сфер (галузей) публічного права, визначеними кодексами відповідної сфери права, так і враховувати тенденції розвитку відповідних сфер суспільних відносин за допомогою норм, здатних бути створювати міжгалузеві зв'язки з публічно-правовими нормами в складі комплексних законодавчих актів.



### **Спасибо-Фатеева Инна Валентиновна**

*профессор кафедры гражданского права Национального университета  
«Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого,  
доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент Национальной  
академии правовых наук Украины*

### **«СОЛО» ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА ИЛИ ПРАВОВОЙ СИМФОНИЧЕСКИЙ ОРКЕСТР?**

Вопросы методологии права никогда не были для украинских юристов ни привлекательными, ни продуктивными, несмотря на проведение научных конференций та эту тематику и выпуска нескольких сборников тезисов. Вместе с тем это один из тех фундаментальных вопросов, от разрешения которых зависит состояние всей современной правовой среды.

#### **1. Общие впечатления от состояния правовой науки**

1.1. Попытка наблюдения со стороны, думаю, объединит всех оппонентов и «отраслевых ученых» в бессильном до смешного барахтанье в мутном озере отечественной правовой науки, куда постоянно вливаются все новые (нет, не ручейки и живительные струи) отходы переработанных (а нередко и непереработанных) научных (и псевдонаучных) украинских (а чаще — российских и зарубежных) материалов. В силу такого культивируемого подхода в нашей научной среде мы стали лишены возможности получения добротного научного продукта как результата свежего творческого взгляда на актуальную проблематику.

1.2. В немалой мере этому причиной является и давно устаревшая классификация ВАКа научных специальностей, урезающая (или даже отсекающая) возможность ученому, «привязанному» к одной специальности, совместить свои научные исследования с другой специальностью. В результате —



имеем «кастрированные» диссертации, которые изначально не призваны решить проблему комплексным образом.

1.3. К этому нужно добавить очевидный факт болезненного псевдоувлечения научными изысканиями в сфере права со стороны управленцев, практических работников и прочих лиц, не имеющих отношения ни к науке, ни к преподаванию, а часто (как следствие) не способных осмыслить на уровне обобществлений, анализа и синтеза ни правовую материю, ни практические проблемы. И это на фоне относительно новой «индустрии написания диссертаций» (сродни «Фабрике звезд»).

1.4. Относительно уровня научных исследований в сфере гражданского права, к указанному следует добавить еще одно критическое замечание: неумение выявить актуальную проблему, раскрыть ее и, проведя фундаментальное исследование ее корней, тенденций, различного рода факторов и прочей научной атрибутики, предложить решение на научном и практическом уровне. Здесь очевидны неспособность либо увидеть и прочувствовать проблему (хотя тогда непонятен вообще смысл научной работы), либо выявить ее действительный уровень и «многоканальность связи» с другими проблемами с предложением комплексного похода к их решению. Нередко мы сталкиваемся не просто с пресным научным продуктом, который не дочитываем или не дослушиваем до конца, но и повторение набивших оскомину теорий с попыткой (или даже без таковых) их обобщить — это широко известные теории юридических лиц, правоотношений, предмета и метода и прочих известных истин. Все это, кстати, не приводит к ясности, а позволяет лишь указать фамилию еще одного «исследователя» проблемы среди уже известных авторов.

**Итог:** ярких научных работ становится катастрофически мало. Рассчитывать на принципиальное изменение ситуации в этой сфере без кардинальных изменений невозможно.

1.5. Наблюдения показывают, что тем не менее складываются и сохраняются связи между истинными исследователями и учеными (в буквальном смысле — мыслителями и творцами), знакомыми друг с другом и стремящимися к общению и единению. Эти процессы развиваются независимо от принадлежности к университетам, от ученой степени, академических званий и наград (значимость и ценность которых сегодня существенно девальвированы). О чем это свидетельствует? О формировании параллельного, альтернативного объективного правового мира. Как и всякий подобный социальный процесс, он, во-первых, указывает на недостатки в сложившейся среде, породившие его неизбежность; во-вторых, является тем живительным источником, который не позволит задохнуться правовой науке в бассейне, постепенно зарастающим ряской.

**2. Экстравертность или интровертность; замкнутость или открытость; ортодоксальность или стремление к интегрированности?**

В таких постановках вопроса усматривается два главных направления. Первый: ощущение разумных (максимальных и минимальных) пределов в названных процессах. Второй: в отсутствие стремления к замкнутости гражданского права, его загоняют в «стойло» или в «резервацию». Отрицать это — не видеть очевидного.

2.1. Без единства в подходах к регулированию сложных и взаимосвязанных общественных отношений, учета политической, экономической составляющей, разнообразия правовых аспектов, налицо попытки удержать право в границах «моно» или «соло». Однако оно всегда будет звучать фальшиво, тем более в отсутствие профессиональных исполнителей (см. первый тезис).

Совершенно очевидно, что право не существует в вакууме или эфире, и поэтому все правовые категории следует подвергать анализу, начиная с экономической, политической и социальной подоплеки, равняясь на (либо учитывая) имеющиеся наработки соответствующих наук.

2.2. Само право является не мертвым материалом и не пазлами, которые кто-то распределил по отраслям, а живой материей, жизненно связанной между собой. Поэтому нет и не может быть преград между нормами и институтами разных отраслей права. Напротив, они должны быть взаимоувязаны и согласованы.

2.3. Исходя из этих двух утверждений общего порядка, можно, снизив уровень обобществления, указать на взаимосвязь состояния регулирования (осуществления, охраны и защиты) права собственности (как института гражданского права) с другими общественными и правовыми институтами.

Так, мы имеем много общественных и частных институций, призванных гарантировать право собственности, направлять капиталопотоки, перераспределять средства (имущество, налоги, сборы, кредиты), управлять рынками и компаниями, разрешать споры и т.д. Эти институции (или даже учреждения<sup>1</sup>) являются по своей сути функцией, выполняющей значимую роль в обществе. Исследования в области общественных наук демонстрируют, что эти учреждения существенно отличаются в различных странах в зависимости от их политического режима.

Если ставить перед собой задачу обеспечить надлежащий уровень гарантий права собственности, то под этим должно понимать достаточно широкую сферу деятельности тех общественных учреждений, о которых указывалось выше. Это не только спокойствие собственника в отношении того, что не придут и не украдут или не изымут у него имущество, а и обеспечение для него возможности хранить свои средства в банках без риска невозврата и разрушения банковской системы, возвращения их средств, инвестированных в любые объекты, начиная от промышленных, жилищных, до инновационных программ. Это и абсолютная уверенность в возможности заключения различного рода договоров для осуществления предпринимательской деятельности, и справедливое разрешение споров. Именно слаженность этих общественных институций позволяет поощрять собственников вкладывать капитал и как следствие — способствует экономическому росту.

2.4. Невозможно пренебречь двумя достаточно ярко выраженными аспектами неприкосновенности права собственности. *С одной стороны*, оно должно быть обеспечено надлежащим уровнем охраны и защиты государством (от преступных посягательств, нечестной конкурентной борьбы или деликвентов), угрозы чего перманентно продолжаются столько, сколько существует право собственности. В разные исторические эпохи это связано с обострением той или иной опасности для собственника в силу беспорядков, войн, революций, преступлений, этнических насилий, деликтов, монополизации, конфискации и проч.

*С другой стороны*, государство может само нарушать право частной собственности в силу сосредоточения власти законодательной, исполнительной и судебной. И это в существенной (если не определяющей) степени зависит от политического режима, ибо нет никакого секрета в том, что с диктатурой связаны большие риски не только для имущества собственников, подвергающихся

---

<sup>1</sup> Прим.: не имеется в виду учреждение как юридическое лицо частного права.

конфискации или национализации, но и вследствие высокой степени монополизации экономики, ограничения конкурентоспособных начал предпринимательской деятельности, директивное и не всегда оправданное налогообложение, установление цен и тарифов и проч.

Процесс недовольства диктатурой, приводящий к революциям и беспорядкам, также неблагоприятен для собственника, как и формирующийся после этих событий политический режим. Впрочем, и последующее время установления новых подходов к формированию государственных механизмов не намного благоприятнее для собственника. Это мы наблюдали в разных сценариях по крайней мере на протяжении последних тридцати лет, а доподлинно знаем об этом из событий начала XX века. И совершенно убедительно можно утверждать об отсутствии такой общественной, (государственной, политической, социальной) институции (структуры, учреждения, функции), которая полностью устраняла бы угрозу для собственника, создаваемой транзакцией диктатуры и беспорядка.

2.5. Приведенное выше следует дополнить «близнецовым эффектом» — когда государство выступает как субъект частного и публичного права, провозглашая равенство всех субъектов гражданских правоотношений, но не обеспечивая такового в действительности. И тогда имеются достаточно весомые основания утверждать о том, что гражданско-правовое регулирование отношений собственности с его незначительным воздействием на стабильность и свободу собственника, на стремление к абсолютности его права совершенно недостаточно без публично-правового регулирования отношений собственности и общественных отношений более широкого и высокого порядка.

Немаловажным при этом остается и состояние решения вопроса об ответственности государства за создание условий нарушения права собственности, или непрепятствования в этом, или даже более того — творимыми самим государством нарушениями. Пока не существует абсолютно никакого универсального подхода к такому решению и, как следствие, низжайший уровень гарантированности стабильности права собственности.

2.6. Наличие ветхих подходов к пониманию права и его отраслевому делению, стремление оставаться на тех позициях, которые сформировались и были оправданы в XIX и XX веках наносит урон не только украинской правовой системе, но и состоянию экономики в целом, и представлению о нашей стране в мировом сообществе, и самим собственникам. О таких глубинно ошибочных подходах, демонстративно отстаиваемых апологетами хозяйственного права, не пренебрегающих любыми возможностями удержать уходящие в небытие правовые механизмы, вплоть до казуистики рассуждений и введения в заблуждение подменой понятий, уже было написано предостаточно, причем, без какой-либо положительной реакции со стороны государства. Вместе с тем от этого не только страдает имидж страны, имеющей правовую систему, которая мирится с двумя кодексами (Гражданским и Хозяйственным), по разному регулируемыми одни и те же отношения, но и резко (можно утверждать, что ниже некуда) падает индекс ее инвестиционной привлекательности.

### **3. Теории стабилизации правового регулирования**

3.1. Гражданско-правовое регулирование должно стать центральным, определяющим для другого, т.н. отраслевого регулирования. Такой подход высказывался неоднократно с приведением соответствующей аргументации, однако как правило, он воспринимается в качестве экспансии гражданского права, что не только глубоко ошибочно, но и в достаточной мере примитивно.

3.2. **Теория деревянного веера.** Право можно сравнить с деревянным веером, состоящим из пластинок, каждая из которых является отдельным объектом, однако все они соединены вместе, что и дает возможность их воспринимать как веер. Каждое из называемых отраслями права существует только вместе с другими отраслями права и не может существовать отдельно от них.

3.3. **Теория фелтинга**<sup>2</sup>. Включив ассоциативное мышление, предложим фелтинг в качестве метафоры создания единой ткани права, в которую вплетены все те ниточки регулирования, которые мы воспринимаем обособленно и относим к разным отраслям права. Без кропотливого труда, направленного на вплетение каждой из нитей в единую ткань, ничего создать невозможно, ибо получим лишь запутанный свалявшийся клубок.

3.4. **Теория плавающей центрированности** может помочь в выборе подхода к регулированию отношений с учетом различных факторов, увязываемых, однако в принципиальном вопросе взаимной согласованности. Это означает возможность перемещения акцентов и усилий по регулированию отношений в том или ином аспекте в зависимости от состояния рынка, уровня демократии и других заслуживающих внимание тенденций.

3.4. **Теория маржи.** «Маржа» от соотношения диктатуры и демократии, а также публичного и частного права в плоскости гражданско-правовых институций состоит в гарантированности: (а) *права собственности* (обеспечение механизмами охраны от конфискации, нерыночного влияния на решения собственника об использовании и распоряжении своим имуществом, предел монополистического влияния, надлежащий уровень регистрации прав и следствия из этого и др.); (б) *свободы договора* (ибо без учета расстановки сил в сфере политической реализация этого принципа невозможна); (в) *свободы предпринимательской деятельности* (поддержка и развитие малого и среднего бизнеса, в т.ч. как альтернативы монополиям; обеспечение не только развития сети новых рабочих мест, но и сфер приложения усилий этого бизнеса — одно дело, когда под этой эгидой развиваются торговые площадки, перерастая в гигантские рынки, иное — когда речь идет о венчурных компаниях. Сюда же следует отнести инвестиционную привлекательность: сколько бы не утверждали об иностранных инвестициях, до сих пор в памяти остается несправедливое лишение иностранных инвесторов данных им государством гарантий против ухудшения инвестиционного климата, риск постоянных изменений законодательства, изъятия собственности, как это всерьез обсуждалось в отношении реприватизации и т.п. Отсутствие широких и ликвидных рынков ценных бумаг произошло в силу той же взаимосвязи — монополизации, нежелания депутатов, контролирурующих крупный бизнес, вносить изменения в акционерное законодательство и сдерживание тем самым рыночных процессов); (г) действительности ключевых принципов частного права — *справедливости, добросовестности и разумности*, как-то пытающихся прорасти на почве частного права, однако «дохнувших» при попытке их применить в случае судебной защиты права.

Можно продолжать генерировать теории, однако их сущность достаточно проста — стерильность отраслевого подхода в праве и в науке невозможна.



<sup>2</sup> Фелтинг (валяние) — это особая техника рукоделия, в процессе которой посредством специальной иглы и шерсти создается рисунок на ткани или войлоке.

**Стефанчук Руслан Олексійович**  
*доктор юридичних наук, професор,*  
*член-кореспондент Національної академії правових наук України*

### **ШЛЯХИ РОЗВИТКУ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА**

Становлення України як правової держави не можливе без вивчення багатого досвіду право- та державотворення інших країн, особливо тих, що складають найкращі світові зразки «правового мистецтва». Але враховуючи одвічне Тарасове: «чужого навчайтесь та свого не цурайтесь» ми повинні усвідомити, що сліпе мавпування тих чи інших правових зразків і бездумне перетягування їх на правовий ґрунт України може дати стільки ж користі, скільки і спроба вирощувати теплолюбіві рослини в умовах суворого полярного клімату. Тому запозичення тих чи інших елементів, принципів та систем повинно бути критичним і враховувати існуючі історичні традиції розвитку національного правопорядку. Лише за такої умови ми в змозі запропонувати найбільш ефективний формат побудови унікальної української правової традиції.

З огляду на це вивчення багатого досвіду науки порівняльного правознавства та застосування його фундаментальних положень може стати для України варіантом подолання усіх негативних явищ на шляху формування громадянського суспільства. Однак, перед тим, як заглиблюватись у бездонний океан системи правових знань зарубіжних країн, ми повинні дати відповідь на питання: а яку сферу (рівень) правових знань нам слід найбільш ретельно вивчати і яка мета такого вивчення? На наше глибоке переконання, право у своїй сукупності є складною та багаторівневою системою наукових знань, навичок та вмій яка включає у себе три основних рівні: математику права, філософію права та політику права. Математика права є первинним рівнем системи права, який містить у собі інструментарій права, його доктрини, способи та прийоми. Іншими словами, математика права — це система права у статичному її вигляді, фактичний відбиток сучасного стану її розвитку. Філософія права вже включає різноманітні погляди на можливе філософське осмислення існуючого правового порядку та потенційні варіанти його розвитку. Але найбільш складним рівнем, на наше переконання, є рівень політики права, який повинен бути спрямований на вибір тієї моделі права, яка найбільш повно відповідає політичним, економічним та соціальним реаліям, а також визначення її структури, елементів та етапів впровадження. І якраз цей рівень повинен бути предметом найбільш прискіпливого вивчення, оскільки дає можливість піймати динаміку розвитку правової системи та вектори її розвитку.

В Україні, на превеликий жаль, питання політики права фактично винесено за рамки наукових досліджень, а існуючий її рівень не витримує жодної критики. У нас фактично немає жодного нормативно-правового акту, який би закріплював загальні засади розвитку українського права. Прийняття нормативно-правових актів здійснюється хаотично та переважно неякісно. Навіть на найбільш елементарному рівні не існує чіткого порядку планування та здійснення нормотворчої діяльності. Безперечно, цьому сприяє відсутність низки фундаментальних актів, зокрема Закону України «Про нормативно-правові акти», який би унормував бодай первинний статичний рівень їх співвідношення, сформулював принципи та процедури нормотворення в Україні. Отже, слід дійти чіткого розуміння, що формування правової політики в нашій державі є нагальним завданням.

Однак, ми повинні бути свідомими того, що формування правової політики в Україні не повинно бути обмеженим наведенням порядку у нормотворчій діяльності. Ми будучи повноцінним учасником світових процесів, повинні враховувати тенденції світового глобалізму, в тому числі і в сфері правової політики. А для України це питання є актуальним, як ні для якої іншої держави. Адже історично знаходячись на перехресті двох «мегаімперій» — Росії та Європи, — які різні за своїми світоглядами культури, Україна вимушена враховувати інтереси та політичні настрої кожної з них. Маючи європейські амбіції Україна в той же час має багатовікову прив'язку до правової системи російського та радянського періоду. І тому нам потрібно формувати свою правову політику із врахуванням нашого пострадянського минулого та проєвропейського майбутнього. При цьому, ми повинні зрозуміти, що дані системи не є взаємовиключаючими. Сьогодні в Росії дедалі більше також говорить про перспективи «європеїзації» приватного права [1]. А це свідчить тільки про те, що пошук можливостей взаємного зближення правових систем є проблемою наднаціонального масштабу. Слід зауважити, що метою при цьому повинно стати не стільки негайне створення єдиної моністичної системи права, скільки визначення можливості потенційного взаємного узгодження своїх правових позицій та бачень у розвитку права з метою зближення правових систем. Але чи не утопічна ця ідея? Чи можливо здійснити загальне зближення та уніфікувати правові системи усіх країн? На наше глибоке переконання, право у всьому світі виконує одну благородну місію — утвердження Добра та Справедливості, а відповідно і методи такого утвердження попри свою наявну відмінність у механізмах, є близькими. Найбільш відчутною така близькість проявляється на прикладі цивільного права. Адже приватно правовий механізм, який опосередковує динаміку та статику майнових відносин є найбільш придатний та за своєю структурою піддатливий для змін. Цьому в першу чергу також сприяє і велика подібність приватноправових конструкцій, які, наче через природній відбір, проходили випробування часом та найкращі їх взірці фактично вже є вмонтованими в правові системи різних правових систем. Так, наприклад, правова конструкція договору купівлі-продажу, міни, найму залишається практично незмінною у своїй основі ще з часів римського права. Та й нові правові конструкції франчайзингу, факторингу, лізингу тощо також мають більше спільного у своєму інструментарії, ніж відмінного. Саме тому, на нашу думку, із політики зближення правових систем приватного права слід починати загальний шлях до формування уніфікованої правової системи світу.

Враховуючи це спробуємо здійснити погляд на Захід та на Схід, щоб визначити, якою є правова політика наших найближчих сусідів? Які останні тенденції розвитку на сьогодні найбільш помітні у процесі вдосконалення приватного права? І нарешті, яке місце України у цих процесах і які наші перспективи?

### **Погляд на Захід**

Одвічне прагнення України довести усім, що ми є європейською державою, пов'язано не стільки із наявністю на нашій території географічного центру Європи, скільки із прагненням привести свої стандарти життя у відповідність до тих, стандартів, які на сьогодні існують у більшості країн Європи. Ніхто ж не буде сперечатись, що економічний потенціал розвитку вказаних держав, а відповідно і середній рівень життя у цих країнах є одним із найвищих у світі. Особливо актуально на сьогодні це в контексті перспектив входження України до Європейського Союзу. Адже переслідуючи таку мету Україна намагається привести своє законодавство у відповідність до *acquis communautaire*. Для цієї

мети створено низку загальнодержавних концепцій, програм, проведено безліч різних самітів. Але чи збільшились від цього наші знання про правову політику ЄС, чи все ж таки вони залишились на рівні тих знань, які ми отримали із курсів «Міжнародного права», «Європейського права» чи то «Цивільне та торгове право зарубіжних країн», у яких здебільшого знаходять своє відображення питання статистики зарубіжного законодавства європейських країн. І чи концептуально нам достатньо такого підходу, за якого ми одвічно будемо залишитись сторонніми спостерігачами за правовою діяльністю наших європейських колег і ніколи не будемо сприйматись як серйозні потенційні партнери на цьому напрямку? Питання, на нашу думку, є риторичним. Україна сьогодні повинна все глибше вникати у питання правової політики Європейського Союзу та примати у її формуванні як найактивнішу участь. Тому і зупинимо свою увагу на тих процесах, які тривають на небосхилі правової політики ЄС в сфері приватного права.

Про необхідність уніфікації приватноправових систем у Європі говорять вже давно, але процес цей іде повільно, проте планомірно. Так, у 1982 році була створена Комісія з питань Європейського договірної права (*Commission on European Contract Law*), яку очолив відомий професор Оле Ландо (*Ole Lando*). Основним завданням цієї комісії було створення «Принципів європейського договірної права» (*Principles of European Contract Law — PECL*), де б були розміщені спільні для різних правових систем держав Європейського Союзу, норми та принципи, що опосередковували договірні відносини. Робота вказаної комісії тривала достатньо довго і в 1995 році була опублікована Перша частина «Принципів європейського договірної права» [2], відповідно у 199 та 2003 роках були видані Друга та Третя частина цієї праці<sup>3</sup>.

Натомість процеси щодо зближення правових систем країн ЄС йшли далі. Європейський парламент своєю резолюцією від 26 травня 1989 року (*OJ C 158 (28.6.1989)*) та повторно резолюцією від 6 травня 1994 року (*OJ C 205 (25.7.1994)*) закликав юридичну академічну спільноту до створення Європейського кодексу приватного права (*European Code of Private Law*). На основі вказаних парламентських резолюцій Міністерство юстиції Голландії організувало в 1997 році в Гаазі конференцію під лозунгом «До Цивільного кодексу». Під час цієї конференції виявилось, що переважна більшість європейських юристів висловились за ідею формування пан'європейської кодифікації приватного права, здатної вирішити задачу інтенсивного порівняльного дослідження, яке вивільнене від обмежень представлення національних інтересів та розміщення політичної доцільності. Тому і була створена спеціальна Група щодо вивчення Європейського цивільного кодексу (*The Study Group on a European Civil Code*)<sup>4</sup>, яку очолив відомий голландський вчений Крістіан вон Бар (*Christian von Bar*) та до якої увійшли найбільш видатні науковці із усіх кінців ЄС і на яких покладається завдання, провести порівняльне юридичне дослідження в сфері приватного права різних правових систем, з-поміж Країн-учасників. Метою діяльності вказаної Групи щодо вивчення Європейського цивільного кодексу є визначення (через академічне порівняльне дослідження в сфері права) ступені, до якої існуючі положення приватного права у різних правових системах Держав-членів можуть бути сформульовані у термінах окремих правових принципів. Завданням такого дослідження повинно стати вироблення кодифікованого переліку Принципів європейського права, для зобов'язального права та основних аспектів права власності. Зрозуміло, що академічне дослідження потенціалу для кодифікації

<sup>3</sup> У повному варіанті PECL розміщені на: [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/)

<sup>4</sup> Більш детально про цю наукову групу та результати її діяльності див.: <http://www.sgecc.net/>

європейського приватного права буде не тільки цінним вкладом у європейську юридичну науку, але й створить доступний та повністю анотований перелік принципів приватного права з корінням у різних правових сім'ях сучасної Європи. Сам текст проекту повинен стати безпрецедентним правовим ресурсом у порівняльному правознавстві для практикуючих юристів в сфері європейського приватного права<sup>5</sup>.

Однак, на цих основних дослідженнях діяльність ЄС в сфері правової політики не обмежується. Останньою ініціативою у цій сфері є створення у 2004 році Об'єднаної мережі по Європейському приватному праву (*Join Network on European Private Law*), до якої увійшли низка провідних науковців, в тому числі і з Групи щодо вивчення Європейського цивільного кодексу (*The Study Group on a European Civil Code*) та наукової групи Європейської дослідницької групи чинного приватного права ЄС (*European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)*)<sup>6</sup>. Результатом роботи цієї групи стала розробка у 2008 році «Проекту Загальної системи підходів» (*Draft Common Frame of Reference — DCFR*) [3]. На наше глибоке переконання саме даний проект на сьогодні є тією найближчою стратегічною законодавчою ініціативою в ЄС. І саме це буде майбутньою правовою політикою, яка повинна бути врахована в тому числі і при розробці власної правової політики в Україні. Адже можливість вивчення вказаних процесів дасть можливість підготувати нову методологічну базу для зміни основних засад формування українського цивільного законодавства, буде сприяти його мобільності до потреб сучасності в контексті входження України до європейського простору. Крім цього, вивчення вказаної кодифікаційної роботи дасть можливість більш глибоко уявити як цивільне законодавство європейських країн, так і межі його уніфікації та зближення.

### **Погляд на Схід**

Питання правової політики на серйозному рівні досліджуються і у нашого східного партнера — Російської Федерації. Слід відмітити, що велику роль при її формуванні та втіленні відіграють якраз наукові кола. При цьому участь науковців у цьому процесі не обмежується лише написанням юридичної літератури, що присвячена цим питанням [4; 5], наукова еліта має пряме долучення до великої кількості політичних процесів. Так, прикладом такого безпосереднього впливу юридичної науки на правову політику є створення Указом Президента РФ від 5 жовтня 1999 року № 1338 Ради при Президентові Російської Федерації з кодифікації та вдосконалення цивільного законодавства [6], до якої увійшли провідні науковці та практики в сфері приватного права РФ. Відповідно до затвердженого Положення Рада є консультативним органом при Президенті Російської Федерації, що забезпечує взаємодію між федеральними органами державної влади, органами державної влади суб'єктів Російської Федерації, громадськими об'єднаннями, науковими установами й організаціями при розгляді питань, пов'язаних з удосконалюванням цивільного законодавства. Основними завданнями Ради є: підготовка пропозицій Президентові Російської Федерації про державну політику в сфері цивільного законодавства та основних напрямків його вдосконалення; експертиза проектів федеральних законів про внесення змін і доповнень до Цивільного кодексу Російської Федерації та проектів інших федеральних законів у сфері цивільного законодавства; аналіз практики застосування Цивільного кодексу Російської Федерації й підготовка пропозицій про внесення в нього необхідних змін та доповнень; підготовка пропозицій

<sup>5</sup> Результати роботи цієї групи викладені на: [http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft\\_articles.htm](http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm)

<sup>6</sup> Більш детально про цю наукову групу та результати її діяльності див.: <http://www.acquis-group.org/>



федеральним органам державної влади про розробку проектів федеральних законів і інших нормативних правових актів у сфері цивільного законодавства, у тому числі пропозицій за планами законопроектних робіт федеральних органів державної влади, з визначенням при необхідності проектів, що підлягають розробці в пріоритетному порядку.

Суттєво ситуація змінилась з часом, і вже через 4 роки з моменту дії цієї Ради, настав новий етап її діяльності, і відповідно до Указу Президента РФ «Про забезпечення діяльності Ради при Президентові Російської Федерації з кодифікації та вдосконалення цивільного законодавства» [7] було встановлено, що проекти федеральних законів у сфері цивільного права, підготовлені федеральними органами виконавчої влади, до їхнього подання в Уряд Російської Федерації направляються на експертизу в Раду при Президенті Російської Федерації по кодифікації й удосконалюванню цивільного законодавства. А нашу думку, такий «науковий фільтр» є серйозною перепорою на шляху різних недоречностей при вдосконаленні чинного цивільного законодавства Росії та сприятиме логічній та послідовній політиці щодо його розвитку.

Сьогодні Росія вступила в нову еру формування власної правової політики в сфері приватного права. Так, відповідно до Указу Президента РФ «Про вдосконалення Цивільного кодексу Російської Федерації» [8] від 18 липня 2008 року № 1108 на Раду при Президенті Російської Федерації по кодифікації й удосконалюванню цивільного законодавства та Дослідному центру приватного права при Президентові Російської Федерації до 1 червня 2009 року розробити концепцію розвитку цивільного законодавства Російської Федерації, а також пропозиції щодо заходів для її реалізації, передбачивши підготовку в 2009-2010 роках проектів федеральних законів про внесення змін у Цивільний кодекс Російської Федерації. Приємно сповістити, що на сьогодні вже вийшли із під пера робочих груп проекти низки пропозицій щодо вдосконалення тих чи інших інститутів цивільного права. Так, зокрема Президією Радою на сьогодні вже рекомендовано до друку: Концепція вдосконалення Загальних положень зобов'язального права Росії (протокол № 66 від 26.01.2009 р.); Концепція вдосконалення Загальних положень Цивільного кодексу російської Федерації (протокол № 2 від 11.03.2009 р.); Концепція розвитку законодавства про речові права (протокол № 3 від 18.03.2009 р.); Концепція розвитку законодавства про юридичні особи (протокол № 68 від 16.03.2009 р.); Концепція розвитку законодавства про цінні папери та фінансові правочини (протокол № 69 від 30.03.2009 р.); Концепція вдосконалення Розділу VI Цивільного кодексу Російської Федерації «Міжнародне приватне право» (протокол від 13.05.2009 р.); Концепція вдосконалення Розділу VII Цивільного кодексу Російської Федерації «Права на результати інтелектуальної діяльності та засоби індивідуалізації» (протокол від 13.05.2009 р.)<sup>7</sup>.

Отже, як ми можемо зробити висновок, що на сьогодні Росія також здійснює активні кроки на шляху формування системи класичного приватного права, яка б відповідала кращим зразкам світових надбань романо-германської правової системи.

### **Погляд в Україну**

Прийнявши у 2003 році одну із найбільш прогресивних, на нашу думку, кодифікацій цивільного законодавства, наукова думка України продовжує потужно працювати над осмисленням існуючих правових процесів та

<sup>7</sup> Усі вказані проекти та інші, які будуть розроблятися розміщені на офіційному сайті «Портал російського приватного права» за адресою: <http://www.privlaw.ru>

прогнозуванням розвитку правової системи України. Однак, на фоні цієї наукової діяльності ми відмічаємо деякі негативні процеси, які на нашу думку можуть затьмарити весь загальний позитив і спричинити руйнацію основ приватноправового порядку.

Першою такою негативною ознакою нашого часу є, як ми вже і зазначали вище, відсутність логічної, послідовної, збалансованої правової політики. Це явище в першу чергу обумовлюється різними чинниками, основним із яких є відсутність чіткої економічної політики в державі. Крім цього, наявність даного явища призводить до відсутності елементарного порядку в нормотворчій діяльності. В свою чергу, цей стан призводить до такої небезпечної тенденції, яку б ми назвали «кодексна перфектизація», що проявляється у нескінченному внесенні змін та доповнень до існуючих кодифікованих нормативно-правових актів. Її прикладом може стати історія внесення змін та доповнень до Цивільного кодексу України. Адже вступивши в силу лише 1 січня 2004 року, щодо вдосконалення даного кодифікаційного акту цивільного законодавства вже було внесено на розгляд у Верховну Раду України майже 200 (!) законопроектів, 51 із яких на сьогодні прийняті та діють як чинні зміни і доповнення. То виникає питання: чи справді такий вже поганий наш новий ЦК України, що трішки більше ніж за 5 років у ньому вже знайдено майже дві сотні «дір», які підлягають терміновому латанню? Відповідь очевидна. Звичайно ж ні. Адже якщо окремі із положень і справді усувають певні неточності, які були допущені на стадії прийняття нового ЦК України, то велика кількість положень сповнена просто елементарним нерозумінням сутності цивільного законодавства. Так, наприклад, весь цивілістичний світ свого часу сколихнула внесена до ЦК України зміна щодо введення довірчої власності як особливого виду права власності (ч. 2 ст. 316 ЦК України). При цьому ніде більше в законодавстві не було пояснення щодо поняття, змісту, особливостей здійснення та захисту даного виду власності. Певним засиллям публічно-правового імперативу до лона приватного права віддає і віднесення доповнення до ст. 268 ЦК України, відповідно до якої позовна давність не поширюється на вимогу центрального органу виконавчої влади, що здійснює управління державним резервом, стосовно виконання зобов'язань, що випливають із Закону України «Про державний матеріальний резерв». Не зовсім юридично виваженим видається нам і доповнення пунктом 2 статті 190 ЦК України, відповідно до якого між поняттям «майнове право» та «речове право» ставиться знак тотожності, ігноруючи при цьому такі різновиди майнових прав, як зобов'язальні, корпоративні, виключні та інші цивільні права. Але вершиною «знущань» над ЦК України стала остання «реформа» цивільного законодавства. Відповідно до цих змін, виявляється жоден правочин відтепер не може суперечити інтересам держави і суспільства. Якщо вдуматись у весь цей жах, то цими змінами фактично узаконено домінанту публічних інтересів над приватними. Відтепер держава матиме право оспорювати будь-який правочин, який, на її суб'єктивну думку, не відповідає її інтересам. Чи не безглуздзя? Також слід відмітити, що ця «реформа» повернула конфіскацію, як наслідок не відповідності правочину (який тепер чомусь знову пропонується називати угодою) інтересам держави і суспільства. Хотілося б нагадати, що відсутність в попередній редакції завжди вважалась великою перемогою розробників кодексу над публічним втручанням у приватний сектор.

Однак, більшу загрозу для цілісності та єдності положень ЦК України складають ряд змін і доповнень, які лише знаходяться на розгляді у Верховній Раді. Звичайно, дуже би хотілося б, щоб окремі із них отримали свою

негативну оцінку ще на стадії юридичної експертизи законопроекту і не стали предметом лобювання заради задоволення власних корпоративних інтересів. Адже дуже важко буде усвідомити, як наприклад в ЦК України існуватиме норма, яка покликана регулювати відносини щодо порядку здійснення допиту (відносини щодо порядку здійснення якого є предметом правового регулювання кримінально-процесуального законодавства), як це пропонується в законопроекті щодо використання засобів інструментальної діагностики емоційної напруги при допиті фізичної особи. Або ж законопроект із претензійною назвою проект Закону про внесення змін до Цивільного кодексу України (щодо відповідності законодавству Європейського Співтовариства), у якому мова йдеться всього про деякі аспекти вдосконалення окремих положень ЦК України, які аж ніяк не пов'язані із питаннями адаптації національного законодавства до законодавства ЄС. Продовжувати такі приклади можна довго. Але проблема не тільки в сутності цих узаконених безглуздь. Проблема глибше — в Україні немає плановірності у питаннях нормопроєктування. За весь період незалежності України лише у 1997 і 1999 роках парламентом було схвалено постанови про загальний план законодавчих робіт на ці роки, а також у 2006 році затверджено Перспективний план законодавчих робіт Верховної Ради України п'ятого скликання. Зрозуміло, що такий спонтанний підхід до нормопроєктної діяльності може назавжди зруйнувати ті приватноправові засади, на яких ґрунтується цивільне законодавство. Ще лякає той факт, що до цих пір ніхто не знає, хто ж був ініціатором та хто несе відповідальність за ці зміни? І якщо розробників проекту ЦК усі знали, оскільки це незаперечні авторитети у цивільному праві, то розробники змін, наче шкідники, сховані по кутках. Тому проблема очевидна. Однак, вважаємо, що слід більш уваги сконцентрувати не стільки на проблемі, скільки на шляхах їх вирішення.

На нашу думку, вирішення вказаної проблеми можливо декількома шляхами. По-перше, розробка законодавчих актів повинна бути не лише «покликом душі», але й справою професіоналів. Тому в цьому напрямку, вважаємо, ефективним буде залучення до законотворчого процесу практичних працівників судів, правоохоронних та правозастосовних органів. Особливу увагу слід звернути на наукові розробки, які здійснюються здобувачам наукового ступеню, особливо що стосується сфери юридичних наук. Адже будь-яке наукове дослідження, тим паче, якщо воно вистраждане власними зусиллями, повинно мати прикладне значення, яке може полягати у обов'язковості формулювання здобувачем своєї редакції відповідної норми, чи змін та доповнень до вже існуючих актів законодавства.

По-друге, при здійсненні законопроектної діяльності потрібно чітко відслідковувати дві основних тенденції: тенденцію відповідності та тенденцію системності. Коли мова йде про відповідність, то мається на увазі, що зміни до законодавства повинні відповідати чинному ЦК України. І саме тому, наявність абз. 3 ч. 2 ст. 4 ЦК України дає нам законодавчі підстави вимагати, щоб суб'єкт права законодавчої ініціативи, який подав до Верховної Ради України проект закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж ЦК України, одночасно подавав проект закону про внесення змін до Цивільного кодексу. Проте слід зауважити, що доволі часто ця норма не виконується. І тому виходом із даної ситуації, на нашу думку, може бути надання кодифікованим актам вищої юридичної сили ніж законам України. Таке положення повинно віднайти своє місце в вистражданому законопроекті «Про нормативно-правові акти», оскільки воно дасть можливість забезпечити концептуальну єдність цивільного законодавства. Що ж стосується системності ЦК України, під яким ми розуміємо

забезпечення доктринальної структурованості та непорушності принципів побудови ЦК України, то тут, за прикладом Російської Федерації, доцільно створювати такий орган, як кодифікаційну раду, яка буде давати висновки, як той чи інший законопроект впливає на системну єдність кодифікованого акту.

Тісно пов'язане із цим питання і щодо необхідності підвищення якості та ефективності законопроектів. Адже доводиться констатувати той факт, що через вал законодавчої активності окремих суб'єктів права законодавчої ініціативи, яка доволі часто обернено пропорційна якості цих законопроектів, офіційна державна експертиза є не завжди ефективною. Адже не секрет, що інколи до уваги може більше братись не стільки якість законопроекту, скільки вагомість імені суб'єкта права законодавчої ініціативи. І тому, вважаємо, що доцільно більш широко залучати громадську експертизу законопроектів у наукових установах Національної академії наук України та що особливо важливо — Академії правових наук України. Допоміжними в цьому напрямку могли б стати вищі навчальні заклади, які мають відповідні правові школи за певними напрямками. Активно слід було б застосовувати і процедуру громадського обговорення нормативно-правових актів, шляхом опублікування їх проектів у засобах масової інформації. Особлива увага тут повинна була б приділена співпраці із професійними громадськими організаціями. Тому важливим є завершення ідеї створення «Асоціації цивілістів України» та інших подібних організацій, які б консолідували у своїх рядах провідних науковців та практиків з того чи іншого питання. При цьому все більшої актуальності в контексті нашого питання набуває наявність тісних зарубіжних наукових зв'язків.

Не сприяє якості законодавства і наявність його внутрішніх суперечностей. І тут ми свідомо обходимо проблему Цивільного та Господарського кодексів, яка відверто кажучи вже набила оскомину. А здається скільки списів зламано, скільки влучних та гострих слів «вилито на чужий город», а віз і нині там. І це при цьому, що інколи рішучість сторін просто вражала, особливо коли вони намагались підключати політичну складову. То на сайті Міністерства юстиції України оприлюднюється проект Закону України «Про основні засади господарської діяльності» [9], то вже в зал парламенту вноситься проект Закону України «Про внесення змін до Цивільного кодексу України (щодо узгодження цивільних відносин з Господарським кодексом України)» [10]. Мета цих проектів, або скасувати Господарський кодекс України, або обмежити сферу впливу Цивільного кодексу. Після цього всього виникає питання: і неуже це виважений приклад правової політики, яка повинна панувати у європейській державі? На моє глибоке переконання — ні. І попри те, що за своїм духом автор є «посполитим цивілістом», він все ж таки переконаний, що на сьогодні слід поставити крапку у війні між «цивілістами» та «господарниками». І як казав свого часу видатний державник світу Джордж Вашингтон: «Я маю мрію...». Так ось і я маю мрію, щоб «цивіліст» та «господарник», кожен із яких беззаперечно є непересічною постаттю в науці, талановитою особистістю та надзвичайно глибоким фахівцем у своїй сфері, зрозумів, що попри те, що можливо ми різних «наукових конфесій» — віра у нас одна! І це віра у Право, у Справедливість, у Добро, у досконалий закон, який повинен забезпечити можливість ефективного захисту будь-які особі. І лише так, а не інакше ми зможемо побудувати омріяну правову державу та сформувати громадянське суспільство. Саме тому нам потрібно об'єднати свої зусилля не залежно від «наукової прописки» та попередніх докорів і привести наше приватноправове законодавство до одного знаменника. А саме, що б воно перестало бути предметом наукових амбіцій тієї чи іншої правової школи, а стало

прикладом наукового єднання та взірцем найбільш якісного європейського правового продукту, який би не тільки ввібрав у себе кращі світові тенденції розвитку, а в першу чергу став кроком до ствердження загальних, прозорих, зрозумілих та стабільних правил гри в сфері приватного права та працював на користь інтересів української нації та кожного українця.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Комаров А. С. «Европеизация» частного права в рамках ЕС и ее значение для развития частного права в Российской Федерации // Актуальные вопросы российского частного права: Сборник статей, посвященный 80-летию со дня рождения профессора В. А. Дозорцева. — М.: Статут, 2008. — С. 36-49.
2. Principles of European Contract Law, Part 1. Performance, Non-performance and Remedies / O. Lando & H. Beale (eds). — Dordrecht, 1995.
3. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://webh01.ua.ac.be/storme/2009\\_02\\_DCFR\\_OutlineEdition.pdf](http://webh01.ua.ac.be/storme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf)
4. Правовая политика России: теория и практика. Монография / Под ред.: Малько А.В., Матузов Н.И. — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. — 752 с.
5. Малько А.В., Матузов Н.И., Шундигов К.В. Проект концепции правовой политики в Российской Федерации до 2020 г. / Под ред.: Малько А.В. — М.: Дело, 2008. — 40 с.
6. О Совете при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства: Указ Президента Российской Федерации от 05.10.1999 г. № 1338 (в ред. от 29.10.2003 г. № 1267) // Собрание законодательства РФ. — 1999. — № 41. — Ст. 4904.
7. Об обеспечении деятельности Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства: Указ Президента Российской Федерации от 29.10.2003 г. № 1267 // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2003. — № 44. — Ст. 4294.
8. О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации: Указ Президента Российской Федерации от 18.11.2008 г. № 1108.
9. Про основні засади господарської діяльності: Проект Закону України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/0/15118>
10. Про внесення змін до Цивільного кодексу України (щодо узгодження цивільних відносин з Господарським кодексом України) від 12.11.2008 р. № 3360: проект Закону України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=33657](http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=33657)



**Харитонов Євген Олегович**

*завідувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України*

## **МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ВИЗНАЧЕННЯ ТА ДОСЛІДЖЕННЯ ВІТЧИЗНЯНИХ ШКІЛ ЦИВІЛІСТИКИ**

Дослідження питань формування та розвитку вітчизняних правових шкіл (течій, напрямків тощо) становить значний інтерес, оскільки від відповідей, які на них будуть отримані, залежить встановлення тенденцій трансформацій вітчизняної правової доктрини, а відтак і концепції цивільного права України.

Варто зауважити, що до деяких із зазначених питань уже зверталися вітчизняні науковці. Однак, якщо в одних випадках йшлося про школи цивілістики [1; 2], то в інших — мовилося про особливості розвитку вітчизняної цивілістичної науки у тих чи інших регіонах України [3].

Відтак постає питання, що є «цивілістика», що таке «цивілістична школа», яким має бути співвідношення між цими поняттями, якими є критерії цивілістичної школи тощо.

Пристаючи до розгляду питань, які є предметом цього дослідження, передусім, варто визначитися щодо ключових понять, котрі тут вживаються: «цивілістика», «Київська, Львівська, Одеська, Харківська тощо цивілістика» та «цивілістична школа».

Спочатку слід визначитися стосовно терміно-поняття «цивілістика». У довідкових виданнях вона визначається як галузь юридичної науки, предметом якої є: норми цивільного права; цивільні правовідносини як юридична форма відповідних суспільних відносин, що регулюються цивільним законодавством; юридичні факти; судова, судово-господарська і адміністративна практика застосування цивільно-правових норм [4, С. 363; 5, С. 777].

На цьому підґрунті можна вважати прийнятним визначення цивілістики (науки цивільного права) як сукупності знань про правове становище приватної особи, її цивільні права, засоби реалізації та захисту останніх, об'єднані у систему понять, категорій, ідей, теорій та концепцій. При цьому предметом цивілістики («науки цивільного права») можуть бути як правові феномени, категорії, інститути, проблеми тощо, котрі розглядаються у контексті цивілістичних досліджень, так і власне «наука цивільного права» [6, С. 24-26; 7, С. 51-56; 8, С. 118-119]. Таким чином, предметом досліджень визначається не власне наука цивільного права, а феномен цивільного права, в цілому, у всіх його проявах, що вивчаються наукою цивільного права.

Отже, цивілістика, як наука про приватне (цивільне) право, є сукупністю систематизованих знань, теорій, підходів, поглядів на приватне (цивільне) право, як таке. Складовими частинами цивілістики є: 1) теоретична цивілістика (методологія цивільного права); 2) практична цивілістика («догма» цивільного права); 3) історична цивілістика; 4) порівняльна цивілістика.

Часто стосовно системи цивілістики зазначається, що вона в цілому відповідає системі цивільного права, хоча й має певні відмінності, які випливають із змісту зазначених систем (головні із них полягають у виокремленні таких елементів науки цивільного права, як вчення про правонаступництво в цивільному праві, про цивільно-правову відповідальність і загального вчення про цивільні правовідносини) [9, С. 120].

Однак, існують й більш складні концептуальні підходи у цій галузі. Зокрема, сутність підходу, фундатором якого можна вважати Г.Ф. Шершеневича [10], визначається прагненням сформулювати уяву про предмет та розвиток науки цивільного права за допомогою характеристики особистостей знаних цивілістів у контексті опису їхніх основних праць [11, С. 47-48] або характеристики праць цивілістів у контексті життєпису їхніх авторів [12, С. 102-120]. Він може бути названим «персоналістським» або «персоналістсько-бібліографічним» підходом.

Разом із тим, для деяких наукових розвідок характерним є прагнення дослідників проаналізувати визначальні напрямки досліджень та здобутки окремих цивілістів у контексті наукового доробку тих чи інших осередків цивілістичної науки тощо [13, С. 107-123; 14, С. 44-64; 2]. Такий підхід можна назвати «класифікаційним» або ж «персоналістсько-класифікаційним». Якщо виразний акцент робиться на визначенні особливостей розвитку цивілістики у певній країні, регіоні, місті тощо, то зазначений підхід стає «територіальним» або може бути «територіально-персоналістським».

Третій підхід полягає у акцентуванні уваги на виокремленні та висвітленні основних періодів або етапів розвитку цивілістики взагалі, цивілістики окремої країни, регіону тощо. Його можна назвати «хронологічним» підходом. Найчастіше він застосовується для характеристики цивілістики певної країни, що дозволяє показати динаміку розвитку в ній цивілістичної думки [15, С. 25-28].

Узагальнюючи викладене, можна зробити висновок, що в сучасній вітчизняній цивілістиці розвиток науки цивільного права досліджується за допомогою, головним чином, таких підходів як: 1) «персоналістський» або ж «персоналістсько-бібліографічний»; 2) «персоналістсько-класифікаційний»; 3) «хронологічний»; 4) «територіальний» або ж «територіально-персоналістський».

Кожен із згаданих вище підходів має свої переваги й недоліки, внаслідок чого, очевидно, доцільно застосовувати їх із врахуванням мети конкретного дослідження, завдань, які постають перед дослідником. Разом із тим, у випадках необхідності всебічного комплексного дослідження наукових здобутків у галузі цивільного права доцільним є застосування синкретичного підходу, котрий дозволяє у підсумку отримати «об'ємне» уявлення про цивілістику як цілісне явище.

Практичним висновком із викладеного вище є те, що цілком коректно вести мову про цивілістику окремого регіону чи міста, де були чи є видатні науковці і /або осередки наукових досліджень у цій галузі. Звісно термін «Київська», «Львівська», «Одеська», «Харківська» тощо цивілістика певною мірою є умовним, оскільки стосується у більшості випадків не лише науковців, які працюють у певному місті — науковому центрі, але й у тих містах, наукових чи навчальних установах, котрі входять до ареалу впливу цього центру. Крім того, постає питання, чи можна вважати представниками того чи іншого центру цивілістичної думки, науковців, як вчилися у ньому, закінчили вищий навчальний заклад або аспірантуру, починали чи завершували тут кар'єру, працювали лише певний час тощо. Іншими словами, виникає необхідність встановити значення терміну «школа цивілістики» та підстави і обсяг його використання при дослідженні здобутків науки цивільного права у певному регіоні.

Пристаючи до розгляду цього питання, варто зазначити, що поняття «наукова школа» було предметом досить активних досліджень науковців. Протягом останнього десятиліття наукознавчі категорії «школа», «напрямок», «концепція» та «течія» в юридичній науці неодноразово привертала увагу й вітчизняних правознавців, якими були запропоновані різноманітні підходи до

розуміння сутності зазначених понять, а також критерії для розмежування останніх. [16, С. 15-20] Зокрема, здається конструктивним висновок стосовно того, що «школа» є поняття галузеве, історичне, умовне, багатозначне, внаслідок чого універсальне визначення поняття «наукова школа» неможливе. Похідним від такого висновку є твердження про доцільність для юридичної науки ставлення до школи як, насамперед, до напрямку досліджень [16, С. 17-18].

До цього слід додати, що в наукознавчій літературі були пропозиції розрізнити поняття «течія» (аморфні групи науковців, які об'єднані самими загальними методологічними принципами) та «напрямом» (компактні групи вчених, пов'язаних методологічними принципами, спільною тематикою і проблематикою робіт). При цьому «школа» визначається як вузька група вчених, що тяжіють до методичних прийомів наукового лідера або університету (К. В. Гутнова). Критики такого підходу дорікали його прихильників за «розмитість» критеріїв розмежування понять «школи» та «напрямку», але підтримали запропонований К. В. Гутновою підхід до тріади: течія-напрямок-школа, згідно якому кожна наступна складова згаданої тріади є вужчою за передню [16, С. 18].

Не виключаючи можливість розгляду такої (або аналогічної за змістом) тріади понять, маю все ж зазначити, що її використання у запропонованому вигляді потребує визначності стосовно сутності та обсягу, а також сумісності терміно-понять «напрямок» та «школа». Попри згадувану вище критику недостатньої чіткості критеріїв розмежування понять «школи» та «напрямку», думаю, що існує достатньо чітка ознака, яка дозволяє провести їх розмежування. Такою ознакою є врахування суб'єктивного чинника — наявності наукового лідера, тобто особи, яка об'єднала окремі особистості у більш чи менш чітко виражене об'єднання дослідників (однодумців), які займаються дослідженням певної проблематики, послуговуючись при цьому спеціально обраними методологічними засадами проведення наукових розвідок.

Саме за цим критерієм можна провести розмежування понять «напрямок» і «школа», оскільки для виокремлення першого достатньо встановлення спеціальної галузі та проблематики досліджень, які проводяться групою науковців тощо (на мою думку, вимога використання цією групою науковців методологічних принципів, про яку згадується в деяких публікаціях, не є обов'язковою), тоді як «школа» без наукового провідника (чи провідників), як правило, існувати не може. Вірніше, не можна вести мову про «школу цивільного права» у точному, вузькому значенні цього поняття, хоча припустимо вживання такого терміну з метою підкреслити досягнення науковців певного регіону, наукового центру тощо. У таких випадках на перший план виступає не особа лідера, не його особистість, а наявність сукупності особистостей науковців, що ведуть дослідження у певній галузі юридичної науки.

Таким чином згадувані вище критичні зауваження не перешкоджають встановленню ознак наукової юридичної школи та дефініції останньої, тим більше, стосовно певної галузі права, як науки (у тому числі, щодо цивільного права)..

Із врахуванням викладеного вище терміно-поняття «цивілістична школа» може розцінюватися та бути охарактеризованим у подвійному значенні: широкому та вузькому.

У широкому сенсі «цивілістичну школу» можна визначити як сукупність наукового потенціалу (правознавців, особистостей) у галузі цивілістики, що реалізується шляхом отримання наукових результатів на певних, властивих саме цій сукупності засадах, які відрізняють її від інших аналогічних шкіл. Ознаками



«цивілістичної школи» у широкому сенсі цього поняття є: 1) наявність сукупного наукового потенціалу; 2) прагнення отримання наукових результатів шляхом проведення досліджень на певних, властивих саме цій сукупності засадах, які відрізняють її від інших аналогічних шкіл.

При такому підході критерії об'єднання науковців в одну цивілістичну школу можуть бути різноманітними: країна, місцевість, місто, вищий навчальний (науково-дослідний) заклад, особистість керівника, особисті взаємини (симпатії чи антипатії) тощо. Аналіз діяльності цивілістичної школи у такому випадку може провадитися з наступною деталізацією її діяльності за допомогою «персоналістського» чи «хронологічного» підходів.

Однак, можливим є і дослідження особливостей «цивілістичної школи», взятої у її вузькому значенні — як сукупності наукового потенціалу формалізованої чи ситуативно утвореної групи правознавців (особистостей) у галузі цивілістики, котра на методологічних засадах, запропонованих формальним або реальним лідером цієї групи, реалізується шляхом дослідження проблем у певному розділі цивільного права (при цьому може йтися про дослідження якихось певних проблем або навіть однієї проблеми, яка має істотне значення).

Ознаками поняття «цивілістичної школи» у вузькому сенсі є: 1) наявність наукового «цивілістичного» потенціалу; 2) визначеність предмету та напрямку дослідження, обмеження їх; 3) проведення досліджень на певних методологічних засадах, які відрізняють її від прийомів наукових розвідок, що проводяться іншими дослідниками у цій галузі; 4) наявності наукового лідера, який визначає напрямки дослідження, його проблематику, засади обрання методології наукових розвідок і, врешті, об'єднує зусилля окремих особистостей — науковців, котрі ведуть дослідження.

Із врахуванням викладених міркувань, звертаючись до питань про сутність понять «Київська», «Львівська», «Одеська», «Харківська» тощо школи цивілістики та особливості їхнього формування і розмежування, думаю, слід характеризувати особистості науковців-цивілістів, напрямки (проблематику) їхніх наукових пошуків, особливості методології досліджень (тяжіння до певного наукового стилю, що забезпечує єдність методологічного підґрунтя досліджень — створення «методологічного імперативу»[17, С. 40-45; 18, С. 9-14]), особистість лідера наукової цивілістичної школи. Врахування цих обставин дає можливість встановити і наявність окремих шкіл в тому чи іншому регіоні, і відмінності напрямків і характеру наукових досліджень, які ним проводяться.

### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Київська школа цивілістики / До 175-річчя Київського національного університету імені Тараса Шевченка. 1834-2009 / За ред. члена-кореспондента АПрН України Р. А. Майданника. — К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. — 334 с.

2. Страницы Харьковской цивилистики: В 3 ч. / Сост. Бервено С.Н., Венедиктова И.В., Греков Е.А. и др.; Под общ. ред. И.В. Венедиктовой и С.Н. Бервено. — Х.: ХНУ имени В. Н. Каразина, 2010. — Ч. 3: Доктора Харьковской юридической школы. — 360 с.

3. Страницы Харьковской цивилистики: В 3 ч. Ч.1: История развития кафедры гражданско-правовых дисциплин ХНУ имени В.Н. Каразина; Ч.2: Лучшие работы кафедры гражданско-правовых дисциплин за 2009/2010 учебный год / Под общ. ред. И. В. Венедиктовой и С.Н. Бервено. — Х.: ХНУ имени В.Н. Каразина, 2010. — 216 с.

4. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: Укр. енцикл. — Т. 6. — 2004. — 768 с.
5. Новий тлумачний словник української мови. У чотирьох томах. / Укладачі В. Яременко, О. Сліпушко. — К.: Аконіт, 1998. — Т. 4. — 941 с.
6. Вільнянський С. І. Радянське цивільне право. Частина перша. Учебний посібник. — Харків: Вид-во Харківського ун-ту, 1966.— 320 с.
7. Гражданское право Украины. В двух частях. — Ч. 1. / Под ред. А.А. Пушкина, В. М. Самойленко, — Х.: Ун-т внутр. дел; «Основа», 1996. — 440 с.
8. Цивільне право України: Курс лекцій: У 6-ти томах. Вид. 2-е, виправ. та доп. / Р. Б. Шишка (кер.авт.кол.), О. Л. Зайцев, Є. О. Мічурін та ін. / [За ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора]. — Харків: Еспада, 2008.— Том 1. — 680 с..
9. Цивільне право України. Підручник. У 2-х книгах. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін. / хЗа ред.. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової]. — К.: Юрінком Інтер, 1999.— Кн. 1]. — 523 с.
10. Шершеневич Г. Ф. Наука гражданского права в России. — М.: Статут, 2003. — 250 с.
11. Цивільне право України: Загальна частина: підручник / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. — 3-тє вид., перероб. і доп. — К.: Юрінком Інтер, 2010.— 976 с.
12. Ромовська З. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс. Підручник. — К.: Атіка, 2005. — 560 с.
13. Підопригора О. Цивілістична наука в Київському університеті ім. Тараса Шевченка // Вісник Академії правових наук України. — 1999.— № 2 (17). — С. 107–123.
14. Харитонов Є. О. Школа рецепції римського права в Одеській національній юридичній академії // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — Том 1. — Одеса, 2002. — С. 44-64;
15. Цивільне право України: Навч. посібник / Ю. В. Білоусов, С. В. Лозинська, С. Д. Русу та ін. / За ред. Р. О. Стефанчука. — К.: Наукова думка; Прецедент, 2004.— 448 с.
16. Бондарук Т. І. Наукознавчі категорії «школа», «напрямок», «концепція», «течія» в юридичній науці // Часопис Київського університету права. — 2010. — № 4. — С. 15-20.
17. Харитонов Є. О. Методологічний імператив дослідження актів кодифікації у галузі приватного права // Методологія приватного права: Зб. наукових праць (за матеріалами наук.-теорет. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.).— К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 40–45.
18. Харитонов Є. О. Методологічний імператив досліджень феномену рецепції у галузі приватного права // Актуальні проблеми держави і права. Збірник наукових праць. Вип. 43. / Редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; Відп. за вип.. Ю.М. Оборотов. — Одеса: Юридична література, 2008. — С. 9-14.



**Галянтич Микола Костянтинович**

*заступник директора з наукової роботи Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва НАПрН України, доктор юридичних наук, доцент*

## **ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА З ЖИТЛОВИМ ПРАВОМ**

Слід констатувати, що чинне житлове законодавство не відповідає змінам, що відбулися за час незалежності в економіці країни й потребує негайного приведення його у відповідність із системою ринкової економіки. Розвиток житлового права, перш за все, вимагає оновлення житлового законодавства шляхом прийняття нового Житлового кодексу, проект якого розроблений і прийнятий Верховною Радою в першому читанні. Такий нормативний документ вкрай необхідний, оскільки відносини, пов'язані з користуванням жилими приміщеннями (договір оренди, найму житла), правом власності на житло регулюються значною кількістю нормативних актів, у тому числі підзаконних, що ускладнює правове регулювання цих питань.

Житлове законодавство є комплексною галуззю законодавства, що включає норми адміністративного, цивільного, господарського, кримінального, фінансового права. Між ними існує тісний об'єктивний зв'язок. Окрему групу норм складають норми які регулюють відносини по захисту житлових прав, при чому відносини, що виникають до моменту отримання житла державного житлового фонду регулюються адміністративно-правовими засобами на підставі адміністративних норм, а ті, що виникають на стадії використання житла, регулюються здебільше нормами цивільного права.

Таким чином, хоч житлове законодавство регулює однорідні суспільні відносини які служать задоволенню житлових потреб громадян (житлові відносини), але з точки зору критеріїв побудови системи права, вони відносяться до різних галузей права (конституційного, адміністративного, цивільного, господарського, кримінального, фінансового права, а також цивільно-, кримінально-, господарсько-, адміністративно — процесуального права).

Традиційно житлові правовідносини становили переважно предмет спеціального житлового законодавства, яке передбачало застосування цивільного законодавства в прямо визначених випадках. Закріплення ЦК України норм прямої дії в сфері регулювання житлових правовідносин свідчить про істотну зміну доктринальних і нормотворчих підходів у розумінні поняття і місця категорій «житло» в системі цивільно-правових конструкцій.

Додаткова актуальність цих питань обумовлена одночасним існуванням новітнього і застарілого законодавства, внаслідок чого допускається використання конфліктуючих правових понять і категорій. Зокрема, поряд із терміном «житло», в чинному житловому законодавстві за традицією використовується більш широка за змістом і комплексна за характером категорія «житлове приміщення». В останньому випадку йдеться про правову конструкцію, яка ґрунтується на понятті житлового права як окремого правового утворення у вигляді інституту, підгалузі чи навіть окремої, комплексної галузі права.

У цьому зв'язку привертає увагу позиція щодо визнання житла інститутом житлового права як міжгалузевого комплексу законодавства і правових норм, що регулюють відносини, пов'язані із задоволенням потреб людини в житлі. При

цьому йдеться саме про комплексну галузь житлового законодавства, а не галузь житлового права.

На сьогодні ідея щодо визнання житлового права галуззю права не відповідає сучасному стану доктрини права та реально існуючим відносинам в умовах формування традицій приватно-правового режиму житла в соціально орієнтованому суспільстві ринкової економіки.

У цьому контексті заслуговує позиція О. П. Сергеева, який слушно звертає увагу на різноманітність і неоднорідність житлових відносин, до числа яких входять як відносини, засновані на рівності їх учасників (наприклад, з володіння та користування за моделлю «влада-підпорядкування»), так і відносини, побудовані за моделлю «влада-підпорядкування» (наприклад, відносини з обліку житлового фонду та контролю за його використанням та схоронністю). Об'єднує ці відносини те, що всі вони так чи інакше пов'язані із задоволенням потреби громадян у житлі, тобто мають предметну єдність» [1, С. 3-4].

У зв'язку з цим житлове право має розглядатися як сукупність правових норм, що регулюють цивільно-правові та адміністративно-правові відносини, пов'язані із здійсненням об'єктивного та суб'єктивного права на житло. Цивільно-правовими житловими відносинами традиційно визнаються відносини щодо користування житлом та відносини, що виникають у зв'язку з будівництвом і набуттям у власність житлового будинку або його частини.

У зв'язку з цим важко погодитися з об'єднаною в літературі пропозицією про виведення за межі предмету житлового права відносини у зв'язку з будівництвом і набуттям у власність житлового будинку або його частини, оскільки в житлових відносинах «стрижневими відносинами є відносини щодо користування житлом» і тому, що «в проекті ЖК України містяться лише бланкетні норми, присвячені питанням будівництва і набуття у власність житлового будинку або його частини» (Л. Лічман).

На нашу думку, характер правовідносин має визначатися властивостями блага (тобто, житла), яке є об'єктом цивільних прав. Тому більш логічно визнавати житловими відносини не лише в частині його використання, а в цілому з приводу житла, у том числі з питань його будівництва та відчуження.

Відсутність у проекті ЖК норм щодо норм прямої дії з питань будівництва пояснюється лише дією принципу юридичної економії юридичної техніки і звичайної розумності в нормотворчості, оскільки було б абсурдним перетворювати комплексний кодифікаційний акт в зібрання житлового законодавства.

Отже, предмет житлового права мають становити житлові відносини, тобто відносини щодо підстав, умов та порядку укладання договорів з придбання, використання і розпорядження житлом, а також відносини, спрямовані на забезпечення належного користування житлом, тобто з експлуатації, забезпечення схоронності і ремонту житлового фонду.

Наведене свідчить, що основу житлового права як комплексної галузі законодавства становлять норми цивільного права, однак воно також тісно співвідноситься з конституційним, адміністративним і фінансовим правом. Так, конституційні норми закріплюють право на житло та основні конституційні засади житлових прав громадян; норми цивільного права регулюють відносини, пов'язані із реалізацією громадянином своїх прав на житло як об'єкт майнових прав (продаж, міна, оренда тощо).

Отже, для реалізації передбаченого Конституцією України права на житло громадянину необхідно вступати в суспільні відносини, які регулюються різними

галузями права, — конституційним, цивільним, адміністративним, фінансовим тощо.

Зміст права на житло як елемента конституційного правового відношення полягає переважно в тому, що громадянин, який має потребу в житлі, має право на забезпечення ним в порядку, передбаченому чинним законодавством. В цьому випадку задовольняється публічний інтерес громадян за допомогою механізму з надання житла з боку держави, зокрема, в рамках процедури надання соціального житла для громадян, які мають потребу в житлі, але не можуть задовольнити житлову потребу на ринку житла [1, С. 3-4]. При зносі житлового будинку, у зв'язку з вилученням земельної ділянки також виникають переважно публічні житлові правовідносини, позаяк останні ґрунтуються на методі субординації, виникають поза волі їх учасників, в яких держава реалізує свою публічну компетенцію.

Поряд із конституційними, іншими публічно-правовими гарантіями право на житло забезпечується цивільно-правовими нормами, які регулюють житлові правовідносини. Зокрема, найбільш концентроване вираження юридичних гарантій права власності фізичної особи на житло міститься в нормах глави 28 ЦК України «Право власності на житло». Положення цієї глави ЦК містять поняття і види житла як об'єкта права власності; права власника житлового будинку, квартири, права житлово-будівельного (житлового) кооперативу та їх членів на квартиру в будинку кооперативу; цілі, підстави створення і правовий статус об'єднань власників житлових будинків, квартир.

Отже, житлове право є комплексним утворенням законодавства, цивільно-правові та адміністративно-правові складові якого здатні ефективно регулювати комплекс відносин з набуття і здійснення права фізичної особи та громадянина на житло.

Житлове право не може бути визнане галуззю права, різногалузеві норми якої не втрачають своєї галузевої приналежності і залишаються нормами відповідної галузі права (цивільного, адміністративного, інших галузей права).

У будь-якій галузі права важливе місце належить засобам правового регулювання. Метод це засіб, за допомогою якого право впливає на суспільні відносини, встановлюються права і обов'язки, правові засади впливу у випадку порушення наданих прав і обов'язків.

Однією з особливостей сучасного періоду є зменшення державного житлового фонду, збільшення питомої ваги приватного, тому регулювання відносин в приватному житловому фонді, вимагають цивілістичних засобів правового регулювання. У той же час у системі норм житлового законодавства значну частину залишають займати норми управлінського характеру, що визначають порядок управління житловим фондом. Це стосується норм перш за все повноважень місцевих Рад здійснювати державний контроль за використанням і схоронністю житлового фонду незалежно від його виду.

Специфічні риси житлового права, що відображають його призначення в житті та розвитку суспільства. Соціальна функція житлового законодавства направлена на те, що державна економічна політика формувалася у необхідному для суспільства напрямі, а саме створення умов для реалізації права громадян на житло, розширення житлового будівництва, поліпшення утримання та схоронності житлового фонду.

Слід зазначити, що житловому праву в цілому притаманний диспозитивний метод правового регулювання в органічному поєднанні з імперативними елементами. Приватні житлові відносини виникають між рівними особами, а

публічні відносини виникають тільки в частині, то між публічними органами і приватними особами. С. С. Алексеев зазначає, що «особливість кожної галузі — наявність особливого юридичного режиму (методу регулювання), який характеризує яким способом через дозвіл, заборону, зобов'язання здійснюється юридичне регулювання» [2, С. 45]. Суспільні житлові відносини визначаються предметом правового регулювання, то метод правового регулювання є похідним критерієм. В житловому праві застосовуються різні методи правового регулювання. Публічні і приватні інтереси певних випадках дістають прояв у житловому праві. Хоча за запропонованим С.С.Алексеевим критерієм житлове право можна віднести до спеціальних галузей права поряд із такими як трудове, земельне, фінансове, сімейне, кримінально-виконавче, водне, повітряне право.

Як зазначав С. С. Алексеев, виділяючи галузі права на три основні: 1) профільюючі; 2) спеціальні; 3) комплексні. При цьому до спеціальних галузей відноситься трудове право, земельне право, фінансове право, право соціального забезпечення, сімейне право, кримінально-виконавче право. Загальне значення мають публічне право і приватне право. До приватного відносяться цивільне і сімейне право [2, С. 46].

Оскільки однією з основних умов життєдіяльності людей є житло, завдяки якому вони можуть забезпечити своє природне існування, за допомогою житла задовольняти необхідні матеріальні та моральні потреби, це дозволяє предметом регулювання житлового права визначити сукупність однорідність суспільних відносин, спрямованих на житло, яке служить для задоволення потреб громадян.

Позитивне право розмежовує поняття права власності в об'єктивному і суб'єктивному змісті. Так, правом власності в об'єктивному розумінні є сукупність норм, які регулюють суспільні відносини щодо порядку набуття права власності, його здійснення через правомочності щодо володіння, користування, розпорядження, припинення і захисту [3, С. 3].

Не можна погодитись з М. М. Смирновим, який житлове право визначає як комплексну галузь права, оскільки воно використовує методи правового регулювання залучені із інших галузей права [3, С. 3]. Для цієї аргументації наводить тільки два методи: цивільно-правовий і адміністративно-правовий методи.

В юридичній літературі, присвяченій аналізу норм житлового законодавства, можна зустріти позиції про те, що житлове законодавство — це або підгалузь цивільного законодавства, або самостійна підгалузь сучасного законодавства, або комплексна галузь, що поєднує норми декілька галузей законодавства. Останнє відповідає сучасному стану законодавства та правозастосовчої практики, як вважає П. В. Крашениников [4, С. 12], оскільки при регулюванні житлових відносин використовуються різні методи правового регулювання.

З цим можна не погодитися хоча, що не всі норми, що містить Цивільний кодекс України є приватно-правовими, в Житловому кодексі мають місце поєднання норм приватного і публічного характеру, проте мова може йти не про змішаний характер норм направлених на забезпечення досягнення поставленої мети, а про їх додатковий вплив.

З точки зору науки цивільного права в об'єктивному розумінні житлове право розглядається: 1) як підгалузь інститут цивільного права [5, С. 275]; 2) як комплексна галузь інститут [6, С. 304-305]. Остання точка зору заслуговує на увагу, оскільки норми про право власності містяться як у цивільному, земельному, сімейному праві так і житловому.

Юридичний зміст житлового правовідношення, що виникло становить комплекс суб'єктивні права і обов'язки, тому що належать конкретним учасникам житлових правовідносин і тим відрізняються від наявності суб'єктивних житлових прав і обов'язків закріплених позитивним правом. Суб'єктивні житлові права і обов'язки мають бути взаємообумовлені один іншим, оскільки не можуть існувати коли є тільки право і навпаки.

Виходячи з положень ст. 47 Конституції України формами реалізації права на житло є: будівництво; придбання житла у власність; оренда житла; надання оплатно чи безоплатно житла державою; надання житла оплатно чи безоплатно органами місцевого самоврядування. В той же час аналіз конституційних норм, що знайшли своє відображення в законодавстві, доводить, що право на житло і в цих межах може бути реалізовано різними способами.

Можна зробити висновок, що житлове право не поглинається цивільним правом, вони як частини єдиного цілого. Але житлове право відмежовується за суттю та змістом правовідносин, що регулюються за нормами, за метою, за правовою природою тощо. Тому нині вдосконалення цивільного права полягає не у врегулюванні якнайширшого кола майнових та особистих немайнових відносин у житловій сфері, а в прийнятті нового Житлового кодексу із встановленням пріоритету спеціальних правових норм над загальними, який повинен регулювати коло відносин, що виникають у житловій сфері. Цивільний та Житловий кодекси повинні співвідноситись не як різні, як це зокрема Цивільний та Господарський, а органічно доповнювати один одного, як це вирішено у Цивільному та Сімейному кодексах України.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Сергеев А. П. Жилищное право: учеб. — М.: КНОРУС, 2006. — 160 с.
2. Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. — М.: Статут. — 1999. — 712 с.
3. Смирнов М. М. Жилищное право Российской Федерации. — М.: Изд-во ПРИОР, 1999. — 144 с.
4. Крашенинников П. В. Российское жилищное законодательство. — М.: Норма, 1996. — 269 с.
5. Цивільне право України Підручник: У 2-х кн. / О. В. Дзера (керівник авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; [за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової]. — К.: Юрінком Інтер, 2002. Кн. 1 — 720 с.
6. Цивільне право України: підручник в 2 т. / [за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Списибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — 480 с.



**Борисова Валентина Іванівна**

*завідуюча кафедрою цивільного права № 1 національного університету  
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», кандидат юридичних  
наук, професор*

## **ЧИННИКИ, ЩО ХАРАКТЕРИЗУЮТЬ ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ЯК ГАЛУЗЬ ПРИВАТНОГО ПРАВА**

1. В доктрині цивільного права усталеним вважається підхід, відповідно до якого для позитивного рішення проблеми поділу галузей права усередині єдиної системи права, слід виділити фактори, які й будуть характеризувати ту чи іншу галузь права. Складовою чинників, які характеризують цивільне право України як галузь приватного права, є предмет, метод правового регулювання, властиві йому функції та принципи.

2. Предмет цивільно-правового регулювання складають дві групи відносин: особисті немайнові та майнові, які об'єднує те, що вони засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників (ст. ст. 1 та 2 ЦК). Таким чином, під час останньої кодифікації законодавець відійшов від традиційного бачення структури відносин, що складають предмет цивільно-правового регулювання, оскільки, по-перше, на перше місце поставлені не майнові, а особисті немайнові відносини; по-друге, останні не поділено на групи; по-третє, введено конститутивну ознаку цивільних відносин — юридична рівність, вільне волевиявлення та майнова самостійність їх учасників; по-четверте — імперативно окреслено коло учасників цих відносин.

Те, що ЦК не поділив особисті немайнові відносини на групи, на перший погляд свідчить про те, що покладено край дискусії, яка панувала у науковій літературі щодо необхідності і доцільності цього. Однак і на сьогодні питання відносно того, чи повинні предмет цивільно-правового регулювання складати усі без виключення особисті немайнові відносини, залишається дискусійним. Вважаємо, що, вирішуючи цю проблему, слід виходити з наступного. Регулятивна функція цивільного права стосовно особистих немайнових прав проявляється в формі юридичного визнання належних кожній фізичній особі невідчужуваних немайнових благ і свободи визначати свою поведінку в індивідуальній життєдіяльності за своїм розсудом, виключаючи втручання з боку інших осіб, крім випадків, прямо передбачених законом. Причому такий підхід застосовується не тільки до особистих немайнових прав фізичних осіб, а й до особистих немайнових прав юридичних осіб (права на найменування (комерційне, фірмове), на торговельну марку, на ділову репутацію тощо).

До характерних ознак особистих немайнових прав можна віднести те, що вони є складовою змісту цивільної правоздатності фізичної та юридичної особи. Зокрема, усі фізичні особи є рівними в здатності мати цивільні права і кожна фізична особа має усі особисті немайнові права, встановлені Конституцією та ЦК (частини 1 та 2 ст. 26) незалежно від того, чи то є особисті немайнові права, призначені забезпечити їх природне існування, чи то права, що забезпечують їх соціальне буття. Разом із тим у випадках, встановлених законом, здатність мати особисті немайнові права пов'язується з досягненням фізичною особою відповідного віку. Юридична особа здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки, як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині (ч. 1 ст. 91 ЦК).



Особисті немайнові права мають особливість виникати та припинятися. Так, особисте немайнове право виникає, як правило, з народженням фізичної особи й існує довічно, але може виникати і за законом і теж існує довічно. Право на найменування (комерційне, фірмове) виникає у юридичної особи з моменту її утворення й існує, як правило, до моменту припинення її діяльності.

Особисті немайнові права безпосередньо пов'язані з особистістю фізичної особи і, як наслідок, не можуть відчужуватися ні в добровільному порядку, ні примусово, а фізична особа позбавлена права відмовитися від них за винятком випадків, передбачених законом. Ці права позбавлені матеріального характеру.

Однак, хоча ЦК в предметі правого регулювання на перше місце і ставить особисті немайнові відносини, основну вагу в ньому все ж таки становлять майнові відносини. Майнові відносини, які регулюються цивільним правом, — це конкретні властиві товарному виробництву, об'єктивні за своїм змістом і вольові за своєю формою відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників.

Звертає на себе увагу той факт, що останнім часом в науковій літературі поживавилася дискусія щодо того, чи охоплюються предметом цивільно-правового регулювання корпоративні відносини, і чи вписуються вони в існуючу систему майнових відносин — речових (абсолютних) та зобов'язальних (відносних)? Вважаємо, що цивільне право дійсно регулює відносини, які навряд чи беззастережно можна віднести до майнових у традиційному розумінні цього слова. В більшості своїй це стосується корпоративних відносин, хоча це ж можна сказати, наприклад, і про відносини, що виникають на підставі попереднього договору (ст. 635 ЦК). Головна функція цих відносин — обслуговування інших цивільних правовідносин — немайнових та майнових. Корпоративні відносини — змішані майново-організаційні відносини, в яких організаційні елементи спрямовані на обслуговування як речових, так і зобов'язальних відносин.

3. Ми приєднуємося до думки тих правників, які вважають, що метод галузі права — це сукупність прийомів, які створюють спосіб її впливу на поведінку людей. Якщо публічним галузям права притаманний імперативний (централізований) метод регулювання, котрий характеризується такими ознаками, як примус, жорстка ієрархічність суб'єктів відносин, законодавче визначення поведінки і компетенції цих суб'єктів, їхніх владних повноважень, відсутність орієнтації на вирішення спірних питань у судовому порядку, то для приватних галузей права він не може бути застосований. З огляду на конститутивну ознаку цивільних відносин, їх учасники можуть діяти на власний розсуд, зокрема, мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, що не врегульовані цими актами; відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, на свій розсуд вирішити питання про засоби та час реалізації своїх прав. Існує судовий порядок захисту особистих немайнових і майнових прав та інтересів приватної особи. Все це досить яскраво проглядається крізь призму майже всіх підгалузей та інститутів ЦК. Саме тому для врегулювання цивільних відносин оптимальним є диспозитивний метод..

4. Функції цивільного права як певні напрями цивільно-правового впливу на особисті немайнові та майнові відносини мають багатогранний характер і полягають: у правозабезпеченні, упорядкованості звичайних, без будь-яких порушень особистих немайнових та майнових відносин; у правозабезпеченні захисту особистих немайнових і майнових прав та інтересів у разі порушення останніх чи посягання на них; у правозабезпеченні відновлення порушених

правовідносин; в правозабезпеченні ліквідації негативних наслідків правопорушень або інших дій, пов'язаних з виникненням у кредитора певних майнових чи особистих немайнових втрат тощо.

Різновидами функцій цивільного права, є: регулятивна, охоронна, компенсаційна та превентивна, хоча в літературі виділяються такі функції як символічна, виховна, інформаційна, прогностична, дистрибутивна (розподільча) тощо.

5. Відомо, що принципи визначають зміст норм цивільного права, його місце, роль і призначення в системі права, а звідси мають важливе значення для побудови нормативної основи цивільного права та її застосування. В ЦК закладено саме такий підхід, бо хоча ст. 3 в ньому присвячена загальним засадам цивільного законодавства, більшість правників їх виважено ототожнюють саме з принципами цивільного права. Безумовно, ця стаття не може і не повинна містити вичерпного переліку принципів цивільного права, оскільки усталеним є підхід відповідно до якого принципи будь-якої галузі права ми повинні виявити в самих нормах, які складають в сукупності дану галузь; якщо ж там принципи прямо не сформульовані, вони повинні бути виявлені, виходячи із загального змісту норм. Зокрема, становлення незалежної та суверенної України як правової держави, що зорієнтована на принципи життя громадянського суспільства, демократичні перетворення в суспільстві, формування ринкової економіки, зумовили, перш за все, створення принципу служіння держави громадянському суспільству. Так, відповідно до ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

До конститутивних (основних) принципів цивільного права слід віднести:

– принцип юридичної рівності, вільного волевиявлення, майнової самостійності учасників цивільних відносин, який означає таке становище учасників, де воля одного з них не залежить від волі іншого, який не може йому наказувати, бо сам учасник, будь то фізична чи юридична особа, самостійний у прийнятті тих чи інших рішень. Безумовно, цей принцип не є абсолютним, бо деякі винятки рівності все ж таки можуть бути, але це відбувається лише у випадках, передбачених законом;

– принцип неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини. Норми цивільного права як приватного права завжди спрямовані на забезпечення приватних інтересів учасників цивільних відносин. З огляду на це ніхто, за винятком випадків, передбачених актами цивільного законодавства, не може свавільно втручатися в приватні справи, будь то фізична чи юридична особа, зокрема, охороняється таємниця особистого життя (ст. 301 ЦК), кореспонденції (ст. 308 ЦК), стану здоров'я (ст. 286 ЦК) тощо. Неприпустимість свавільного втручання в приватні справи означає заборону не тільки для публічних утворень, а й навіть для батьків, наприклад, впливати на дієздатну особу стосовно розпорядження нею своїми доходами, заробітком тощо;

– принцип свободи власності (неприпустимості позбавлення права власності). Цей принцип проявляється в тому, що власникові належать права володіння, користування та розпорядження своїм майном, які він здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб. Усім власникам забезпечуються рівні умови здійснення своїх прав, а держава не

втручається в їх здійснення. Ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності чи обмежений у його здійсненні (ст. ст. 316, 317, 319, ч. 1 ст. 321 ЦК). Тим часом можливості власника, безумовно, мають певні межі, чітко визначені законом. Так, власник не може використовувати право власності на шкоду правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію та природні якості землі (ч. 5 ст. 319 ЦК); власник повинен вживати заходів щодо збереження пам'яток історії та культури, інакше він може бути позбавлений цієї власності шляхом викупу з боку держави (ст. 352 ЦК) тощо. Але всі ці заборони та обмеження, як вірно зазначається в науковій літературі, застосовуються лише як заходи захисту публічних інтересів;

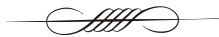
– принцип свободи договору можна визначити як передбачену законом одну з основних засад цивільного права, що встановлює для суб'єктів договірних відносин свободу вибору контрагентів, свободу укладення договору певного виду, свободу визначення умов договору з урахуванням вимог актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості (ст. 626 ЦК). Причому свобода договору проявляється навіть в тому, що сторони можуть укладати не тільки договори, що передбачені актами цивільного законодавства, а й договори, в яких містяться елементи різних договорів (змішані договори) (ч. 2 ст. 628 ЦК). Тим часом закон може обмежувати свободу договору для захисту більш слабкої сторони або для захисту публічних інтересів. Так, підприємець під страхом спонуки його до укладення договору в судовому порядку не має права відмовитися від укладення публічного договору за наявності у нього можливості надання споживачеві відповідних товарів (робіт, послуг); актами цивільного законодавства можуть бути встановлені правила, обов'язкові для сторін при укладенні і виконанні публічного договору тощо;

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

– принцип судового захисту цивільного права та інтересу. Відповідно до ст. 15 ЦК кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання, а також захист інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства. Відомо, що захищеність — необхідна складова права. Захист цивільних прав має свої особливості, до яких слід віднести: абсолютний характер захисту, бо кожна особа може звертатися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу (ст. 15 ЦК); можливість самій особі вирішувати питання стосовно захисту свого права, бо звернення за захистом — це її право, а не обов'язок; наявність спеціальних органів захисту, до яких належать не тільки судові органи (ст. 16 ЦК), а також Президент України, органи державної влади, органи влади

Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування (ст. 17 ЦК), нотаріус (ст. 18 ЦК); можливість до самозахисту, тобто застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства (ст. 19 ЦК); універсальність способів захисту, що повною мірою відповідає абсолютному характеру захисту і виражається в тому, що будь-який з способів захисту може бути застосований незалежно від того, передбачений він чи ні законодавством (або договором) відносно певного правопорушення. До універсальних способів захисту слід віднести: визнання права, припинення дії, яка порушує право; відновлення становища, яке існувало до порушення; відшкодування збитків тощо (ч. 2 ст. 16, ст. 22 ЦК). Тим часом існують і такі способи захисту прав та інтересів, наприклад, завдаток (ст. 570-571 ЦК), відшкодування моральної шкоди (ст. 23 ЦК), які застосовуються лише у випадках, передбачених законом. Перелік способів захисту не є вичерпним і суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом (ч. 2 ст. 16 ЦК);

– принцип справедливості, добросовісності та розумності. ЦК не сформулював цей принцип, але аналіз змісту його положень, зокрема ч. 5 ст. 12, ст. 13, ч. 3 ст. 23, тощо, дає змогу стверджувати, що за допомогою таких категорій, як добросовісність, розумність, справедливість, закон встановлює межі здійснення цивільних прав осіб, запобігаючи тим самим зловживанню правом з боку останніх. Добросовісність і недобросовісність, розумність і нерозумність, справедливість і несправедливість мають правове значення у спеціально зазначених у законі випадках. Причому і добросовісність, і розумність учасників цивільних правовідносин презюмуються. Так, ч. 5 ст. 12 ЦК передбачає, що якщо законом встановлені правові наслідки недобросовісного або нерозумного здійснення особою свого права, вважається, що поведінка особи є добросовісною та розумною, якщо інше не встановлено судом.



**Сібільов Михайло Миколайович**

*член-кореспондент Національної академії правових наук України,  
кандидат юридичних наук, доцент*

## **ПРО НЕОБХІДНІСТЬ ЗБЕРЕЖЕННЯ ОСНОВНИХ КОНЦЕПТУАЛЬНИХ ПОЛОЖЕНЬ ЧИННОГО ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ**

Основні концептуальні положення чинного Цивільного кодексу України (далі — ЦКУ) від 16 січня 2003 р. [1], відпрацьовані його розробниками та викладені у їх колективній монографії «Кодифікація приватного (цивільного) права України» [2, С. 13-71]. В узагальненому вигляді зміст зазначених концептуальних положень полягає у наступному.

**По-перше**, ЦКУ має забезпечити нормальне функціонування і розвиток громадянського суспільства, тобто самостійної, незалежної від держави системи відносин між юридично вільними і рівноправними партнерами в усіх сферах життя людини, включаючи, безумовно, і підприємництво. Самостійність, незалежність, ініціативність приватного життя можна забезпечити лише за умови визнання природного, об'єктивного, наднормативного характеру цивільних прав як прав, що постають із самого життя. Такі майнові та немайнові відносини, які

ґрунтуються на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, і становлять предмет цивільно-правового регулювання й основу громадянського суспільства. Регулювання таких відносин відбувається за такими принципами: неприпустимість свавільного втручання в сферу особистого життя людини; свобода власності; свобода договору; свобода підприємницької діяльності; судовий захист будь-якого порушення цивільного права; справедливість, добросовісність і розумність [2, С. 16-17].

**По-друге**, ЦКУ є кодексом приватного права. Цим актом підтверджується природний об'єктивний поділ права на публічне і приватне. Цей поділ відбиває і підтверджує, що громадянське суспільство не зливається з державою у єдине ціле. Публічне право, що регулює відносини, пов'язані з функціонуванням держави, її органів, забезпеченням у суспільстві загального порядку, перейняте духом субординації, де діє принцип влади, підкорення і підпорядкування, можна охарактеризувати як систему юридичної централізації. Приватне право, що регулює відносини, які складаються між суб'єктами громадянського суспільства, які є вільними і рівноправними партнерами можна охарактеризувати як систему юридичної децентралізації. Визначальними тут є приватна ініціатива та приватне самовизначення. Тут діють принципи свободи особи, недоторканності власності, свободи договорів та підприємництва, які держава не може ігнорувати [2, С. 17, 19-20].

При цьому особливим чином підкреслюються наступні важливі обставини.

Об'єктивний поділ права на приватне і публічне не означає, що ці галузі права відірвані, відгороджені «китайським муром» одне від одного. Самостійні за своєю природою та призначенням, вони, проте, разом утворюють єдину правову систему держави. Тому цілком допустимим є те, що, скажімо, регламентування низки відносин цивільного права як приватного права може бути підпорядковане нормам публічного права (наприклад, державна реєстрація суб'єктів підприємницької діяльності, реєстрація правочинів, антимонопольне законодавство тощо). Проте не має потреби давати в Кодексі розгорнуту регламентацію пов'язаних з цим відносин, які становлять предмет публічного права. У новому Цивільному кодексі не має бути норм на кшталт тих, що містилися у статтях 49 і 57 ЦК УРСР 1963 р., і передбачали конфіскацію майна в дохід держави за вказаними в них недійсними правочинами, тому, що це також сфера не цивільного (приватного), а публічного права. Для всіх випадків визнання правочинів, які виконані сторонами, недійсними, Цивільний кодекс має передбачати санкції лише у вигляді двосторонньої реституції-повернення сторін у початковий стан. Питання подальшої конфіскації майна, яке є об'єктом цих правочинів, мають регламентуватися кримінальним або адміністративним законодавством [2, С. 20].

**По-третє**, суттєвим у концепції ЦКУ є визначення кола відносин, що ним регулюються. Йдеться про майнові та особисті немайнові відносини фізичних і юридичних осіб, що ґрунтуються на автономії та юридичній рівності. Саме ці відносини зберігають своє самостійне й незалежне від держави значення і разом з їх учасниками утворюють ту спільноту, яку зазвичай називають громадянським суспільством. Безперечно, головними у структурі цих відносин є майнові відносини. Загальновизнаним нині є те, що майнові відносини за участю громадян (осіб фізичних) та організацій (осіб юридичних), хоч би в яких сферах суспільного життя вони склалися (у виробництві, при обміні чи споживанні, в інтелектуальній чи трудовій діяльності, в сім'ї, при задоволенні житлових потреб, використанні природних ресурсів тощо) становлять суть цивільних відносин, тобто

відносин, що є основою життя їх учасників як членів громадянського суспільства. Не викликає сумнівів, що приватноправові відносини у сфері підприємництва є також відносинами цивільного права. До сфери цивільно-правового регулювання потрапляють і міжнародні цивільні відносини. Отже, Цивільний кодекс — це єдиний кодифікований акт у сфері приватного права [2, С. 18, 20-21].

**По-четверте**, у зв'язку з існуванням в Україні приватного та державного секторів економіки постало питання, чи поширюються положення ЦКУ як кодексу приватного права на державний сектор економіки. Це питання розробниками було вирішено у ЦК наступним чином. Юридичні особи поділяються на юридичні особи приватного та юридичні особи публічного права. Якщо юридична особа публічного права вступає у цивільні відносини, на них поширюється дія Цивільного кодексу [2, С. 18].

**По-п'яте**, важливе значення для розробки чинного ЦКУ мало питання про вибір системи, яка давала б змогу якнайповніше охопити відносини, що ним регулюються, виключала б дублювання норм, давала б можливість судам у всіх випадках виносити справедливі рішення у спорах між суб'єктами цивільних правовідносин. Такою системою побудови норм Цивільного кодексу визнано пандектну систему. Відповідно до неї норми, що стосуються всіх цивільних правовідносин, об'єднано в Книзі першій «Загальна частина», а норми, що регулюють специфічні питання окремих видів цивільних правовідносин, — у спеціальних книгах. [2, С. 22]. Між тим, враховуючи всі положення концепції нового ЦК, новий зміст приватного права, до нього, крім звичайних для пандектної системи п'яти частин, було додано ще три частини — особисті немайнові права фізичних осіб, право інтелектуальної власності та міжнародне приватне право. Таким чином, розробники репрезентували проект нового Цивільного кодексу у восьми Книгах, розміщених у такій послідовності: «Загальна частина» (Книга перша); «Особисті немайнові права фізичних осіб» (Книга друга); «Речове право» (Книга третя); «Право інтелектуальної власності» (Книга четверта); «Зобов'язальне право» (Книга п'ята); «Сімейне право» (Книга шоста); «Спадкове право» (Книга сьома); «Міжнародне приватне право» (Книга восьма) [2, С. 38].

Слід вказати на дві обставини, що мають принципове значення. **По-перше**, викладені основні концептуальні положення Цивільного кодексу ніколи не змінювалися спільним рішенням розробників проекту Цивільного кодексу. **По-друге**, вони були схвалені Верховною Радою України, яка 5 червня 1997 р. прийняла Цивільний кодекс у першому читанні.

8 червня 2000р. Верховна Рада України одночасно прийняла Цивільний кодекс у другому читанні та Господарський кодекс у першому читанні. Як відзначає З. В. Ромовська, це був тактичний прийом. У прихильників Господарського кодексу були підстави для сумнівів: якщо вони підтримують Цивільний кодекс, то чи підтримують прихильники Цивільного кодексу Господарський кодекс? Тому і було вирішено голосувати за два проекти одночасно. Проекти кодексів були прийняті без їх змістовного обговорення: ні загального, ні, тим більше, постатейного [3, С. 93].

Цей тактичний прийом застосовувався щодо цих Кодексів і на далі. Прийняття 21 червня 2001 р. Господарського кодексу у другому читанні відбулося одночасно з прийняттям у третьому читанні трьох перших Книг Цивільного кодексу. 29 листопада 2001 р. обидва Кодекси були прийняті Верховною Радою України у третьому читанні. Президент України скористався правом вето щодо Цивільного та Господарського кодексів. Повторне прийняття Цивільного і Господарського кодексів Верховною Радою України відбулося 16 січня 2003 р.

Саме з моменту одночасного прийняття Цивільного кодексу у другому читанні та Господарського кодексу у першому читанні почалась руйнація загальних концептуальних положень Цивільного кодексу. До третього читання проект ЦК був поданий вже без Книг «Сімейне право» та «Міжнародне приватне право». Вони за рішенням Тимчасової спеціальної комісії Верховної Ради України по доопрацюванню проекту Цивільного кодексу були вилучені з нього.

В цей же період було фактично зруйноване концептуальне положення про поширення дії ЦК на юридичних осіб публічного права у цивільних відносинах та здійсненні, на мій погляд, певні «доопрацювання» норм проекту ЦКУ таким чином, щоб підготувати ґрунт задля ослаблення його ролі як кодексу приватного права після його прийняття та набрання ним чинності.

Як вже відзначалося, Верховна Рада України 16 січня 2003 р. повторно прийняла Цивільний та Господарський України незважаючи на те, що вони по-різному регулюють принципово важливі приватноправові питання.

Внесення змін до Цивільного кодексу України розпочалося з 19 червня 2003 р., тобто ще до набрання ним чинності. За період з 19 червня 2003 р. до 22 грудня 2010 р. ЦК змінювався п'ятдесят раз. Не завжди ці зміни вносилися з дотриманням суб'єктами права законодавчої ініціативи вимог, що містяться в абзаці третьому ч. 2 ст. 4 ЦКУ.

З урахуванням предмету цих тез, я зупинюсь тільки на змінах, внесених до Цивільного кодексу України Законом України від 2 грудня 2010 р. № 2756-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Податкового кодексу України» [4]. Це пов'язано з тим, що ці зміни, на мою думку, порушують одне з основних концептуальних положень, згідно з яким Цивільний кодекс є кодексом приватного права.

Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. [5] відповідно до правил, вміщених у ст. 1, регулює відносини, що виникають у сфері справляння податків і зборів, зокрема, визначає вичерпний перелік податків і зборів, що справляються в Україні, та порядок їх адміністрування, платників податків та зборів, їх права та обов'язки, компетенцію контролюючих органів, повноваження і обов'язки їх посадових осіб під час здійснення податкового контролю, а також відповідальність за порушення податкового законодавства. З наведеного випливає, що Податковий кодекс України є, безумовно, кодексом публічного права, а відносини, що регулюються ним, ніяким чином не торкаються цивільних відносин. Чи може за таких умов прийняття Податкового кодексу зумовлювати внесення змін до Цивільного кодексу як кодексу приватного права? На моє переконання відповідь на це питання має бути лише негативною.

Є необхідність коротко позначити зміни, внесені Законом України від 2 грудня 2010 р.

По-перше, у главі 7 ЦКУ «Загальні положення про юридичну особу» втретє була змінена редакція ст. 93 щодо місцезнаходження юридичної особи. Враховуючи те, що юридична особа набуває цивільних прав і обов'язків, здійснює їх через свої органи або осіб, які відповідно до установчих документів чи закону, виступають від її імені, визначення місцезнаходження юридичної особи, що містилося у ст. 93 ЦКУ (у редакції Закону України від 3 березня 2005 р. № 2452-IV) було вірним і чітким: «Місцезнаходженням юридичної особи є адреса органу або особи, які відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступають від її імені». Підкреслю, що це визначення можна визнати і універсальним, оскільки воно поширюється як на приватні, так і на публічні юридичні особи.

В теперішній редакції це визначення є таким: «Місцезнаходженням юридичної особи є фактичне місце ведення діяльності чи розташування офісу, з якого проводиться щоденне керування діяльністю юридичної особи (переважно знаходиться керівництво) та здійснення управління і обліку».

Можливо, суто для Податкового кодексу України, таке визначення дає більше можливостей для контролюючих органів здійснювати свою компетенцію. Якщо це так, то треба було закріпити його у ст. 14 Податкового кодексу, яка присвячена визначенню понять, а не у ЦКУ.

По-друге, у главі 16 ЦКУ «Правочини» відбулися зміни у ст.ст. 203, 228 та 234 ЦКУ.

Зміна редакції ч. 1 ст. 203 ЦКУ, зміна редакції найменування ст. 228 та доповнення її частиною третьою зумовлені поверненням до ЦКУ правочину, вчиненого з метою, що суперечить інтересам держави та суспільства (аналогу антисоціальних угод, що передбачалися ст. 49 ЦК УРСР 1963 р., які, в залежності від наявності умислу у обох чи однієї сторони, встановлювали, по суті, конфіскацію на користь держави, відповідно, усього одержаного ними майна, або майна одержаного однією стороною правочину).

За для такого повернення, перш за все, була запропонована нова редакція ч. 1 ст. 203 ЦКУ. Слід нагадати, що в ст. 203 ЦКУ закріплені загальні вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину. Оскільки в ній закріплено шість таких вимог, кожній із них присвячена окрема частина ст. 203 ЦКУ.

В ч. 1 ст. 203 ЦКУ була закріплена наступна умова: «Зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства». Треба підкреслити, що зміст правочину — це умови, на яких був вчинений правочин. Отже, для дійсності правочину необхідно, щоб умови, на яких він був вчинений, не суперечили ЦКУ, іншим актам цивільного законодавства та моральним засадам суспільства.

Тепер ця умова викладена у такій редакції: «Зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам». Аналіз нової редакції ч. 1 ст. 203 ЦКУ свідчить про наявність в ній однієї новели. Суть її полягає в тому, що умови, на яких був вчинений правочин, не повинні суперечити не тільки ЦК, іншим актам цивільного законодавства, моральним засадам суспільства, а й інтересам держави і суспільства. Незрозуміло, звідки ж береться невідповідність змісту правочину інтересам держави і суспільства, якщо і в першій і в другій редакції зміст правочину має відповідати вимогам ЦКУ, іншим актам цивільного законодавства та моральним засадам суспільства?

Справа у тім, що норми ст. 49 ЦК УРСР 1963 р. невідповідність угоди інтересам держави та суспільства не пов'язували лише зі змістом угоди. Ця невідповідність знаходила свій прояв, перш за все, у предметі угоди. Напевно, автори нової редакції не придали цьому значення.

Можливо тут є й прихований момент. Представники науки господарського права давно вже налаштовані на виключення ст. 6 з ЦКУ, яка забезпечує саморегулювання договірних цивільних відносин у сфері приватного права. Час покаже, задля чого змінювалася редакція ч. 1 ст. 203 ЦК.

До внесення змін ст. 228 ЦКУ мала таке найменування: «Правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок». Нове найменування цієї статті викладено в такій редакції: «Правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок, вчинений з метою, що суперечить інтересам держави



і суспільства». Таким чином, суть зміни найменування ст. 228 ЦКУ полягає в тому, що правочин, який порушує публічний порядок, завжди вчиняється з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства.

Частини перша і друга ст. 228 ЦКУ залишилися без змін. Їх ретельний аналіз свідчить, що Цивільний кодекс України закріпив беззастережне правило про нікчемність правочину, що порушує публічний порядок. Не розкриваючи поняття публічного порядку, ст. 228 ЦКУ вказує, що правочини, які порушують його, спрямовані на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним.

Перелік порушень, зазначених у ч. 2 ст. 228 ЦКУ є вичерпним. Саме тому Пленум Верховного Суду України у п. 18 Постанови № 9 від 6 листопада 2009 р. «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» [6]. відзначає: «Усі інші правочини, спрямовані на порушення інших об'єктів права, передбачені іншими нормами публічного права, не є такими, що порушують публічний порядок» До речі, у цьому ж пункті зазначеної постанови Пленуму Верховного Суду України вказується, що до правочинів, які порушують публічний порядок, відносяться, зокрема: правочини, спрямовані на використання всупереч закону комунальної, державної або приватної власності; правочини, спрямовані на незаконне відчуження або незаконне володіння, користування, розпорядження об'єктами права власності українського народу — землею як основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави, її надрами, іншими природними ресурсами; правочини щодо відчуження викраденого майна; правочини, що порушують правовий режим вилучених з обігу або обмежених в обігу об'єктів цивільного права тощо.

Отже, можна стверджувати, що особи, які вчиняють правочини, що порушують публічний порядок, завжди порушують певні публічно-правові норми, а їх дії мають ознаки правопорушення (злочину чи адміністративного правопорушення). Саме тому наслідки таких дій мають передбачатися не в Цивільному кодексі, який є кодексом приватного права, а в Кримінальному кодексі чи Кодексі адміністративних правопорушень.

Оскільки ж ці діяння здійснюються з використанням формальних ознак правочину, Цивільний кодекс як кодекс приватного права, вказує на їх нікчемність. З урахуванням цього в зазначеній постанові Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. вірно підкреслюється, що наслідки вчинення правочину, що порушує публічний порядок, визначаються загальними правилами (ст. 216 ЦКУ). Йдеться, перш за все, про двохсторонню реституцію. Питання подальшої конфіскації майна, яке є об'єктом правочинів, що порушують публічний порядок, мають регламентуватися, як вже відзначалося у цих тезах, кримінальним або адміністративним законодавством.

Усе викладене дає можливість стверджувати, що підстав для доповнення ст. 228 ЦКУ частиною третьою не було.

При цьому слід вказати й на наступне.

Згідно з ч. 2 ст. 228 ЦКУ, яка залишилася незмінною, правочин, який порушує публічний порядок є нікчемним. Згідно з абз. 1 ч. 2 ст. 215 ЦКУ нікчемним є правочин, недійсність якого встановлена законом. У цьому разі визнання такого правочину недійсним судом не вимагається. Згідно з новою ч. 3 ст. 228 ЦКУ такий правочин може бути визнаний недійсним судом, тобто він є оспорюваним.

Крім того, у ч. 3 ст. 228 ЦКУ невірно відтворюється загальна вимога, що закріплена у новій редакції ч. 1 ст. 203 ЦКУ.

Нарешті, у ч. 3 ст. 228 ЦКУ правочин в одному випадку йменується угодою.

Ці зауваження свідчать про те, як суб'єкт законодавчої ініціативи ставиться до внесення змін до Цивільного кодексу, який відповідно до абз. 1 ч. 2 ст. 4 ЦКУ визнається основним актом цивільного законодавства.

У гл. 16 ЦКУ «Правочини» ст. 234, що присвячена правовим наслідкам фіктивного правочину, була доповнена ч. 3 такого змісту: «Правові наслідки визнання фіктивного правочину недійсним встановлюються законами».

Фіктивним згідно з ч. 1 ст. 234 ЦКУ, що залишилася незмінною, є правочин, який вчинено без наміру створення правових наслідків, які обумовлені цим правочином. Йдеться про правочин, вчинений лише про людське око, з порушенням загальної вимоги, передбаченою ч. 5 ст. 203 ЦКУ. Прикладом такого правочину може бути вчинення правочину «дарування» без наміру зміни власника майна, а лише з метою приховування його від можливої конфіскації.

Відповідно до ч. 2 ст. 234 ЦКУ, що також залишилася незмінною, фіктивний правочин визнається судом недійсним. Визнання судом фіктивного правочину недійсним свідчить про те, що він не був спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним. Це й є правовим наслідком фіктивного правочину.

Пленум Верховного Суду України у п. 24 Постанови № 9 від 6 листопада 2009 р «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» [6], зокрема, відзначає: «Якщо сторонами не вчинено будь-яких дій на виконання такого правочину, суд ухвалює рішення про визнання правочину недійсним без застосування будь-яких наслідків. У разі якщо на виконання правочину було передано майно, такий правочин не може бути кваліфікований як фіктивний».

Ось чому не було підстав для доповнення ст. 234 ЦКУ частиною третьою.

По-третє, у главі 54 ЦКУ «Купівля-продаж» була змінена ст. 657, присвячена формі окремих видів договорів купівлі-продажу.

Цією статтею ЦКУ передбачено правило, згідно з яким договір купівлі-продажу земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) або іншого нерухомого майна укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню та державній реєстрації.

Це правило було доповнено словами: «крім договорів купівлі-продажу майна, що перебуває в податковій заставі».

Отже, суть зміни ст. 657 ЦКУ полягає у тому, що правила про письмову форму договору купівлі-продажу земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) або іншого нерухомого майна, нотаріальне посвідчення такого договору та його державна реєстрація не поширюються на випадки, якщо майно, що є предметом договору купівлі-продажу, перебуває у податковій заставі.

Оскільки згідно з Податковим кодексом України майно, що знаходиться у податковій заставі, може відчужуватися (продаватися) не тільки органом державної податкової служби, а й за певних умов і платником податків, виникає питання, на кого поширюється виключення з загального правила, що передбачені у доповненнях до ст. 657 ЦКУ?

Невже суб'єкта законодавчої ініціативи, що запропонував зміни до ст. 657 ЦКУ у такому вигляді, не цікавить питання про те, а чи не можуть ці зміни привести до порушення прав тих осіб, що придбають земельну ділянку, інше

нерухоме майно за таким договором?

Виникає питання, чому це стає можливим при наявності науково-експертного підрозділу Верховної Ради України?

Усе викладене свідчить про необхідність здійснення певних заходів з суттєвого удосконалення законотворчої роботи в Україні. На мою думку, важливішими складовими цих заходів є створення Національної комісії України з питань кодифікації законодавства та невідкладна розробка і прийняття Верховною Радою України Закону України «Про законотворчу роботу».

Національна комісія України з питань кодифікації законодавства має бути створена Президентом України переважно з науковців. Її головною метою є вироблення умов, наявність яких є підставою для здійснення кодифікації законодавства, загальних вимог, яким мають відповідати структура та зміст Кодифікованих актів (Кодексів України), а також здійснення Національною комісією контрольних функцій щодо процесу кодифікації законодавства України. Без позитивного висновку зазначеної Національної комісії прийняття до розгляду нових Кодексів України та внесення змін до діючих Кодексів України має стати неможливим. Ці положення мають бути закріплені у Законі України «Про законотворчу діяльність».

У Законі України «Про законотворчу роботу» необхідно детально врегулювати порядок розробки, прийняття та внесення змін до Законів України.

В окремому підрозділі цього закону має бути врегульовано порядок розробки, прийняття та внесення змін до Кодифікованих актів (Кодексів України). Це пов'язано з наступним. Хоча Кодекси та поточні закони мають однакову юридичну силу, треба закріпити особливий статус Кодексів — як основних актів законодавства у сфері відповідних суспільних відносин.

Процедура законотворчої роботи на усіх її етапах має бути відкритою і прозорою. Відомості про суб'єкта законодавчої ініціативи, розробників проекту, зміст обґрунтування законопроекту, експертних висновків, у тому числі й висновків про відсутність у законопроекті положень, що сприяють корупції, мають бути достовірними та доступними. Ці відомості складають «історію» законопроекту і мають зберігатися безстроково.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.

2. Кодифікація приватного (цивільного) права України / А. С. Довгерт, О. А. Підпригора, Д. В. Боброва та ін. / За ред. А. С. Довгерта. — К.: Український центр правничих студій, 2000. — 336 с.

3. Ромовська З. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс. Підручник. — К.: Атака, 2005. — 560 с.

4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Податкового кодексу України: Закон України від 02.12.2010 р. № 2756-VI // Офіційний вісник України. — 2010. — № 92. — Ст. 3249.

5. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. // Офіційний вісник України. — 2010. — № 92. — Ст. 3248.

6. Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 06.11.2009 р. № 9 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0009700-09>



**Халабуденко Олег Анатольевич**  
*Международный Свободный Университет Молдовы (ULIM),*  
*доктор права, доцент*

## **ЮРИДИЧЕСКИЕ КОНСТРУКЦИИ: ОТ ДОГМАТИКИ К ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКЕ (МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ АСПЕКТ)**

Европейской правовой культуре известны различные подходы к постижению правовой действительности. Так, основой каждого юридического сочинения римского юриста вплоть до Кодификации Юстиниана служил казус. Общественное признание выведенных посредством казуистического метода правил обеспечивалось высоким авторитетом римских юристов — носителей правовой традиции. Усиление власти христианских императоров приводит к «переходу от концепции права, разработанной юристами... к законодательной концепции, кристаллизированной в письменных текстах, которые содержат право, применимое к возможным будущим казусам»[5, С. 118]. С этого момента в правовой культуре континентальной Европы закрепляется тенденция к выработке и принятию всеобъемлющих сводов гражданского права (пандекты), образцом для которых послужило *Scriptura Sacra*. Разработчики свода гражданского права считали свой труд универсальным, данным на века и не подлежащим изменению. С момента принятия Кодекса Юстиниана закладываются предпосылки к формированию юридико-догматического метода, стержневой идеей которого служит концепт, в соответствии с которым текст закона имеет непререкаемый авторитет.

Юридико-догматический подход не оставался неизменным, он эволюционировал вместе с становлением философской рефлексии и научного видения правовых проблем. Первые результаты применения юридической догматики, формирующейся на основе диалектики, становятся известными правовой науке в связи с деятельностью глоссаторов XI-XIII вв. Ключевые для европейского правового пространства изменения конца XVIII — начала XIX в. приводят на определенное время к полному господству догматического подхода. В рассматриваемый период европейского «юридического времени» правовая наука основным и едва ли не единственным объектом признает норму права (юридический позитивизм). Поскольку для позитивизма норма права совпадает с нормой закона, «задачей правоведа становится лишь описание содержания нормативно-правовых актов». В свою очередь, «теоретическое осмысление реального процесса толкования и оценки правовых норм предполагало установление «догмы права», то есть подлинного содержания властного подчинения» [2, С. 9]. Вызрев из формально-догматического метода, позитивизм, приобретя свое философское измерение — первый позитивизм послужил «научным» обоснованием юридической догматики.

Первичным элементом права с точки зрения позитивизма является догма права, которая представляет собой «не только особый участок явлений социальной действительности, но и ее особый мир. Важнейшая черта этого особого мира заключается в том, что право представляет собой логическую систему. На уровне догмы права своеобразие права как логической системы характеризуется ее глубоким единством с формальной логикой или шире — математической (символической) логикой» [6, С. 17]. В конечном итоге признание родства права с формализованными математическими системами обнаруживает логическую

порочность самого юридического позитивизма. Доказанные К. Гедделем теоремы неполноты и непротиворечивости «свидетельствуют о том, что право не может быть замкнутой формальной непротиворечивой системой» [13, С. 31], единственным содержанием которой являются нормы.

Действительно, объем содержания права всегда шире закона. Закон (приказ) лишь санкционирует право, придавая тем самым ему общеобязательную юридическую силу, но право законами не ограничивается. Отсюда следует, что предмет частного права, понимаемый как совокупность норм объективного права, собственно данными нормами (даже на уровне юридического позитивизма) исчерпан быть не может. Для того чтобы право приобрело синхроническое измерение, став тем самым объектом юридической науки, а не истории, как минимум, необходимо признать свободу волеизъявления лиц, участвующих в правовом общении. Таким образом, кризис юридического позитивизма приводит юриспруденцию к выводу о необходимости переноса «центра тяжести юридического исследования... от содержания юридических норм на содержание жизненных отношений» [4, С. 23].

Смещение акцента юридической науки на общественные отношения, урегулированные нормами права, предопределено переносом фокуса внимания исследователей с плоскости юридической догматики в плоскость правовой политики. Методологической основой правовой политики служит социологический позитивизм, для которого «право может быть предметом позитивной науки, поскольку в главном оно происходит от социальных явлений, подчиненных детерминизму» [3, С. 54]. В конечном итоге политико-правовой подход к пониманию права, когда его основание покоится на юридическом прагматизме (право, основанное на практическом разуме), трансформируется в радикальный метод школы «экономического анализа права». Основанием права для школы экономического анализа служит идея его экономической эффективности (социологическая юриспруденция). Когда же политико-правовой подход базируется на философском дискурсе, непосредственно включенном в юридический контекст (Р. Алексии, Ю. Хабермас), результатом будет дискурсивно-коммуникативная юриспруденция. Согласно Ю. Хабермасу, «нормы лишь тогда значимы, когда они одобряются (или могут быть одобрены) всеми ими затронутыми как участниками того или иного практического дискурса» [14, С. 103]. Правило для коммуникативной теории есть потенциальное основание нормы, оно никак не структурировано, не субстантивировано. А если это так, то возникает вопрос: как идеальные, в соответствии с коммуникативной теорией права, концепты служат основой правовой реальности?

Не обнаружив в приведенных выше концепциях эмпирического основания права, следует обратиться к вопросу о природе правоотношений. «Общепринятое» определение правоотношения как общественного отношения, урегулированного нормами права, предполагает наличие в нем некоего содержания, отличного от социального. Однако содержанием правоотношения являются права и обязанности, которые также относятся к социальным явлениям. Отсюда следует, что любые попытки каким-либо непротиворечивым образом увязать фактическое отношение с его юридическим содержанием в рамках понятия «правоотношение» — нерезультативны.

Определение предмета исследования — права как группы однородных отношений, урегулированных нормами права, ставит перед исследователями вопрос о функции, которую выполняет правоотношение. В специальной литературе распространенной является точка зрения, что правоотношение есть

«метод (средство) правового регулирования» [9, С. 83] или шире — «средство регулирования социального взаимодействия» [11, С. 6-179]. Однако права и обязанности регулируются нормами объективного права непосредственно, необходимости в каком-либо «посреднике» между законом и поведением субъекта нет [8, С. 20], следовательно, правоотношение призвано выполнять иные функции. Представляется, что правоотношение есть научная абстракция, удобная для постижения права гносеологическая категория юридической науки. Это — сконструированный разумом объект, которого нет в природе.

Отношение предполагает первичность различия между субъектами. В свою очередь, наличная правовая связь между субъектами права отражает онтологически первичное единство. Наличная правовая связь между субъектами права («правовая ситуация») может быть познана посредством правоотношения. Однако в юридической науке (последнее время и в законодательстве) понятие «правоотношение» чаще всего отождествляется с наличной правовой связью — «правовой ситуацией». В результате происходит недопустимое, на наш взгляд, смешение приема (способа) познания правового явления и объекта познания — правовой ситуации.

Представление о правоотношении как категории познания права позволяет сделать ряд выводов. В частности, правоотношение системностью обладать не может. Однако, будучи абстракцией, правоотношение, тем не менее, не утрачивает свойства объективации, способность к которой обусловлена сущностью правовых явлений, составляющих содержание правоотношения. Субъективное право (обязанность) — суть такое явление правовой действительности, которое способно быть определено (урегулировано) нормами объективного права.

Возникает вопрос: достигается ли данная «определенность» в силу веления законодателя или же в правой культуре наличествуют явления, приводящие к упорядочению, систематизации правового материала? Представляется, что таким элементом служит категория «юридическая конструкция». Пожалуй, впервые в юридической науке на методологическую функцию данной категории отчетливо обратил внимание Р. фон Иеринг, который дает натуралистическое определение юридической конструкции как «юридического тела» [10, С. 361].

Следуя Р. фон Иерингу, юридическая конструкция есть не только структурный элемент права, но и своеобразный прием юридической техники, суть которого заключается в том, чтобы «на материале норм позитивного права построить абстрактное понятие, а затем выразить его в минимально требуемом количестве предложений» [7, С. 49]. Поскольку юридические конструкции в отличие от норм права не имеют повелительной формы выражения, они приобретают форму утверждений («есть» — предложений). В таком случае как будто бы наблюдается выведение нормативного высказывания из дескриптивных посылок. Однако решенная таким образом проблема основывается на очевидном смешении объекта и метода исследования!

Неверное понимание юридической конструкции закладывается, на наш взгляд, тогда, когда ее пытаются посредством толкования дедуцировать непосредственно из правового материала, отождествляя с «фрагментом действительности позитивного права», выводимого из этого же права. Такая точка зрения до настоящего времени остается доминирующей в юридической науке. В действительности, юридическая конструкция не следует, а непосредственно предшествует правовому высказыванию, делая возможным развитие права.

Следовательно, юридическая конструкция не должна отождествляться с нормой права; среди правовых явлений она занимает особое место. Более того, «та

или иная юридическая конструкция может быть положена в основу формирования как отдельно взятой нормы, так и может служить объединению нескольких правовых норм» [12, С. 257]. Однако, воплотившись в норме (нормах) права, юридическая конструкция не утрачивает своих особых свойств.

Собственно термин «конструкция» (лат. *constructio* — составление, построение) указывает на состав и взаимное расположение частей, образующих единое целое. Наличие указанного признака свидетельствует о том, что с точки зрения своего внутреннего логико-правового содержания каждый из элементов права (но не факта!) при необходимости может служить особой юридической конструкцией. Однако не множим ли мы сущее без необходимости? Ответ на поставленный вопрос зависит от определения функций, которые выполняют юридические конструкции. Речь, прежде всего, идет о нормативной функции юридической конструкции.

Исследование нормативной функции юридической конструкции показывает, что процесс построения новых нормативных образований обусловлен тем, что исследуемый первичный правовой материал выступает в качестве модели. Именно свойство служить моделью для нового правового явления позволяет считать правовой материал юридической конструкцией. В этом смысле юридической конструкцией можно признавать любой элемент права, позволяющий рассматривать его как правовую модель. При разработке юридической конструкции исследователю необходимо абстрагироваться, выделить некий объект, объективирующий сущностные элементы правовой действительности: права, обязанности, ответственность, правовые основания.

Такой объект — еще не сущность, юридически он безразличен для участников правового общения, хотя способен к постижению. Но всякое правовое явление значимо не само по себе, а в связи с тем, что способно удовлетворить определенные интересы лица. Следовательно, юридическая конструкция как правовое явление должна быть субстанциональна. Субстанциональность юридических конструкций выводится Р. фон Иерингом исходя из представления о том, что именно они, а не нормы права, будучи субстратом правового содержания, выступают первичным элементом права. В таком случае по отношению к первичным элементам права юридические конструкции образуют своеобразный «еще один слой» правовой материи [1, с.200]. Если это так, то возникает вопрос, какой элемент юридической конструкции придает ей субстанциональность? Ведь на уровне понимания юридической конструкции как феномена правовой культуры, построенного по формальным законам структуры, она не рассматривается как сущность. Здесь речь идет лишь об определенной объективации структурных элементов юридической конструкции в нормах права. Объективация элементов является результатом деятельности законодателя, который воплощает свои властные, выраженные нормативно веления в рамках определенных юридических конструкций. На наш взгляд, юридическая конструкция, состоящая из определенных свойственных ей элементов, приобретает характер субстанции, когда в ней обнаруживается некий «центр». Таким центром выступает юридический факт (для частноправовых отношений это воля субъекта права). С момента выражения воли лица юридическая конструкция субстантивируется, становится подлежащей толкованию «юридической сущностью».

#### **ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:**

1. Алексеев С. С. Избранное. — М.: Статут, 2003. — 480 с.

2. Афонасин Е. В., Дидикин А. Б. Философия права: Учеб. пособие / Новосибир. Гос. ун-т. Новосибирск, 2006. — 92 с.
3. Бержель Ж.-Л. Общая теория права: Пер. с фр. Г. В. Чуршукова / [под общ. ред. В.И.Даниленко. — М.: Nota Bene, 2000. — 576 с.
4. Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Под ред. и с предис. ... Общая часть [Под общ. ред. В. А. Томсинова]. — М.: Зерцало, 2003. — 796 с.
5. Гарсиа Гарридо М. Х. Римское частное право: Казусы, иски, институты: перевод с испанского / [Отв. ред. Л. Л. Кофанов]. — М.: Статут, 2005. — 812 с.
6. Математическое правоведение / В. О. Лобовиков; науч. ред. Н. В. Бряник; рец. И. П. Малинова. — Екатеринбург: Гуманитарный ун-т: УрГЮА. -1998. Ч. 1: Естественное право. — 1998. — 240 с.
7. Пономарев Д. Е. Юридические конструкции: становление понятия в отечественном правоведении // Российский юридический журнал. — 2004. — № 4. — С. 46-53.
8. Пушкин А. А. Спорные вопросы учения о гражданском правоотношении // Вопросы государства и права. Сборник статей. — М.: Юрид. лит., 1974. — Вып. 2. — С. 152-165
9. Строгович М. С. Избранные труды. В 3 т. — М.: Наука, 1990. — Том 1. Проблемы общей теории права. — 304 с.
10. ф. Иеринг Р. Дух римского права/Избранные труды. В 2. т.– СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. — Т. II. — 547 с.
11. Чеговадзе Л. А. Структура и состояние гражданского правоотношения. — М.: «Статут», 2004. — 542 с.
12. Черданцев А. Ф. Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. — 381 с.
13. Честнов И.Л. Методология и методика юридического исследования: Учебное пособие. СПб., 2004. — 128 с.
14. Habermas J. Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt a.— М., 1983. — 207s.



**Музика Леся Анатоліївна**

*доцент кафедри цивільного, господарського права та процесу Академії  
адвокатури України, кандидат юридичних наук, доцент*

**ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ПОЛІТИКА УКРАЇНИ:  
ОСМИСЛЕННЯ ПРОБЛЕМИ**

Очевидно, ніхто не стане заперечувати того факту, що право формується (не в останню чергу) завдяки зусиллям державної влади, її активної участі. Саме тому держава не може бути байдужою і знаходитись осторонь того, як здійснюється правове регулювання суспільних відносин, наскільки ефективним є механізм його реалізації. Звідси й висновок про необхідність науково-обґрунтованої правової політики держави, яка б дозволила реалізовувати нормативні регулятори найбільш оптимальним, раціональним способом та в інтересах суспільства.

Ще наприкінці ХІХ — початку ХХ ст. вчені-юристи виділяли галузеві види



правової політики, у тому числі й цивільно-правову політику. Так, С. А. Муромцев писав, що «цивільно-правова політика визначає цілі та прийоми, якими має керуватися цивільний законодавець та суддя» [1, С. 15]. Г. Ф. Шершеневич підкреслював, що правова політика загалом є притаманною будь-якій спеціальній юридичній науці [2, С. 17, 805]. Докорінна зміна правових підходів, що була продиктована новими капіталістичними відносинами того часу, додавала особливої гостроти ідеї Л. Й. Петражицького (1897 р.) про «необхідність виділення науки політики права, цивільної політики — політики цивільного права» [3]. У далекому 1901 р., класик вітчизняної цивілістики Є. В. Васьковський у своїй докторській дисертації наголошував на такому: цивільне правознавство або цивілістика охоплює цілу низку наук, з яких одні давно існують і більшою чи меншою мірою є дослідженими; інші — лише зароджуються і все ще зустрічають значний супротив (наприклад, цивільна політика) [4, С. 43].

Сучасні російські юристи також виділяють, з-поміж інших видів політики, цивільно-правову політику [5, С. 75]. Водночас у доктрині цивільного права Росії (аналогічно — і у вітчизняній науці) ця проблема дивним чином залишається недослідженою: наразі відсутні дисертаційні чи інші праці з окресленої теми. Дійсно, якщо дослідження кримінально-правової політики налічують понад двохсотрічну історію, то стосовно проблеми цивільно-правової політики науковці обмежуються лише констатацією її наявності, без жодного ґрунтовного аналізу бодай цієї правової категорії, не торкаючись вже самого явища.

В юридичній доктрині виділяють, зокрема, такі види правової політики, як: конституційно-правова; кримінальна та/або кримінально-правова; державна політика у сфері боротьби зі злочинністю; антикорупційна політика; фінансово-правова; бюджетно-правова; судово-правова; процесуально-правова; кримінально-виконавча; кримінологічна; міжнародно-правова; міжнародна кримінально-правова; сімейно-правова; цивільно-процесуальна. Інколи окремі види правової політики знаходять своє відображення на законодавчому рівні. Наприклад, у ст. 2 Митного кодексу України визначено поняття митної політики — це «система принципів та напрямів діяльності держави у сфері забезпечення своїх економічних інтересів та безпеки за допомогою митно-тарифних та нетарифних заходів регулювання зовнішньої торгівлі».

Цивільно-правова політика, поруч з іншими її видами, є, на нашу думку, частиною загальної правової політики держави, або соціальної політики. Вона покликана прогнозувати бажані і можливі зміни цивільного блоку правової реформи в нашій державі, розробляти стратегічні напрями вдосконалення цивільного законодавства. Всі види правової політики (як і галузі права) є взаємопов'язаними і тісно співіснують.

Дослідження поняття, змісту та специфіки цивільно-правової політики доцільно здійснювати, на нашу думку, шляхом її порівняння із загальнотеоретичними положеннями класичних (або таких, що були предметом наукових досліджень) видів правової політики, наприклад, кримінально-правової політики. Це надасть можливість визначити місце цивільно-правової політики у внутрішній політиці держави.

Чому так сталося, що цивільно-правова політика (як доктрина) дотепер залишається осторонь наукових інтересів цивілістів? Очевидно, подібний стан можна пояснити тим, що ця проблема безпосередньо стосується приватної галузі права. На відміну, наприклад, від кримінального права, за цивільним правом держава поступається своїм впливом на вирішення тих чи інших життєвих ситуацій. Однак це не означає, що такий процес (як законотворчість, юридична

практика) позбавлений політико-правового змісту, а тому, вважаємо, діяльність держави у сфері цивільно-правових відносин потребує осмислення та відповідного теоретичного обґрунтування.

На шляху формування цивільно-правової політики — безліч «білих плям», і перша з них полягає у відсутності її наукового забезпечення. Необхідно виробити єдині принципи і теоретичні засади аналізованої політики. Передусім постає проблема розробки концепції цивільно-правової політики як доктринального напрямку, що охоплює, на нашу думку, комплекс таких наукових проблем: місце цивільно-правової політики у правовій системі держави; мета і завдання цивільно-правової політики; принципи цивільно-правової політики; рівні (форми) реалізації цивільно-правової політики; правове забезпечення (джерела) цивільно-правової політики; суб'єкти і учасники цивільно-правової політики; сфери впливу (функціонування) цивільно-правової політики. Торкнемося лише двох з окреслених проблем.

### **1. Місце цивільно-правової політики у правовій системі держави**

Правова політика є багатоскладовим явищем. Реалізується вона у сфері різноманітних правовідносин (конституційних, цивільних, кримінальних, процесуальних тощо). Право є джерельною основою будь-якого виду правової політики. Кожен її вид реалізується в особливих, притаманних лише їй формах. Базовим критерієм у цьому питанні виступає специфіка предмету та методу правового регулювання.

Так, предмет цивільно-правового регулювання змінювався упродовж багатьох десятиліть. Зокрема, відносини особистого немайнового характеру «пройшли» досить довгий еволюційний шлях, доки їх віднесли до предмету цивільного права [6, С. 69-131]. У Книзі II ЦК України вперше на кодифікаційному рівні закріплено особисті немайнові права фізичної особи. Такі суттєві зміни стали можливими з набуттям Україною незалежності і завдяки найсучаснішим підходам українських цивілістів до законотворчості. У ЦК України враховано традиції українського законотворення, положення міжнародних конвенцій, тенденції суспільного розвитку, досвід демократичних країн та положення Конституції України [7]. Адже цивільне законодавство Російської імперії було присвячено виключно регулюванню майнових відносин, за винятком окремих норм, які стосувалися особистих відносин у сім'ї [8, С. 32-33]. Цивільний кодекс УСРР 1922 р. відображав тенденцію, що панувала того часу у державі: у ньому не містилося жодної норми, яка б стосувалася особистих відносин. Певні позитивні зрушення у цій сфері стали відчутними на законодавчому рівні лише з прийняттям ЦК УРСР 1963 р. Відповідно до ст. 1 цього Кодексу, його завданням було регулювання майнових і пов'язаних з ними особистих немайнових відносин. А у випадках, передбачених законом, цей Кодекс мав регулювати також й інші особисті немайнові відносини, тобто ті, що не були пов'язані з майновими.

Серед українських вчених стійкою є тенденція до розширення предмету правового регулювання цивільного права. Так, Н. С. Кузнецова [9, С. 14] вважає, що до предмету цивільного права належать так звані «організаційні» відносини [10]. Р. А. Майданик зазначає, що предмет цивільного права має відносно відкритий характер: якщо відносини, що за своєю природою не мають яскраво вираженого публічного характеру, не врегульовані іншими галузями права, їх слід віднести до предмета цивільного права [11]. Саме тому автор поділяє думку І. В. Спасибо-Фатєєвої про те, що корпоративні правовідносини, що містять елементи як майнових, так і немайнових правовідносин, — є специфічним видом цивільних правовідносин [12].

Вбачаємо значний позитив у практиці формування відповідних концепцій розвитку законодавства України в цілому, і цивільного законодавства, зокрема. Слід відзначити, подібний досвід існує [13]. Відома також і практика відповідних концептуальних підходів на теоретичному рівні. Наприклад, свого часу була оприлюднена наукова концепція проекту ЦК України (акумулятивне бачення його основних положень такими науковцями, як: Д. В. Боброва, С. П. Головатий, А. С. Довгерг, В. Я. Калакура, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць, О. А. Підопригора, О. А. Пушкін, З. В. Ромовська, М. М. Сібільов, Я. М. Шевченко) [14]. Також, з метою модернізації господарського законодавства, були розроблені спеціальна концепція та практичні рекомендації [15]. На жаль, як зазначає Г. Л. Знаменський, поки що жодний із державних органів у нашій країні не зацікавився цією конструктивною ідеєю, не помітивши насправді кризові явища в цій галузі [16, С. 24]. Отже, концепції правової політики в конкретних сферах мають бути представлені як система теоретичних положень, що відображають погляди на сутність, завдання, принципи, пріоритети, напрями, механізми реалізації і шляхи підвищення ефективності правового регулювання в Україні у довготривалій перспективі.

У контексті аналізованого питання видається доречним звернути увагу на такий аспект. У паспорті деяких спеціальностей до пріоритетних напрямів наукових досліджень безпосередньо віднесено вивчення відповідних видів правової політики. Так, серед напрямів досліджень у галузі науки кримінального права (12.00.08 — кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право) названо, зокрема, «кримінальне право та кримінально-правова політика». Враховуючи неабияке значення результатів цивілістичних досліджень для вдосконалення і належного розвитку цивільних правовідносин, вважаємо за доцільне, аби в установленому порядку були внесені відповідні корективи до паспорта спеціальності 12.00.03 — цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. На нашу думку, його необхідно доповнити таким науковим напрямом дослідження, як «цивільне право і цивільно-правова політика».

## **II. Мета і завдання цивільно-правової політики**

Цивільно-правова політика, як доктрина, має слугувати «захисту» приватної домінанти у цивільному праві, протистояти монополії державної влади. На нашу думку, сьогодні не варто сумніватися в актуальності розробки проблем цивільно-правової політики хоча б тому, що вона давно існує як реальний вид державної діяльності, однак у недосконалому, «тіньовому» вигляді. Наразі цивільно-правова політика потребує легалізації і належної уваги спеціалістів — це відповідає сучасним викликам і, сподіваємося, знайде підтримку в наукових колах.

Отже, вважаємо, що *мета* цивільно-правової політики полягає у забезпеченні оптимального функціонування і розвитку цивільно-правових відносин та практики застосування цивільного законодавства.

У широкому розумінні, цивільно-правова політика має бути спрямована на вирішення двох основних *завдань*: 1) визначення та обґрунтування максимально ефективних шляхів досягнення зазначеної соціальної мети; 2) забезпечення прогностичної функції науки — передбачити соціальні наслідки відповідного правозастосування.

На більш конкретному рівні можна виділити такі, зокрема, завдання цивільно-правової політики, як: дослідження системи принципів цивільно-правової політики; з'ясування співвідношення принципів цивільного права та принципів цивільно-правової політики; дослідження вітчизняного та зарубіжного

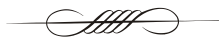
досвіду кодифікації цивільного законодавства; пізнання змісту соціального явища «політична воля» у контексті прийняття відповідних нормативно-правових актів; визначення публічних начал і їх меж у цивільному праві; вивчення досвіду вчених-юристів — конституціоналістів, криміналістів, процесуалістів тощо у сфері пізнання відповідних видів правової політики; наукове обґрунтування стратегії правового розвитку у довготривалій перспективі та розроблення середньострокових і короткострокових програм удосконалення відповідних інститутів цивільного законодавства.

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. — М.: Тип. А.И. Мамонтова и Ко, 1879. — 250 с.
2. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. — М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1912. — 805 с.
3. Петражицкий Л. И. Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. — М.: Статут, 2002. — 426 с.
4. Васьяковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. — 508 с.
5. Рыбаков О.Ю. Российская правовая политика в сфере защиты прав и свобод личности. — СПб., 2004. — 352 с.
6. Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія / [відп. ред. Я. М. Шевченко]. — Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. — 626 с.
7. Кохановська О. В. Регулювання особистих немайнових прав у цивільному праві України // Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. — Х.: Право, 2008. — Т. 3: Цивільно-правові науки. Приватне право / [за заг. ред. Н. С. Кузнецової]. — С. 183–207.
8. Мейер Д. И. Русское гражданское право (в 2-х ч. Часть 1). По исправленному и дополненному 8-му изд. — М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1997. — 290 с.
9. Кузнецова Н. Основні методологічні засади сучасного цивільного права України // Право України. — 2009. — № 8. — С. 12–14.
10. Наразі такі відносини, відповідно до ГК України, віднесені до господарсько-правового регулювання. Див., наприклад: Віхров О. Організаційно-господарські відносини як предмет правового регулювання // Право України. — 2010. — № 8. — С. 57–63; Вінник О. М. Господарське право: курс лекцій. — К., 2004. — 624 с.
11. Майданик Р. Цивільні відносини: поняття та види // Право України. — 2009. — № 8. — С. 20–27.
12. Спасибо-Фатеева І. В. З'ясування змісту корпоративних відносин як передумова вирішення корпоративних спорів // Правовий тиждень. — 2007. — № 42 (63). — С. 11.
13. Концепція розвитку законодавства України на 1997–2005 роки. — К., 1997 — 120 с.; «Про схвалення концепції державної програми підтримки сім'ї у 2006–2010 роках» Розпорядження Кабінету Міністрів України від 11.05.2006 р. № 259-р // Офіційний Вісник України. — 2006. — № 20. — Ст. 1487.
14. Кодифікація приватного (цивільного) права України / [за ред. проф. А. Довгерта]. — К.: Український центр правничих студій, 2000. — 336 с.

15. Концепция модернизации хозяйственного законодательства на базе Хозяйственного кодекса Украины (проект) // Экономика и право. — 2006. — № 2(15). — С. 5-16.

16. Знаменський Г. Наукоємність сучасного господарського права // Право України. — 2010. — № 8. — С. 19-25.



**Старинський Микола Володимирович**

*доцент кафедри цивільно-правових дисциплін та банківського права ДВНЗ  
«УАБС НБУ», кандидат юридичних наук*

## **ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ КОНСТРУЮВАННЯ ПОНЯТЬ (ДЕФІНІЦІЙ) В ПРАВІ**

На початковому етапі дослідження будь-якого явища та становлення вчення (науки) про нього перед дослідниками постає ряд завдань від вирішення яких залежить адекватне сприйняття нового знання про досліджуваний об'єкт чи явище суспільством та індивідом. На наш погляд головними серед таких завдань є побудова адекватних дійсності правових понять та категорій як головних абстрактно-логічних форм відображення соціально-правової реальності. Проте варто наголосити на тому, що на сучасному етапі розвитку юридичної науки методологічним питанням конструювання і побудови абстрактно-логічного поняттєвого апарату приділяється недостатньо уваги. Це призводить до того, що понятійно-категоріальний апарат який закріплений в чинних нормативно-правових актах України досить часто змінюється і швидкість його зміни не сприяє стабільності правовідносин що виникають в українському суспільстві.

Враховуючи зазначене на сучасному етапі розвитку юридичної науки взагалі та науки яка досліджує цивільні правовідносини на перший план виходять питання методології конструювання понять і категорій яка б дозволила створити адекватний понятійно-категоріальний апарат що відображав би об'єктивну реальність суспільних відносин. Тому метою та завданням даної статті є окреслення головних методологічних засад конструювання понять (дефініцій), що мають бути використовувані при нормотворчості.

Досліджуючи наукову літературу, що присвячена методології юридичної науки варто зазначити, що питанням методології конструювання юридичних понять і категорій присвячено досить багато робіт. Серед них варто виділити роботи таких вчених як А. М. Васільєв [1], Д. А. Керімов [8], В. М. Карташов [7], Ю. А. Денисов, Л. І. Спірідонов [6; 13], І. С. Самощенко, В. М. Сирих [11; 12], М. Ф. Орзіх [9], Г. С. Остроумов [10], М. Д. Шаргородський [16], Л. С. Явіч [17] та інші. Проте варто зазначити, що наукові результати які були отримані використовуються на практиці не досить ефективно.

Аналізуючи чинне законодавство України взагалі та цивільне законодавство зокрема і звертаючи увагу на дефініції, що закріплюються на рівні законів та підзаконних нормативно-правових актів варто наголосити на тому, що вони не достатньо чітко відображають явища і відносини що виникають в українському суспільстві.

Аналіз наукових робіт вчених, що займались методологією юридичної науки надає можливість окреслити основні, на наш погляд, методологічні прийоми які

мають використовуватись при створенні та конструювання понятійно-категоріального апарату науки права взагалі, та науки що досліджує цивільні правовідносини.

Перед тим як перейти до розгляду методологічних засад конструювання юридичних (правових) дефініцій варто звернути увагу на те, що собою являє така категорія як «поняття» і категорія «дефініція».

Узагальнюючи підходи, що містяться в науковій літературі яка присвячена філософії та методології науки можна сказати що під категорією «поняття» розуміють мінімально-логічну форму уявлення знань. З точки зору логічного знання «поняття» — це форма мислення, що включає в себе сукупність ознак, необхідних і достатніх для вказівки чи виділення будь-якого предмету (чи класу предметів). Розглядаючи «поняття» як форму мислення варто вказати на те, що воно є відображення явищ та предметів з боку їх суттєвих ознак. Як зазначено в літературі поняття здатне відображати глибинний, сутнісний бік явища. Характерною рисою поняття є те, що за їх допомогою різні предмети, властивості і відносини відображаються в людській свідомості через їх сутнісні ознаки [2, С. 87]. Дослідники звертають увагу на те, що поняття будучи утвореним свідомістю індивіда є результат узагальнення предметів чи об'єктів певного класу і його виділення по певній сукупності загальних для предметів чи об'єктів цього класу — і в сукупності відмінних для них — ознак.

Також в літературі акцентується увага на важливості відрізнити такі категорії як поняття та уявлення (рос. представления) що може виникнути в уяві людини при роздумах про предмет чи при сприйнятті мови. Варто наголосити що уявлення це суто чуттєва складова свідомості індивіда. Поняття ж відноситься до суто когнітивного плану. Це означає, що не залежно від того, якими перцептивними образами супроводжується поняття в індивідуальній свідомості, воно може бути висловлене, стати частиною суджень, бути піддане аргументованому звіту про свій зміст та має бути зрозумілим іншому учаснику мовної взаємодії.

Аналіз наукової літератури дає можливість зазначити, що «дефінація» як категорія виступає засобом пізнання сутності того чи іншого явища, в нашому випадку правового, ключ до праворозуміння, інструментарій для філологічного та спеціально-юридичного способів тлумачення правових норм. Такий висновок можна зробити і на підставі аналізу чинних нормативно-правових актів який показує, що для правильного і чіткого вираження власної волі законодавець використовує не тільки загальноприйняту лексику, але й спеціально галузеву термінологію, дефініції, що характеризується більш високим ступенем формальної визначеності. І цей високий ступінь формальної визначеності набувається саме за рахунок дефініцій.

Таким чином можна з впевненістю говорити, що поняття, як мінімально-логічна форма уявлення про певний об'єкт чи предмет об'єктивується в дефініціях що закріплюються в чинному законодавстві перетворюючись на правові (законодавчі) дефініції.

Роль правових дефініцій є величезна, оскільки неточна дефініція чи її відсутність призводить до можливості маніпулювати змістом, формувати хибні уявлення, що призводить до прийняття помилкових рішень органами правозастосування.

Проте варто зазначити, що не всі явища чи предмети потребують наявності дефініції тому що, як зазначають дослідники [15, С. 172], дефініції мають і негативний бік оскільки збільшують і загромождають законодавство. Також варто

додати, що дефініції звужують можливості інтерпретації правової норми та обмежують межі її тлумачення судами та іншими суб'єктами правозастосування, що як вірно зазначає С. Ю. Головіна [3, С. 655], не завжди можна вважати позитивним явищем, особливо в умовах відставання законодавства від потреб юридичної практики.

В наукових роботах які присвячені правовій лінгвістиці [5, С. 68] сформульовано чотири основних ознаки наявності яких свідчить про необхідність об'єктивації поняття у вигляді нормативної дефініції, а саме:

- поняття створене шляхом переосмислення загальнонавчаних слів чи з використанням нетрадиційної лексики;
- поняття сформульовано за допомогою слів, що дуже часто вживаються в побуті та викликають множинні смислові варіанти;
- з врахуванням мети нормативного акту поняття є спеціальним;
- поняття по-різному трактується юридичною наукою та практикою.

При розробці правових понять і їх об'єктивації в дефініції, враховуючи що конструювання поняття це логічна операція, мають бути дотримані наступні правила, що вироблені наукою логікою [4, С. 103-105], а саме правило співвіднесення, правило кола, правило відсутності вказівки на негативні ознаки, правило зрозумілості.

Керуючись правилом співвіднесення при конструюванні дефініцій варто звертати увагу на те, щоб визначуване співпадало з тим чим визначається, оскільки в разі включенні в те чим визначається зайвих елементів його нормативне визначення буде ширше фактичного і навпаки позбавлення уваги певних суттєвих елементів призводить до необґрунтованого звуження сфери дії поняття.

Керуючись правилом кола при конструюванні дефініцій варто уникати визначень які базуються на інших визначеннях, а ці другі визначення визначаються через перше. Порушення цього правила призводить до виникнення тавтології.

Керуючись правилом відсутності вказівки на негативні ознаки слід уникати визначати поняття через перерахування ознак, що відсутні в явищі чи об'єкті дефініція якого конструюється.

Керуючись правилом зрозумілості слід використовувати слова, що є зрозумілими, однозначно сприймаються невизначеним колом суб'єктів та мають бути відомі більше ніж поняття дефініція якого конструюється.

Прийшовши до висновку про необхідність дослідження правового явища досліднику варто спочатку максимально його усвідомити, оскільки процес пізнання складається з формування у свідомості ідеальної моделі досліджуваного явища. Такий свідомий (той що знаходиться у свідомості) аналог реально існуючого явища є науковим поняттям і головним інструментом наукового мислення і пізнання, в що процесі дослідження та нормотворення може перетворитись на правову дефініцію.

В юридичній літературі, що стосується методології науки, в якості способу створення наукових понять пропонується метод сходження від конкретного до абстрактного. Суть цього методу закладається в тому, що початкові наукові поняття формуються в процесі переведення в абстрактну форму емпіричних знань про явище за яким спостерігають. Чуттєве уявлення про досліджуваний предмет розкладається на елементи, найбільш прості абстракції, з яких потім у свідомості створюється структура досліджуваного об'єкта. Як наслідок поняття, що сконструйовані з використанням такого методу представляють собою сукупність

загальних, повторюваних ознак явища. Варто звернути увагу на те, що зазначений метод є загальнонауковим, а в юриспруденції з його допомогою формуються всі основоположні поняття і категорії. Стосовно ж юридичної науки та спеціально-юридичних методів створення понять варто зазначити наступне.

В. М. Сиріх пропонує три способи створення початкових юридичних понять: спосіб ізолюючої (аналітичної) абстракції, спосіб абстракції ототожнення і спосіб абстракції ідеї. Перший спосіб заключається в виділенні у свідомості дослідника окремої властивості явища і об'єктивації її в поняття. За допомогою другого способу виявлені раніше окремі ознаки явища порівнюються, після чого подібні правові феномени, що володіють подібними емпірично встановленими ознаками, об'єднуються в групи однорідних явищ та фіксуються за допомогою термінів. Третій спосіб означає процес відображення у свідомості ще не існуючих правових явищ та процесів, в результаті чого створюються уявні моделі-ідеї.

В процесі наукового пізнання правової реальності зазначені способи створення початкових понять використовуються як окремо так і в поєднанні проте, тільки в сукупності вони являють собою метод сходження від конкретного до абстрактного.

Варто наголосити на тому, що продуктивність методу сходження від конкретного до абстрактного досить обмежена об'єктивними рамками. Результатом його застосування є лише початкові наукові поняття, що представляють собою просту сукупність характерних ознак явища. Тобто використання цього методу можна охарактеризувати як попередній етап пізнання правової дійсності який дозволяє виділити родові ознаки досліджуваного явища.

На думку Д. А. Керімова, істинно наукове поняття від побутового відрізняє здатність відображати суттєві ознаки досліджуваного явища. Однак перерахунок навіть суттєвих ознак не дає уявлення про сутність явища, оскільки для більш глибокого розуміння явища необхідно з'ясування різних взаємозв'язків об'єкта з іншими правовими явищами, його співвідношення з суміжними поняттями. На етапі виявлення зазначеного (ознак поняття) в процесі пізнання окрім родових ознак поняття включає в себе систему елементів, з яких складається предмет дослідження, і тим самим відображає його структуру. У зв'язку з цим виділена абстракція продовжує розвиватись, накопичувати відомості відносно досліджуваного явища і поступово трансформується з «поняття загальних імен (позначень)» в «поняття як систему знань».

Але слід зазначити, що поняття не може помістити в собі абсолютно всі ознаки досліджуваного явища, відобразити всі сторони взаємодії правових феноменів. Формальна логіка не може надати інструментарію, що дозволяє відобразити у свідомості сутність досліджуваного явища юридичної дійсності. В даному випадку досліднику на допомогу приходить метод сходження від абстрактного до конкретного. Це сукупність прийомів заснованих на принципах матеріальної діалектики, які відображають сутність права як тотального цілого у всій багатоманітності його внутрішніх і зовнішніх взаємозв'язків за допомогою створення органічної системи взаємопов'язаних юридичних понять.

Якщо метод сходження від конкретного до абстрактного представляє собою розчленування єдиного емпіричного образу досліджуваного явища на складові частини, то в подальшому (в процесі використання методу сходження від абстрактного до конкретного) проходить зворотній процес поєднання в єдине ціле вже досліджених та пізнаних суттєвих ознак в взаємопов'язану систему понять. Результатом використання методу сходження від абстрактного до конкретного є вже не проста сукупність понять, що характеризується основними ознаками



досліджуваного явища, а органічна система понять в їх взаємозв'язку яка відображає саму суть явища.

Чітке дотримання зазначених методологічних засад та правил логіки, на нашу думку, надасть можливість закріплювати на рівні законодавства термінопоняття, що максимально наближені до об'єктивної реальності та точно відображають сутність суспільних явищ.

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Васильев А. М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. — М.: Юридическая литература, 1976. — 264 с.
2. Войшвилло В. К. Понятие как форма мышления: логико-гносеологический анализ. — М.: изд. МГУ, 1989. — 239 с.
3. Головина С. Ю. Проблемы формирования дефиниций в трудовом законодательстве России // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: Материалы Международного «круглого стола» (Черновцы, 21-23 сентября 2006 года) / [под ред. В. М. Баранова, П. С. Пацуркивского, Г. О. Матюшкина]. — Нижний Новгород: Нижегородский исследовательский научно-прикладной центр «Юридическая техника», 2007. — 1456 с.
4. Горский Д. П. Определение (логико-методологические проблемы). — М., 1974. — 312 с.
5. Губаева Т. В. Язык и право. — М., 2003. — 160 с.
6. Денисов Ю. А., Спиридонов Л. И. Абстрактное и конкретное в советском правоведении. — Л., 1987. — 300 с.
7. Карташов В. Н. Юридические дефиниции: некоторые методологические подходы, виды и функции // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: Материалы Международного «круглого стола» (Черновцы, 21-23 сентября 2006 года) / [под ред. В. М. Баранова, П. С. Пацуркивского, Г. О. Матюшкина]. — Нижний Новгород: Нижегородский исследовательский научно-прикладной центр «Юридическая техника», 2007. — 1456 с.
8. Керимов Д. А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. — М., 2003. — 521 с.
9. Орзих М. Ф. Содержание методологии юридической науки // Правоведение. — 1973. — № 1. — С. 21-27.
10. Остроумов Г. С. Правовое осознание действительности. — М.: Наука, 1969. — 170 с.
11. Самощенко И. С. Сырых В. М. К методологии познания государственно-правовых явлений // Советское государство и право. — 1965. — № 9. — С. 10-16
12. Самощенко И. С. Сырых В. М. К методологии советского правоведения // Советское государство и право. — 1973. — № 6. — С. 25-30
13. Спиридонов Л. И. Социальное развитие и право. — Л.: «Издательство ЛГУ», 1973. — 205 с.
14. Сырых В. М. Логические основания общей теории права: в 2 т. — М., 2000. — Т.1: Элементарный состав. — 528 с.
15. Ушаков А. А. Очерки советской законодательной стилистики: Учебное пособие. — Пермь, 1967. — 291 с.

16. Шаргородский М. Д. Право и объективные законы общественной жизни // Правоведение. — 1972. — № 5. — С. 99-105.

17. Явич Л. С. К вопросу о методологии юридической науки // Советское государство и право. — 1963. — № 5. — С. 85-90



# СУБЪЕКТИВНОЕ ПРАВО, ЕГО ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ И ЗАЩИТА

**Вавилин Евгений Валерьевич**

*профессор кафедры гражданского права Саратовской государственной академии  
права, доктор юридических наук, доцент*

## ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ: ВСПОМОГАТЕЛЬНЫЕ СДЕЛКИ И СЕКУНДАРНЫЕ ПРАВА

1. Научное осмысление реализации права с позиции субъекта этого права, управомоченного лица, является малоисследованной проблемой. Между тем, в сфере гражданского права, где используется преимущественно диспозитивный метод воздействия, наиболее актуально изучение механизма реализации прав, в котором важнейшей составляющей и движущим импульсом является интерес правообладателя. Следовательно, целесообразно рассмотреть реализацию прав и исполнение обязанностей с позиции субъекта права. Центральной категорией при исследовании механизма осуществления субъективных прав следует соответственно признать право субъекта, а движущим стимулом — его законный интерес.

Практическая сторона данного подхода заключена в том, что, только изучая механизм реализации права можно в конкретике наблюдать действие права и совершенствовать те элементы правовой системы, которые затрудняют, либо делают невозможным действительное, эффективное регулирование общественных отношений.

**Механизм осуществления субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей** — это законодательно обусловленный порядок организации юридических способов, средств и действий участников гражданского оборота, обеспечивающий фактическое достижение субъектом правовой цели (получение блага).

С этой точки зрения, особенно важно детально исследовать механизм осуществления гражданских прав и исполнения обязанности не только как систему определенных элементов, но и выявить действие, движение указанной правовой конструкции.

Механизм осуществления прав и исполнения обязанностей основан на единстве разнородных составляющих: процесса смены состояний права (обязанности), объективации и субъективации права и обязанности, основных и организационных правоотношений, функциональных и служебных стадий. Динамика осуществления права связана, в первую очередь, с изменением состояний субъективного права в процессе его осуществления. Только последовательная смена состояний субъективного права в единстве дает представление о целостном процессе осуществления. Анализируемый признак дает возможность оперировать таким понятием, как стадия осуществления права и исполнения обязанности.

2. **Стадия осуществления** того или иного права — это состояние права в определенный момент времени. При этом каждая стадия характеризуется набором определенных взаимообусловленных качественных характеристик права.

Например, право акционеров на имущество ликвидируемого акционерного общества формируется в процессе ликвидации данного акционерного общества. На этой стадии оно представляет собой хотя и персональную, но потенциальную возможность владения имуществом до момента осознания акционером этого права и завершения расчетов с кредиторами, утверждения ликвидационного баланса совершения иных предусмотренных законом действий (ст. ст. 22, 23 ФЗ от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. — 1996. — № 1. — Ст. 1).

После совершения указанных процедур право установлено и начинает осуществляться фактически. Иными словами, субъективное право, обладающее потенциальной возможностью реализации, после возникновения решающего юридического факта становится действительно осуществимым. Механизм осуществления прав и исполнения обязанностей можно рассматривать широко — принимая во внимание весь процесс индивидуализации прав и обязанностей, и более узко — учитывая непосредственно сам процесс реализации (исполнения).

В первом случае изучению должен подвергаться многоступенчатый процесс с возникновения предпосылок к формированию субъективного права и обязанности, с момента их формирования до осуществления этого права и исполнения обязанности.

В узком смысле под реализацией права (исполнением обязанности) следует понимать осознанные волевые действия правообладателя (обязанного лица), направленные на осуществление возможностей, заложенных в норме права.

Основное различие этих подходов кроется в составе стадий механизма осуществления. Так, в широком понимании структуру механизма осуществления прав будет составлять последовательность следующих стадий: подготовительный этап (предреализационный); формирование субъективного права; установление субъективного права; процедурная стадия реализации данного субъективного права; защита нарушенного права; стадия фактического и юридического осуществления права.

В узком смысле механизм реализации права начинает действовать с момента осознания субъектом своего правообладания. В данном случае механизм реализации прав и исполнения обязанностей предстает как ряд стадий: установление субъективного права, процедурная реализация права, защита нарушенного права, стадия фактического и юридического осуществления права и исполнения обязанности.

Важно проследить постепенность изменений субъективного права, выявить причины, стимулирующие его переход в процессе осуществления из одного состояния в другое, и что особенно важно, определить факторы, нарушающие этот порядок, затрудняющие на разных этапах преобразование нормативно определенных возможностей в индивидуальные умственно-волевые акты, направленные на получение искомого блага. Этим обусловлена не только теоретическая, но и практическая значимость определения динамики механизма реализации прав и исполнения обязанностей.

Следовательно, ключевым в изучении механизма осуществления субъективных прав и исполнения обязанностей является вопрос о том, что движет данную юридическую конструкцию, обеспечивает постепенную и неотвратимую смену стадий реализации? То есть в чем заключается сам процесс, действие механизма?

3. Наиболее динамичными элементами механизма являются процедуры. Сами же **правовые процедуры** представляют собой совокупность определенного

вида сделок, организованных таким образом, чтобы их совершение последовательно приводило к требуемому результату.

Осуществление права формируется двумя видами сделок: основными (купля-продажа, наем, дарение и т.д.) и вспомогательными (передача вещи, требования, перевод долга и т.д), последние направлены на совершение первых и имеют выраженный служебный характер.

Существенным признаком вспомогательных сделок является то, что они не приводят к достижению конечных хозяйственных (экономических) целей сторон. Например, при передаче вещи, передаче требования, переводе долга, выдаче, акцепте и передаче векселя или чека указанные действия не являются достаточным основанием для приобретения или сбережения имущества за счет другого лица. Они являются только необходимым условием для возникновения секундарного права на совершение очередной сделки.

В частности, договор купли-продажи представляет собой двустороннюю сделку. Для реализации этой основной сделки необходимо совершение ряда вспомогательных сделок. Во-первых, совершается передача покупателем денежных средств за товар продавцу. Данная вспомогательная сделка порождает секундарное право требовать от другой стороны совершения очередной ответной сделки — передачу товара.

Таким образом, одно юридически значимое действие субъекта требует от контрагента совершения другого юридически значимого действия. Так происходит движение, развитие правоотношений, проистекает процесс реализации основного права.

Процедура в механизме осуществления прав и исполнения обязанности складывается из последовательности вспомогательных сделок, объединенных общей юридической целью. Последовательность совершения вспомогательных сделок, их качественный состав формирует содержание каждой отдельной юридической процедуры. Иными словами, для каждой юридической процедуры характерен свой набор, своя конфигурация вспомогательных сделок.

4. Представление о юридической процедуре как о последовательности действий и возникающих на их основе отношений, ведущих к определенному правовому результату, не отражает, на наш взгляд, юридического существа данного явления. Юридическая процедура это не просто система последовательных действий, а совокупность вспомогательных сделок, порождающих соответствующие секундарные права, поскольку в юридическую процедуру входят действия, непосредственно влияющие на развитие правоотношения.

Так, перемещение субъекта к месту нахождения ведомства, осуществляющего государственную регистрацию права собственности, не входит в содержание самой процедуры регистрации права, хотя и представляет собой действия, определенного вида деятельность, направленную на достижение правового результата (осуществление регистрации). Вместе с тем предоставление субъектом документов в регистрационную палату представляет собой вспомогательную сделку, влекущую необходимость совершения другой стороной ответной сделки — приема документов. Следующим шагом в осуществлении обязанности государственной регистрации будет получение субъектом регистрационного листа.

Таким образом прослеживается, что процедура достигает своей юридической цели посредством совершения субъектами права совокупности определенным

образом выстроенных, упорядоченных сделок. И последовательность данных сделок, их конфигурация образует индивидуальную процедуру.

К примеру, своеобразием будут отличаться процедуры передачи вещи по договору аренды, подряда, купли-продажи, безвозмездного пользования и т. д. Действия, совершаемые участниками указанных правоотношений одинаковы, но конфигурации вспомогательных сделок различны, что в каждом из приведенных случаев делает процедуру индивидуальной.

В зависимости от своеобразия складывающихся отношений совершенная вспомогательная сделка требует совершения конкретной ответной вспомогательной сделки от обязанного или управомоченного лица. Например, передача должником своего долга влечет необходимость принятия кредитором данных денежных средств. Если какая-либо вспомогательная сделка не совершается — процедура не движется и весь механизм в целом останавливается. То есть, несовершение одной из вспомогательных сделок приводит к остановке механизма осуществления прав и исполнения обязанностей.

Таким образом, в основе действия механизма осуществления прав и исполнения обязанностей лежит совершение участниками правоотношений последовательности вспомогательных сделок, порождающих соответствующие секундарные права (либо обязанность) другой стороны на совершение ответных вспомогательных сделок. Указанные сделки объединены общей целевой установкой юридической процедуры. С этой точки зрения, механизм осуществления прав и исполнения обязанностей представляет собой иерархическую многоуровневую систему юридических процедур, которые совершаются путем осуществления ряда вспомогательных сделок.

Вспомогательная сделка — то минимальное необходимое звено механизма осуществления прав и исполнения обязанностей, выпадение которого влечет остановку, неизменное «торможение» всей конструкции в целом.

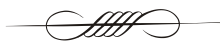
Подводя некоторые итоги, следует отметить, что механизм осуществления субъективного права и исполнения обязанности в широком смысле включает в себя следующие стадии: предреализационную, формирование субъективного права, его установление, процедурная стадия реализации права, стадия фактической реализации, стадия защиты нарушенного права.

Механизм осуществления субъективных гражданских прав отражает процесс осуществления субъективного права, представляющий собой последовательную смену состояний права. Предреализационная стадия создает возможность права конкретного субъекта быть осуществимым, стадия формирования права индивидуализирует право, на стадии установления право приобретает свойство осуществимости, на процедурной стадии право осуществляется юридически и на стадии фактической реализации — фактически. Для последовательного наступления всех стадий необходимо соответствие стадий и элементов механизма.

В основе действия механизма осуществления прав и исполнения обязанностей лежит совершение участниками правоотношений последовательности вспомогательных сделок, порождающих соответствующие секундарные права (либо обязанность) другой стороны на совершение ответных вспомогательных сделок. Вспомогательная сделка является минимальным звеном механизма осуществления прав и исполнения обязанностей, выпадение которого влечет остановку, неизменное «торможение» всей конструкции в целом. Механизм осуществления прав и исполнения обязанностей, таким образом, представляет

собой иерархическую многоуровневую систему юридических процедур, которые совершаются путем осуществления ряда вспомогательных сделок.

Подобное понимание открывает возможности детального исследования каждого механизма осуществления прав и исполнения обязанностей и устранения «сбоев» в их работе. В свою очередь, выверенные модели механизмов осуществления прав и исполнения обязанностей приведут к гарантированному их осуществлению и исполнению.



**Мічурін Євген Олександрович**

*професор кафедри цивільного права та процесу Харківського національного  
університету внутрішніх справ доктор юридичних наук, доцент*

## **ОБ'ЄКТИВНЕ ТА СУБ'ЄКТИВНЕ ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО**

Суб'єктивне цивільне право традиційно відіграє важливу роль. Втім, неможна не відзначити вплив об'єктивного права на здійснення суб'єктивних цивільних прав. Так, надання можливостей фізичним особам набувати у власність земельні ділянки, скасування відповідних обмежень у законі дозволило надати реального втілення переходу земель у приватну власність через здійснення суб'єктивних цивільних прав.

Конституція України (ст. 3) встановила, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, адже додержанню прав людини у правовій державі відводиться чільне місце. Оскільки цивільне право розвивається на приватницьких засадах, то значення суб'єктивних цивільних прав фізичних осіб важко переоцінити. Зараз вони починають встановлюватися на основі ідеї досягнення юридичної рівноваги між правами та ускладненням у їх здійсненні, де суб'єктивні права учасників цивільних правовідносин забезпечуються їхніми юридичними обов'язками перед суспільством та іншими учасниками правовідносин.

Отже, важливим науковим завданням, що постає на сучасному етапі розвитку цивільного права є визначення взаємодії та взаємодоповнення об'єктивного і суб'єктивного цивільного права.

Існує доволі багато досліджень і публікації, в яких започатковано розв'язання проблеми визначення суб'єктивного цивільного права як правової категорії. С. М. Братусь сформулював поняття суб'єктивного цивільного права [1, С. 33]. Втім, воно потребує кореляції, оскільки за радянських часів, до яких відноситься вказане дослідження закон визначав міру можливої поведінки особи, нині можливою є будь-яка поведінка, крім прямо забороненої. В. П. Грибанов висвітлив проблеми здійснення та захисту цивільних прав. Він розробив принципи здійснення цивільних прав, визначив необхідність їх охорони [2]. А. Г. Повзнер зробив спробу визначити види суб'єктивних цивільних прав [3]. Здійсненню суб'єктивних цивільних прав як елемента механізму правового регулювання присвятила свою працю Н. І. Мірошникова [4]. Межі здійснення суб'єктивних прав серед сучасних українських цивілістів досліджував М. О. Стефанчук [5]. Вказані вчені так чи інакше торкалися проблем взаємодії об'єктивного та суб'єктивного цивільного права.

Утім, вказані публікації відображають різні періоди розвитку нашого права — від радянських часів донині. Отже, наразі не склалося єдиної позиції щодо розуміння суб'єктивного цивільного права в сучасних умовах побудови цивільного права на приватних засадах, коли відбулося позбавлення необґрунтованого адміністративного втручання в цивільні відносини (пропорційний розвиток всіх форм власності, свобода договору без втручання у її здійснення через планові акти). Вплив правового регулювання на суб'єктивне цивільне право таким чином залишається недослідженим.

Отже, метою цієї статті є виявлення особливостей об'єктивного та суб'єктивного цивільного права в умовах побудови цивільного права на приватницьких засадах. Завданнями, що постають у зв'язку з цим є визначення існуючих наукових поглядів на об'єктивне та суб'єктивне цивільне право, їх критичний аналіз, з'ясування основних тенденцій, що впливають на розвиток уявлень про суб'єктивне цивільне право, визначення істотних моментів та виявлення складових елементів, що формують суб'єктивне цивільне право як правову категорію.

Слід відзначити, що раніше поняття об'єктивних та суб'єктивних цивільних прав майже протиставлялися одне одному. Так, прихильники нормативістського напрямку на межі ХІХ і ХХ століть висловлювалися в тому сенсі, що суб'єктивне та об'єктивне право є поняттями, які не співвідносяться, оскільки об'єктивне право може існувати без суб'єктивного, тоді як суб'єктивне право без об'єктивного існувати не може [6, С. 615]. Отже, об'єктивні та суб'єктивні цивільні права відрізняли головним чином виходячи з того, що перші виражають волю держави, другі — волевиявлення особи. Проте тут слід виходити з того, що об'єктивне право передбачає або навіть моделює суб'єктивні права учасників цивільних правовідносин на загальному та спеціальних (інституціональних) рівнях. Як зазначає М. О. Стефанчук, правова норма містить у собі модель відповідних правовідносин [5, С. 33].

За радянських часів існувало дві протилежні концепції, одна з яких вказувала на об'єктивне право як сукупність норм, що виражали волю пануючого класу [7, С. 38-39], інша визначала об'єктивне право як сукупність норм та врегульованих ними правовідносин [8, С. 17-20]. Останній підхід вмещував в об'єктивне право, крім норм права, ще й правовідносини, а як відомо, складовою останніх є суб'єктивні цивільні права. Варто відзначити, що в сучасних нормах простежується зближення суб'єктивного та об'єктивного цивільного права. Адже держава прагне максимально розвивати права фізичних осіб, а останні через правосвідомість розуміють необхідність правового регулювання. Об'єктивні цивільні права та суб'єктивні права не породжують таким чином антагонізмів.

Із розвитком права більш чітко простежуються виважені підходи про нерозривний взаємозв'язок правових категорій об'єктивного та суб'єктивного права. Цей об'єднуючий підхід має підґрунтя в тому, що зведення права лише до норм є таким, що суперечить реальній дійсності. Об'єктивне право завжди існує в єдності з суб'єктивними правами [9, С. 28] чи містить у собі суб'єктивне право через його визначення для учасників правовідносин. У літературі також зазначено, що при розгляді суб'єктивного цивільного права слід звернути увагу на те, що, попри свою зовнішню єдність, внутрішньо воно має власну структуру і складається із сукупності юридичних можливостей, наданих суб'єкту правовою нормою [5, С. 13]. Цей підхід пов'язує нормативне регулювання з врегульованими правовідносинами, адже правовідносини не можуть існувати поза нормами права. Правова регламентація пронизує суспільні правовідносини, що виникають між



суб'єктами цивільного права. Ці відносини реалізуються на основі норм актів цивільного законодавства. Навіть існуюча диспозитивність зумовлена можливістю її здійснення, регламентованою законом (ст. 3 ЦК України). Отже, як правовідносини в цілому, так і їхній елемент — суб'єктивне цивільне право не можуть здійснюватися без правового регулювання, що дозволяє говорити про взаємозв'язок суб'єктивного та об'єктивного цивільного права. Це вказує на тісний зв'язок між проблемами правового регулювання, правовідносин, що виникають між особами, та здійсненням ними суб'єктивних цивільних прав.

Д. М. Чечот зазначав, що об'єктивне право існує незалежно від того, чи виникли на його основі суб'єктивні права або обов'язки в окремих осіб [1010, с.8]. Тут ідеться про співвідношення визначеного у нормі права та існуючого у відносинах між особами, що не завжди збігається. Так, норма права може виявитися недієвою, коли вона не враховує реально існуючих суспільних відносин. Як відзначає М. О. Стефанчук, деякі правові норми надають особі конкретні права, але не містять (або містять недосконалий) механізм їх здійснення, тому виникає своєрідний правовий вакуум, коли особа юридично наділена правом, але фактично не може його здійснювати, що, по суті, означає лише декларативний характер проголошеного права [5, С. 54]. Утім правовідносини виникають і суб'єктивне цивільне право здійснюється на основі правового регулювання, яке має спиратися на ефективний механізм, що забезпечує реальне, а не декларативне здійснення суб'єктивного права.

Для того щоб з'ясувати існуючі взаємозв'язки всередині суб'єктивного цивільного права, слід визначити його зміст, який, за висловом О. С. Іоффе, полягає в тому, що належить чи заборонено робити зобов'язаній особі [11, С. 49]. Це визначення виходить із правових приписів та заборон, які окреслюють можливості здійснення суб'єктивного цивільного права через поведінку зобов'язаної особи. Н. І. Мірошникова, визначаючи зміст суб'єктивного цивільного права, вказує, що його складають можливості, передбачені відповідною правовою нормою [4, С. 7]. Втім, у сучасних умовах вихідна посилка: особі дозволено робити все, що прямо не заборонено законом, — неодмінно впливає на здійснення суб'єктивного права, що сьогодні відбувається не стільки через можливості, передбачені правовими нормами, скільки через можливості, що які прямо не заборонені правовою нормою. Зокрема, згідно зі ст. 13 ЦК України особа зобов'язана при здійсненні суб'єктивного цивільного права утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині, додержуватися моральних засад суспільства тощо. Враховуючи ці загальні заборони, особа при здійсненні суб'єктивного цивільного права загалом має право вчиняти дії на свій розсуд.

Правильним щодо змісту суб'єктивного цивільного права видається підхід Ю. К. Толстого, який відносив до нього забезпечення уповноваженій особі певної поведінки іншої особи; поведінку, дозволена уповноваженій особі; сукупність прав та обов'язків [12, С. 35]. Тим більше, що ст. ст. 12–14 ЦК України цілком вкладаються в цю теоретичну модель, оскільки враховують як здійснення цивільних прав, так і виконання цивільних обов'язків.

При здійсненні суб'єктивного цивільного права відбувається перетворення можливості особи діяти певним чином на конкретні права та обов'язки, що втілюються в окремих правовідносинах, які виникають між суб'єктами цивільного права. Тому суб'єктивне цивільне право нерозривно пов'язане з забезпеченням законом можливостей його **здійснення**. Цінність будь-якого суб'єктивного права полягає не лише в його наявності, а в можливості здійснення цього суб'єктивного

права [4, С. 11]. Б. В. Дукальський під здійсненням суб'єктивного цивільного права розуміє здійснення уповноваженою особою наданих їй суб'єктивним правом юридичних чи фактичних можливостей [13, С. 6], а Н. І. Мірошникова — виконання суб'єктами права передбачених законом можливостей, що створюють зміст суб'єктивного цивільного права для задоволення певних потреб [4, С. 24]. Отже, потреби фізичних осіб у матеріальних благах задовольняються через можливості, які виявляються саме при здійсненні суб'єктивного цивільного права. Можна стверджувати, що для задоволення цих потреб саме й здійснюється суб'єктивне цивільне право, у зазначеному полягає його сенс.

Відповідно, норми цивільного права не лише мають наділяти осіб суб'єктивними правами, але й забезпечувати здійснення цих прав. У певних випадках для забезпечення можливості здійснення суб'єктивного цивільного права однією особою у нормі права має вміщуватися обмеження прав іншої особи, що забезпечує здійснення права першою. Так, сервітут визначає обсяг прав щодо користування особою чужим майном (ч. 1 ст. 403 ЦК України). Задля здійснення прав сервітуарія норма закону (ст. 396 ЦК України) наділяє його правом на захист цього права, в тому числі і від власника майна, що забезпечує можливість сервітуарію здійснювати своє право, а власнику визначає необхідність утриматися від порушення права сервітуарія, що здійснюється ним належним чином. При цьому сервітут не позбавляє власника права володіння, користування та розпорядження майном (ч. 5 ст. 403 ЦК України). Наведена правова конструкція є практично ідеальною з точки зору її побудови, оскільки законом тут цілком забезпечена можливість здійснення прав як сервітуарієм, так і власником нерухомості, та через юридичні механізми пропорційно обмежені права власника щодо втручання у здійснення прав сервітуарія, і чітко визначена можливість захисту прав сервітуарія та власника відповідно до положень Гл. 29 ЦК України. На жаль, не завжди здійснення суб'єктивного цивільного права чітко визначається законом. Невирішеним, наприклад, залишається питання про порядок відмови від права власності на тварин [5, С. 43], хоч в цілому відмова від права власності передбачена у ЦК України. У літературі слушно зазначається, що ефективні механізми здійснення суб'єктивного цивільного права повинні бути чітко передбачені в нормах об'єктивного права, а тому необхідно, щоб цивільне законодавство України було достатньо збалансованим і не утворювало колізій, прогалин чи інших утруднень у застосуванні його положень [5, С. 32].

При здійсненні суб'єктивного цивільного права, як зазначає Н. І. Мірошникова, неодмінно відбувається правозастосування, що організує здійснення цивільних прав, і втілюється в життя диспозиція правової норми. Застосування права веде до нормального здійснення цивільного права [4, С. 13]. Отже, здійснення цивільних прав, хоч і належить до суб'єктивного права, ґрунтується на об'єктивному праві, оскільки здійснення суб'єктивного цивільного права відбувається з урахуванням норм об'єктивного права, і лише в такому випадку можна говорити про правомірне здійснення суб'єктивних цивільних прав. Більше того, механізм здійснення суб'єктивних цивільних прав включає засоби та умови, що забезпечують здійснення передбачених цивільним законом можливостей.

Отже, є підстави, щоб зробити наступні висновки:

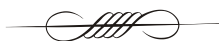
1. Об'єктивне право впливає на розвиток та можливості здійснення суб'єктивного цивільного права. В сучасних умовах спостерігається розвиток права приватної власності (можливість одержання у власність засобів виробництва, земельних ділянок, іншого майна), що відбувся через принципово інший підхід:

відміну відповідних обмежень, що існували у радянському законодавстві. Згідно до ідеї розвитку прав людини, проголошеної у Конституції України цивільне право позбулося необґрунтованих обмежень майнових прав фізичних осіб.

2. Законодавство може впливати на здійснення суб'єктивних цивільних прав, в певних випадках обмежуючи їх здійснення. Адже може виникати загальнокорисна, що має підкріплюватися волею держави потреба у стримуванні особи діяти на її власний розсуд через необхідність додержання прав інших осіб, наділених суб'єктивними цивільними правами, та через потребу у врахуванні важливих суспільних інтересів.

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Братусь С. Н. О соотношении гражданской правоспособности и субъективных гражданских прав // Сов. государство и право. — 1949. — № 8. — С. 30–34.
2. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. — М.: Статут, 2000. — 411 с.
3. Повзнер А. Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — М., 1961. — 16 с.
4. Мирошникова Н. И. Механизм осуществления субъективных гражданских прав. — Ярославль: Ярослав. гос. ун-т., 1989. — 84 с.
5. Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, 2006. — 201 с.
6. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. — М.: Изд. Бр. Башматовых, 1910. — Вып. 1. — 839 с.
7. Мицкевич А. В. К вопросу о понятии права / А. В. Мицкевич, И. Е. Фарбер // Сов. государство и право. — 1957. — № 1. — С. 38–39.
8. Пионтковский А. А. Некоторые вопросы общей теории государства и права // Сов. государство и право. — 1956. — № 1. — С. 17–20.
9. Пионтковский А. А. К вопросу о взаимоотношении субъективного и объективного права // Сов. государство и право. — 1958. — № 5. — С. 26–30.
10. Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты. — Ленинград: Изд-во Ленинград. ун-та, 1968. — 72 с.
11. Иоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву / О. С. Иоффе. — Л.: Изд. ЛГУ, 1949. — 143 с.
12. Толстой Ю. К. К теории правоотношения. — Ленинград: Изд-во Ленинград. ун-та, 1959. — 88 с.
13. Дукальский Б. В. Пределы осуществления права личной собственности в СССР: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. — М.: ВНИИ сов. законодательства, 1972. — 20 с.



**Тычинин Сергей Владимирович**

*заведующий кафедрой гражданского права и процесса Белгородского государственного национального исследовательского университета, доктор юридических наук, профессор*

## **ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО СТАТУСА ГОСУДАРСТВЕННЫХ КОРПОРАЦИЙ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РФ**

Современные социально-экономические условия, связанные с усилением роли государственного участия в гражданском обороте России, повлекли появление новых видов организаций с государственным участием. К числу таковых следует отнести государственные корпорации. Мотивацией появления государственных госкорпораций послужило осуществление ими общественно значимых задач в сферах социальной политики, оказания государственных услуг, финансовой и банковской деятельности, отвечающей потребностям государства.

Правовой основой госкорпораций явился ФЗ от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» (с посл. изм. и доп.) [1] где *госкорпорацией признается не имеющая членства некоммерческая организация, учрежденная Российской Федерацией на основе имущественного взноса и созданная для осуществления социальных, управленческих или иных общественно полезных функций*.

Очевидно, что при помощи госкорпораций планировалось интегрировать государство в современное рыночное хозяйство. В значительной мере такие организации создавались не по пути огосударствления какого-то имущества, а просто по пути систематизации того, что у государства и так уже есть, но разбросано по разным местам и плохо управляется.

Однако появление новой организационно-правовой формы повлекло значительные трудности в гражданско-правовом статусе госкорпораций как субъектов права, а так же в правовом режиме принадлежащего им имущества. Эти проблемы стали предметом серьезных научных дискуссий. Новая организационно-правовая форма подверглась многочисленной, и на наш взгляд, вполне справедливой критике [2].

Из приведенного законодательного определения можно попытаться определить признаки госкорпорации: 1) некоммерческий статус (осуществление социальных, управленческих или иных общественно полезных функций); 2) отсутствие членства (единственный учредитель — Российская Федерация); 3) форма образования имущественной основы (первоначального капитала) — имущественный взнос Российской Федерации; 4) возникновение в силу закона.

Анализ большинства законов о госкорпорациях показывает, что их деятельность отнюдь не замыкается на некоммерческой деятельности. Так, целью деятельности госкорпорации «Ростехнологии» является содействие разработке, производству и экспорту высокотехнологичной промышленной продукции, привлечение инвестиций в организации различных отраслей промышленности, включая оборонно-промышленный комплекс. Банк развития (Внешэкономбанк) действует в целях обеспечения повышения конкурентоспособности экономики Российской Федерации, ее диверсификации, стимулирования инвестиционной деятельности путем осуществления инвестиционной, внешнеэкономической, страховой, консультационной и иной деятельности, поддержки экспорта российских товаров, работ и услуг, малого и среднего предпринимательства.

Целью деятельности Агентства по страхованию вкладов является обеспечение функционирования системы страхования вкладов.

Государственная корпорация создается единственным учредителем — государством. Отсутствие членства исключает такие организации из состава корпораций. Государственные корпорации могут создаваться только на основе специального закона, в рамках которого осуществляется конкретизация целей создания и функций деятельности госкорпорации. Все другие юридические лица создаются на основе учредительных документов.

Первая госкорпорация — Агентство по реструктуризации кредитных организаций (АРКО) была ликвидирована в июле 2004 г. [3] и Федеральным законом «О страховании вкладов физических лиц в банках российской федерации» от 23 декабря 2003 г № 177-ФЗ была создана действующая до настоящего времени государственная корпорация — Агентство по страхованию вкладов [4]. В течение 2007 г. были созданы еще шесть государственных корпораций вследствие принятия Законов «О банке развития» [5], «О Российской корпорации нанотехнологий» (Роснанотех) (преобразована в ОАО) [6], «О Фонде содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства» [7], «О Государственной корпорации по строительству олимпийских объектов и развитию города Сочи как горноклиматического курорта» (Олимпстрой) [8], «О Государственной корпорации «Ростехнология» [9], «О Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом» [10]. Все они считаются некоммерческими организациями и получают в свою собственность госимущество, освобожденное от налога на прибыль.

Одной из весомых причин правовой неопределенности государственных корпораций, на наш взгляд, явилась объективная закономерность, заключающаяся в изначальной противоречии возможности осуществления эффективной предпринимательской деятельности в форме государственной структуры. При помощи госкорпорации, финансируемой в основном за счет бюджета, государство пытается заниматься бизнесом. В данном случае другие участники гражданского оборота находятся в неравных условиях в плане доступа к государственным ресурсам, устраняется конкурентная среда.

Становится очевидным, что госкорпорации, как и иные юридические лица с доминирующим участием публично-правовых образований, не могут быть эффективными субъектами рынка. Поэтому дальнейшее реформирование законодательства о юридических лицах должно быть направлено на ограничение возможности использования государственного (публичного) имущества в предпринимательской деятельности посредством деятельности «полукоммерческих» организаций. Не случайно в России, на самом высоком уровне пришли к выводу о необходимости реформирования госкорпораций [11]. В настоящее время на уровне Президента РФ и Правительства РФ подчеркнута необходимость постепенного их реформирования. Председатель Правительства РФ В.В. Путин 14 мая 2010 г. поручил Минфину и экономразвития России подготовить предложения по ускорению оформления прав собственности организаций с государственным участием на закрепленные за ними недвижимое имущество и земельные участки, а также по снятию излишних административных барьеров [12].

В соответствии с Федеральным законом от 27 июля 2010 г. № 211-ФЗ Российская корпорация нанотехнологий реорганизована в форме преобразования в открытое акционерное общество. Госкорпорация «Ростехнологии» может быть преобразована в акционерное общество уже в первом квартале 2014 года [13]. «Олимпстрой» после завершения Олимпиады 2014 года предполагается

ликвидировать, а вопрос о ликвидации Фонда содействия реформированию ЖКХ пока остается открытым.

Как при создании, так и при реорганизации государственных корпораций центральной проблемой является крайне запутанные отношения собственности и как следствие сложности в оформлении необходимых документов на имущество, принадлежащее государству.

Серьезные трудности возникают в вопросах формирования оптимальной модели управления объектами собственности. Необходимо предпринимать новые решения с учетом сложившейся экономико-правовой действительности. Сложность ситуации выражается в том, что Российская Федерация предаст безвозмездно имущественный взнос госкорпорации. Здесь возникает вопрос, кто же становится собственником этого имущества: госкорпорация, государство или они совместные собственники? На наш взгляд, в данном случае проведена попытка закрепить чуждую российскому правопорядку плюралистическую модель права собственности.

Можно поддержать тех ученых, которые утверждают, что в данном случае не происходит приватизации имущества, поскольку последняя носит возмездный характер [14, С. 44].

Госкорпорации праве осуществлять правомочия собственника только в соответствии с целями своей деятельности. Здесь так же следует учитывать, что органы управления госкорпораций формируется из представителей властных структур, которые собственно и распоряжаются значительной частью имущества госкорпораций. Решения о совершении сделок с имуществом принимают наблюдательные советы госкорпораций и даже Правительство РФ. Поэтому говорить о свободном распоряжении госкорпорацией переданного ей государством имущества сложно.

Таким образом, госкорпорация создается и управляется государством, распоряжение имуществом осуществляется под его же влиянием, тогда как ответственность по долгам госкорпорация несет самостоятельно. Кредиторы же имеют отношения с госкорпорацией как с собственником. То есть мы получили организацию, которой управляют одни, а отвечают совсем другие.

В этой связи является крайне важным в законодательстве четко определить пределы правомочий государственной корпорации как собственника, которые тесно должны быть увязаны с основной целью их функционирования — выполнение крупных социально значимых целей.

Поскольку государство передает госкорпорации в собственность имущество, порядок и цели его использования должны четко контролироваться государственными органами. При этом нельзя допустить, что бы публично-правовые органы вмешивались в деятельность госкорпораций за рамками федерального законодательства.

Определенные подвижки в разрешении этого вопроса можно ожидать от новых инициатив Президента РФ. Пребывание высших правительственных чиновников в советах директоров госкомпаний с некоторых пор была устоявшейся практикой. Считалось, что таким образом государство осуществляет контроль над этими кампаниями. 30 марта 2011года в Магнитогорске Президент РФ на заседании Комиссии по модернизации заявил о своем решении вывести профильных министров и вице-премьеров из состава советов директоров крупных госкомпаний. По мнению главы государства, правительство должно инициировать принятие решений на собраниях акционеров о замене профильных министров и

вице-премьеров на независимых директоров в основных компаниях уже до середины этого года [15].

Государственные корпорации подвергнуты критике и в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации. В ней подчеркивается, что фактически госкорпорация является не организационно-правовой формой юридического лица в смысле ГК РФ и гражданского права вообще, а специальным способом создания субъектов права, уникальных по своему правовому (частноправовому и публично-правовому) статусу.

В рамках проводимых дискуссий по реформированию ГК РФ актуальным является обсуждение вопроса об определении оптимальной модели госкорпорации как юридического лица. 21 января 2011 года в Санкт-Петербурге состоялось научное обсуждение формы юридических лиц публичного права, проведенное Лабораторией конституционной экономики госуниверситета «Высшая школа экономики». По мнению участников дискуссии, такие организации, как Центробанк, АСВ, ВЭБ, «Олимпстрой», а также Российская академия наук (РАН), не вписываются в формы юридических лиц, предусмотренные российским гражданским законодательством, — для них нужна специальная форма, учитывающая наличие властных полномочий.

Гражданский кодекс Украины (ст.81), следуя правовым традициям европейского права, определяет юридическое лицо публичного права. Порядок его образования и правовой статус определяется Конституцией Украины и законом. Накопленный опыт апробирования названного института в Украине сегодня был бы весьма полезен в России. Интерес, например, представляет вопрос, является ли юридическое лицо публичного права более надежным контрагентом, гарантирующим надлежащее исполнение обязательств, по сравнению с государственными (муниципальными) предприятиями или учреждениями?

Обоснованную тревогу высказывает решение законодателя в отношении запрета применения к госкорпорациям процедуры несостоятельности. Это существенно снижает уровень защиты интересов кредиторов и неизбежно осложнит процесс привлечения частных инвестиций.

Для определения правовой сущности госкорпораций и разработки эффективного механизма использования соответствующих объектов собственности госкорпораций, в теории гражданского права является важным определить принципиальное отличие между государственными корпорациями, предприятиями, основанными на праве хозяйственного ведения и АО с доминирующим публично-правовым акционером. Например, почему же законодатель для решения крупных социальных проектов не мог использовать более-менее устоявшуюся организационно-правовую форму — государственное унитарное предприятие, основанное на праве хозяйственного ведения? Требуется определиться, в чем выражается преимущество госкорпорации по сравнению с иными формами участия государства в гражданском обороте?

К числу важных вопросов, возникающих в связи с деятельностью госкорпораций, является четкое отграничение функций госкорпорации от функций публично-правовых органов. На практике имеют место случаи выполнения госкорпорациями не свойственных им публично-правовых функций, например создание собственных служб безопасности, выдача разрешений на осуществление определенных видов деятельности и т.п. Поскольку госкорпорация является самостоятельным юридическим лицом, созданным для достижения конкретных целей, постольку оно не вправе осуществлять управленческие (властные) функции органов публичной власти, в том числе при помощи

имеющегося у него имущества. Госкорпорация должна использовать это имущество в соответствии с назначением и целями, определенными в законе. Иначе невозможно определить границы полномочий государственной корпорации и публично-правовых органов. Деятельность госкорпораций не может подменять функции органов государственной власти.

Подводя краткое резюме следует отметить, что создание новых видов юридических лиц с государственным участием должно сопровождаться глубоким научным анализом оптимальной модели их функционирования, а при создании юридических лиц с участием публично-правовых образований — определением эффективного механизма использования переданного им имущества.

### ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:

1. Собрание законодательства РФ. — 1996. — № 3. — Ст. 145.
2. См., напр.: Суханов Е.А. Совершенствование гражданского кодекса и развитие гражданского законодательства в современной России // Актуальные вопросы государства и права в Российской Федерации и в Республике Македонии: Сборник научных статей. Вып. 1 / Отв. ред. А.Е. Шерстобитов. — М.: Статут, 2006 // СПС Консультант плюс; Семенов А., Серегина Т. Особенности правового положения государственной корпорации // Право и экономика. — 2008. — № 2. — С.3-9; Курбатов А. Государственная корпорация как организационно-правовая форма юридического лица // Хозяйство и право. — 2008. — № 4. — С. 105-124; Кудашкин В.В. Мифы и реальность госкорпораций // ЭЖ-Юрист. — 2008. — № 24. — С.8; Ефимова Л. О правовой природе госкорпораций // Хозяйство и право. — 2008. — № 8. — С.59-58.
3. Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 31. — Ст. 3223.
4. Собрание законодательства РФ. — 2003. — № 52 (часть I). — Ст. 5029.
5. Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 22. — Ст. 2562.
6. Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 30. — Ст. 3753.
7. Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 30. — Ст. 3799.
8. Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 45. — Ст. 5415.
9. Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 48 (2 ч.). — Ст. 5814.
10. Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 49. — Ст. 6078. Следует упомянуть о существовании ФГУП «Государственная корпорация по организации воздушного движения в Российской Федерации», образованной Постановлением Правительства Российской Федерации для целей обеспечения безопасности и регулярности полетов гражданской авиации, формирования единой хозяйственной системы организации воздушного движения. В данном случае аббревиатура «государственная корпорация», использованная в названии унитарного предприятия, может вводить в заблуждение потенциальных контрагентов.
11. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.kremlin.ru/transcripts/5979>
12. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://government.ru/docs/10586/>
13. Собрание законодательства РФ. — 2010. — № 31. — Ст. 4180.
14. Вовк А.А. Осуществление и защита права собственности государственных корпораций. дисс...канд. юрид. наук. — Краснодар, 2010. — С.44.
15. Медведев. Д.А. 10 мер по улучшению инвестиционного климата [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://blog.kremlin.ru/post/154/transcript>
16. Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 2009. — № 11.





**Канзафарова Ілона Станіславівна**

*заступник декана економіко-правового факультету Одеського національного університету імені І. І. Мечникова, доктор юридичних наук, заслужений юрист України*

**ОБ'ЄКТИ ПРАВОВІДНОСИН ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ  
ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ**

Питання про об'єкти правовідносин цивільно-правової відповідальності в юридичній літературі розглядається дуже рідко.

Однією із причин такого стану речей є складність і спірність питання про поняття об'єкту цивільних правовідносин взагалі.

Так, наприклад, Р. Б. Шишка вважає, що об'єкти цивільних правовідносин — «це все те, з приводу чого виникають цивільні права та юридичні обов'язки» [1, С. 126]. Р. О. Стефанчук під об'єктами цивільних правовідносин розуміє «матеріальні та нематеріальні блага, з приводу яких виникають цивільні правовідносини та процес створення цих благ» [2, С. 71]. Крім того, в юридичній літературі зустрічаються твердження, що об'єкт — це те, «на що *направлене правовідношення*» [3, С. 87], «на що *впливає правовідношення*» [4, С. 99], «на що дане правовідношення *направлене і здійснює певний вплив*» [5, С. 77-78]. А Р. Й. Халфіна взагалі *виключає об'єкт* з переліку елементів правовідношення. Вона вважає, що елементами структури правовідношення є: 1) учасники правовідношення; 2) права та обов'язки, їх взаємозв'язок; 3) реальна поведінка учасників правовідношення у співвідношенні з правами та обов'язками [6, С. 211]. При цьому вона зазначає, що «об'єкт правовідношення має значення для виникнення і розвитку багатьох видів правовідносин і для їх структури, не будучи разом з тим елементом структури» [6, С. 217].

В. П. Грибанов, піддаючи критиці позиції тих, хто вважає, що об'єкт — це те, з приводу чого виникає правовідношення і те, на що правовідношення направлене, зауважує: «... якщо об'єкт правовідношення — це те, з приводу чого виникають права та обов'язки, то тут як об'єкт сприймається привід, причина, мотив, з яких суб'єкти вирішили вступити в правовідношення. Коли ж під об'єктом розуміють те, на що правовідношення направлене, то мають на увазі ту мету, заради якої сторони вступили в правовідношення. Як у першому, так і в другому випадку ми бачимо підміну одного поняття іншим. Між тим у філософії об'єкт завжди протистоїть суб'єкту і означає те, на що суб'єкт впливає... Навряд чи є вагомими підстави для того, щоб у правовій науці давати інше поняття об'єкта, ніж у філософії. Тому під об'єктом правовідношення необхідно розуміти те, на що правовідношення впливає» [4, С. 99].

Ми поділяємо зазначену позицію і будемо виходити з того, що об'єктом правовідношення цивільно-правової відповідальності є те, на що воно впливає.

Як вірно зазначає О. С. Іоффе, будь-яке явище впливає на інше явище насамперед своїм змістом. У цивільного правовідношення є юридичний, вольовий і матеріальний зміст. Юридичний зміст правовідношення утворюють права та обов'язки його суб'єктів. Але права та обов'язки можуть впливати лише на

поведінку людей, тому юридичним об'єктом цивільного правовідношення є та поведінка зобов'язаної особи, якої має право вимагати управомочена особа. Оскільки воля окремих осіб як учасників правовідношення підпорядковується державній волі, то воля цих осіб, тобто воля носіїв цивільних прав та обов'язків, є вольовим об'єктом цивільного правовідношення. Матеріальний зміст правовідношення утворює те суспільне відношення, яке ним закріплюється. У цього суспільного відношення може бути свій об'єкт. Тому матеріальний об'єкт цивільного правовідношення — це той об'єкт, яким володіє відповідне суспільне відношення. Відокремлення юридичного і матеріального об'єкта має суттєве теоретичне і практичне значення, оскільки не всі суспільні відносини, що регулюються правом, мають свої матеріальні об'єкти [7, С. 216-221].

Наукову позицію щодо доцільності виокремлення юридичних і матеріальних об'єктів правовідносин підтримує й Н. С. Кузнецова, яка зокрема, розглядаючи об'єкти зобов'язання, зазначає, що «юридичним об'єктом зобов'язання, як і будь-яких цивільних правовідносин, визнається певна поведінка зобов'язаної особи», а наявність матеріальних об'єктів залежить від особливостей певних зобов'язань [8, С. 711-712].

Враховуючи зазначене, у правовідношенні цивільно-правової відповідальності дії боржника по відшкодуванню шкоди (збитків), сплаті (передачі) неустойки тощо складають юридичний об'єкт, а майно (цінності), що передаються боржником кредитор у порядку виконання обов'язку, — матеріальний об'єкт правовідношення. Таким чином, боржник повинен вчинити активні дії. У той же час, вчиняючи зазначені дії, правопорушник (суб'єкт цивільно-правової відповідальності) перетерплює негативні наслідки правопорушення, що виражаються у зменшенні його майна на розмір (величину), що відповідає повній майновій компенсації того блага, яке було втрачене потерпілим, або у розмірі тієї майнової санкції, яка встановлена законом чи договором.

Чи можна визначити «перетерплювання» в якості об'єкта правовідношення цивільно-правової відповідальності?

Наприклад, В. В. Бутнев вважає, що можна і стверджує, що об'єктом охоронного правовідношення відповідальності є перетерплювання невігідних наслідків правопорушником і захист прав та інтересів потерпілого, а «предметами (зовнішніми об'єктами) охоронних правовідносин відповідальності є певні міри відповідальності..., які одночасно є благами для потерпілого» [9, С. 39].

Як бачимо, В. В. Бутнев виокремлює «внутрішні» та «зовнішні» об'єкти зазначених правовідносин. У зв'язку з цим виникає запитання: яким чином об'єкт правовідношення як його складовий елемент може бути зовнішнім стосовно цього правовідношення? Відповідь очевидна: це неможливо. Але безумовна цінність наведеного висловлювання зазначеного автора полягає в тому, що він звертає увагу на те, що правопорушник саме «перетерплює» невігідні наслідки свого правопорушення.

Дійсно, ще римські юристи помітили, що юридичні норми вимагають від нас троякої поведінки: 1) щось зробити, тобто вчинити певну дію (*facere*) — наприклад, передати річ покупцеві; 2) чого-небудь не робити, тобто утримуватись від певної дії (*non facere*) — наприклад, не користуватися чужою земельною ділянкою; 3) щонебудь терпіти (*pati*) — наприклад, терпіти покладене судом покарання. Деякі фахівці вважають, що обов'язок терпіти по суті є обов'язком не робити нічого, що противилось би відповідним діям уповноваженого. Тому можливі об'єкти правовідносин вони зводять до двох видів поведінки: позитивного (*facere*) і

негативного (*non facere*). Однак з ототожнюванням терпіння з невчиненням дій навряд чи можна погодитись. Терпіння є поведінкою *sui generis* — воно не тільки виключає думку про вчинення опору, але і передбачає підкорення чужому впливу неприємного, невігідного і взагалі обтяжуючого характеру [10, С. 160].

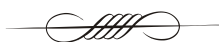
Тому перетерплювання правопорушником негативних наслідків правопорушення є об'єктом правовідношення цивільно-правової відповідальності. Але яким об'єктом? — Як нам на практиці визначити, перетерплює особа чи ні, як це може проявитись зовні?

На нашу думку, перетерплювання відбувається саме тоді, коли в результаті застосування відповідних санкцій зменшується майно правопорушника. І тут здійснюється вплив на волю суб'єкта, тому перетерплювання є вольовим об'єктом.

Вольовим об'єктом, як вже зазначалось, є воля учасників правовідносин, яка за допомогою наданих їм прав і покладених на них обов'язків підкоряється волі держави, вираженій в нормах об'єктивного права. Воля ж суб'єктів правовідношення, як вірно зазначає О. С. Іоффе, не може бути об'єктом їх взаємних домагань, а виступає в якості об'єкта впливу зі сторони норм об'єктивного права [7, С. 217].

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Шишка Р. Б. Цивільні правовідносини // Цивільне право України: Курс лекцій: У 6-ти томах. / Р. Б. Шишка, В. А. Кройтор, Я. О. Чапичадзе, М. О. Самойлов; [за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. — Харків: Еспада, 2004. — Т. 1. Книга 1. — С. 123-131.
2. Стефанчук Р. О. Цивільно-правові відносини // Цивільне право України: Навч. посіб. / Ю. В. Білоусов, С. В. Лозінська, С. Д. Русу та ін. [за заг. ред. Р. О. Стефанчука]. — К.: Наукова думка; Прецедент, 2004. — С. 30-86.
3. Див., наприклад: Гражданское право. — М.: Юрид. лит., 1969. — Т. 1. — 536 с.
4. Грибанов В. П. Понятие гражданского правоотношения // Советское гражданское право: Учебник. — М.: Юрид. лит., 1979. — Т. 1. — С. 92-104.
5. Егоров Н. Д. Гражданское правоотношение // Гражданское право. Учебник / [под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева]. — М.: Изд-во ТЕИС, 1996. — Часть 1. — С. 73-85.
6. Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. — М.: Юрид. лит., 1974. — 351 с.
7. Иоффе О. С. Советское гражданское право. — М.: Юрид. лит., 1967. — 494 с.
8. Кузнецова Н. С. Загальна характеристика зобов'язальних правовідносин // Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін. / [за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової]. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — Книга 1. — С. 707-717.
9. Бутнев В. В. Реализация юридической ответственности в гражданском процессе: Учебное пособие. — Ярославль: Яросл. гос. ун-т, 1985. — 86 с.
10. Тарановский Ф. В. Энциклопедия права. — 3-е изд. — СПб: Лань, 2001. — 560 с.



**Берестова Ірина Ерїївна**

*вчений секретар Інституту приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України, кандидат юридичних наук, доцент*

## **СУБ'ЄКТИВНЕ ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ПРИВАТНИЙ ІНТЕРЕС: НАУКОВІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ПОНЯТЬ**

Категорія інтересу є однією з найбільш складних та дискусійних у сучасній науковій літературі. Інтереси є спонукальною силою для встановлення, зміни та припинення правових зв'язків. Вони «збуджують правову творчість і справляють на неї вплив». За оцінкою Р. фон Ієрінга, правові приписи постають на основі дії інтересів. Ф. Хекк, розвиваючи це положення, визначає закони «результатами взаємодії суперечливих інтересів» [1, С. 68]. Інтерес передує правам і обов'язкам незалежно від того, чи знаходить він пряме закріплення в законодавстві чи просто «спідлягає правовому захисту з боку держави» [2, С. 92-93].

На поєднання суспільних та типових особистих інтересів вказував і В. П. Грибанов, що відображається в будь-якому суб'єктивному праві. Інтерес є передумовою не лише набуття, а й реалізації суб'єктивних прав. Від інтересу уповноваженої особи значною мірою залежить і захист суб'єктивного права, зокрема, звернення з вимогою захисту права до компетентних органів (суду) або відмова від такого звернення [2, С. 240-241]. Ефективне застосування нормативно-правових актів також значною мірою залежить від того, наскільки повно і збалансовано в них враховані інтереси виконавців та інших учасників суспільних відносин, що регулюються цими актами.

Приватний інтерес виступає видовою категорією по відношенню до категорії інтересу [11, С. 51]. Для того, щоб зрозуміти поняття «приватний інтерес», необхідно з'ясувати багатозначність терміну «приватний». Про приватний інтерес слід вести мову у рамках інтересу конкретного відносносамостійного суб'єкта, крім того у значенні інтересу, детермінованого індивідуальними особистими характеристиками суб'єкта та такого, що не має суттєвого значення для суспільства в цілому, як малозначного.

Будь-який суб'єкт соціальної дії, визначений окремо сам по собі виступає приватною особою. Думка такої особи, індивіда — це його приватна думка, приватний інтересу. У силу багатьох обставин її думка не завжди знає точно характери свого інтересу.

Так, Гегелем у його праці «Філософія права» було яскраво визначено підстави існування приватного інтересу: «... Человек, индивидуум редко знает, чего он действительно хочет; для того чтобы знать, что человек, что его разумная воля хочет, нужно глубочайшее понимание... Очень редко люди, даже образованные индивидуумы, понимают самих себя, большинство переходит от мнения к мнению и редко понимает, чего оно хочет» [4, С. 474].

Отже, формуючи та здійснюючи власний приватний інтерес, суб'єкт може спиратися на будь-який компонент частини: одиничний, спільний, цілісний. Він із буде формулювати характер інтересу. Так, компонент одиничності завдає частині нове, відокремлене від смислу окремої частини значення. Приватне як одиничне протистоїть спільному та цілісному як публічному. При цьому у смисловому значенні приватне логічно не є і принципово не може бути публічним.

Під приватним інтересом ми розглядаємо елемент суспільного відношення та діяльності, актуальний для потреб суб'єкта приватного права, сутність якого

полягає у залежності суб'єкта від об'єктів та відносин природної та соціальної реальності, що має значення для забезпечення його нормальної життєдіяльності.

Для встановлення критеріїв співвідношення між приватним правом та суб'єктивним цивільним правом необхідно коротко дослідити підходи до визначення суб'єктивного права та його взаємовідносин з інтересом.

Розглядаючи поняття суб'єктивного права необхідно вказати на концепцію Р. Ієринга [5, С. 26]. Вказаний вчений під суб'єктивним правом розумів захищений державою інтерес. Концепція одразу викликала бурхливу реакцію з боку наукової громадськості. Суть його концепції полягала у тому, що суб'єктивне право складається з двох елементів: із елемента субстанціонального, матеріального, у якому полягає практична мета суб'єктивного права, а саме: користі, вигоди, прибутку, забезпеченого правом та із елемента формального, який співвідноситься до мети як засіб (можливість правового захисту, позову).

Двозначну позицію з розглядуваного питання займав Г. Ф. Шершеневич [6, С. 197-198]. Він достатньо високо оцінював роль приватного інтересу у праві: у якості двох критеріїв, що визначають область цивільного права: приватні особи та приватний інтерес як зміст відношення. Вчений заперечував проти теорії протиставлення суб'єктивного права та інтересу. Оскільки суб'єктивне право представляє юридичну можливість здійснення інтересу, то воно не може виникнути без дійсного інтересу: майнового чи морального. Якщо такий інтерес існував у момент визначення правовідношення, але згодом відпав, разом з ним припиняється і суб'єктивне право.

Підсумовуючи думки вчених сформулюємо власне бачення суб'єктивного права: у суб'єктивному праві полягає будь-який інтерес уповноваженої особи: матеріальний, сімейний, політичний чи інший, у чому і проявляється цінність суб'єктивного права. Суб'єктивне право — це можлива поведінка, чия реалізація цілком залежить від розсуду уповноваженої особи, її волі та бажання. Однак рамки можливої поведінки, і як наслідок, рамки реалізації власного приватного інтересу чітко окреслені нормами об'єктивного права.

Розглядаючи питання суб'єктивного цивільного права також треба звернути свою увагу на те, що попри свою зовнішню єдність внутрішньо воно має власну структуру та складається із сукупності юридичних можливостей, наданих суб'єкту правовою нормою.

У юридичній літературі містяться різні думки щодо визначення суб'єктивного цивільного права. Вперше в радянській цивілістиці поняття суб'єктивного цивільного права сформулював С. М. Братусь. Він вказував на те, що суб'єктивним цивільним правом є визнана і забезпечена законом міра можливої поведінки особи [7, С. 33]. Інший відомий теоретик, Н. Г. Александров, пропонує доповнити визначення С. М. Братуся вказівкою не лише на міру, але і на вид можливої поведінки, виходячи з того, що категорія «міра» характеризує суб'єктивне право лише з кількісної сторони [8, С. 110]. На підтвердження цього М. І. Матузов зазначив, що суб'єктивне цивільне право, з точки зору юридичної науки, є не лише можливість суб'єкта діяти, а діяти у відповідних межах (міра поведінки) та відповідним чином (вид поведінки) [9, С. 94].

При аналізі поняття суб'єктивного цивільного права доцільно приєднатися до позиції М. О. Стефанчука, який вважає під суб'єктивним цивільним правом надану особі нормами права міру можливої поведінки, з метою задоволення її законного інтересу, що включає в себе правомочності по вчиненню певної поведінки самою уповноваженою особою, вимозі визначеної поведінки від зобов'язаної особи чи осіб та захисту свого суб'єктивного цивільного права у разі

його порушення, невизнання або оспорювання [10, С. 14]. Тобто можна припустити, що метою суб'єктивного цивільного права є задоволення законного інтересу носія правомочності.

Суб'єктивне цивільне право може проявлятися у якості засобу реалізації приватного інтересу. Разом з тим слід наголосити, що попри свою зовнішню єдність внутрішньо суб'єктивне право має власну структуру та складається із сукупності юридичних можливостей, наданих суб'єкту правовою нормою.

Так, суб'єктивне цивільне право і приватний інтерес представляють собою два різних явища, при чому інтерес виходить за межі правової категорії, а одночасно може виступати і філософською, і соціальною, і економічною правовою категорією. На відміну від приватного інтересу суб'єктивне право виступає однією із центральних, але правових категорій. Тому одне і те саме явище не може бути одночасно і засобом (суб'єктивне цивільне право) і ціллю (приватний інтерес).

Отже, співвідношення суб'єктивного права та приватного інтересу полягає у тому, що приватний інтерес, відбиваючись у свідомості правомочного суб'єкта, є смислоутворюючим фактором вольової поведінки суб'єкта цивільних відносин, а суб'єктивне цивільне право представляє собою особливий юридичний засіб реалізації приватних цілей, і, в решіт-решт — приватного інтересу суб'єкта.

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Ципеліус Р. Філософія права: Переклад з нім. 4-го видання / [під ред. проф. Є. М. Причепія]. — К.: Тандем, 2000. — 300 с.
2. Права человека: Учебник для вузов / [отв. ред. Е. А. Лукашева]. — М.: Издат. Группа «НОРМА-ИНФРА-М», 1999. — 573 с.
3. Грибанов В. П. Интересы в гражданском праве / В кн. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. — М.: Статут, 2000. — 411 с.
4. Гегель Г. В. Ф. Философия права. — М, 1990. — 524 с.
5. Иеринг Р. Интерес и права. — Ярославль, 1880. — 268 с.
6. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права: Учебное пособие. В 2 т.- М., 1995. — Вып. 2, 3, 4. — Т. 2. — С. 197–198
7. Братусь С. Н. О соотношении гражданской правоспособности и субъективных гражданских прав // Советское государство и право. — 1949. — № 8. — С. 30-37.
8. Александров Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе. — М.: Госюриздат, 1955. — 175 С.
9. Матузов Н. И. Субъективное право как мера свободы и форма осуществления правовых норм // Тезисы докладов и научных сообщений всесоюзной конференции «Юридические гарантии правильного применения советских правовых норм и укрепление социалистической законности» 28–30 октября 1970 г. — К.: Наукова думка, 1970. — С. 94.
10. Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав: Дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. — К., 2006. — 202 с.
11. Сивий Р. Б. Приватне (цивільне) право в системі прав України: Монографія. — К. КВІЦ. — 2006. — 214 с.



**Бичкова Світлана Сергіївна**

*заступник начальника кафедри цивільного права і процесу Національної академії внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент*

## **ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ ТА ЗАХИСТУ СУБ'ЄКТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ МАЛОЛІТНІМИ І НЕПОВНОЛІТНІМИ ОСОБАМИ**

Деякі суб'єкти цивільних правовідносин (зокрема, малолітні та недієздатні особи) не можуть особисто здійснювати всі чи окремі свої суб'єктивні цивільні права, захищати їх у разі порушення, невизнання чи оспорення. А тому для забезпечення прав, свобод та інтересів таких осіб законодавець передбачив представництво за законом.

У юридичній літературі представництво за законом ще називають обов'язковим, оскільки воно виникає у випадках, коли і представник, і межі його повноважень встановлюються законом, незалежно від волі особи, яку представляють [3, С. 248]. Можна при цьому додати, погоджуючись з Є. О. Харитоновим, що діяльність законного представника складає його обов'язок [1, С. 410], а отже, також не залежить від його волі, якщо не виникне підстав для його заміни при захисті у суді суб'єктивних прав, свобод та інтересів особи, яку представляють, як передбачено у частинах 3, 4 ст. 43 ЦПК України.

Таким чином, при представництві за законом тільки законодавець встановлює:

- 1) що інтереси певних категорій осіб обов'язково має представляти представник;
- 2) хто саме буде представником;
- 3) які повноваження належать представникові [4, С. 100].

Однак метою нашої розвідки будуть не всі випадки представництва за законом, а лише ті, що стосуються представництва дітей, якими, відповідно до ч. 1 ст. 6 СК України, ст. 1 Закону України «Про охорону дитинства», є особи віком до 18 років (повноліття), якщо згідно з законом, застосовуваним до них, вони не набувають прав повнолітньої раніше. Адже, виходячи із преамбули до указанного Закону, охорона дитинства в Україні є стратегічним загальнонаціональним пріоритетом.

Відповідно до частин 1, 2 ст. 42 ЦК України законними представниками малолітніх осіб є їх батьки (усиновлювачі) та опікуни, а неповнолітніх — їх батьки (усиновлювачі). Хоча у ч. 3 цієї ж статті зазначено, що у випадках, встановлених законом, законним представником може бути й інша особа.

Але при аналізі зазначеної правової норми відразу виникає два запитання: по-перше, якщо законними представниками неповнолітніх осіб є їх батьки (усиновлювачі), то чому не зазначено, хто буде їх законними представниками у разі, якщо вони є сиротами або позбавлені батьківського піклування; а по-друге, чи може ще хтось бути законними представниками малолітніх та неповнолітніх осіб?

При відповіді на перше запитання спочатку необхідно з'ясувати, чи дійсно у в матеріальних правовідносинах інтереси неповнолітніх осіб мають представляти їх законні представники.

Як впливає із ст. 32 ЦК України, неповнолітня особа самостійно вчиняє правочини від свого імені. Хоча у деяких випадках для цього їй необхідно отримати згоду батьків (усиновлювачів) або піклувальників, а іноді — ще й згоду (дозвіл) органу опіки та піклування. Неповнолітня особа особисто несе і

відповідальність за завдану нею шкоду. На батьків (усиновлювачів), піклувальників неповнолітньої особи, а також на заклад, який за законом здійснює стосовно неї функції піклувальника, в деяких випадках покладається лише додаткова відповідальність (ст. 33, 1179 ЦК України). Це дало підстави деяким вченим стверджувати, що у сфері цивільних відносин батьки (усиновлювачі) представниками такої дитини не є, оскільки жодних правочинів від її імені вони вчинити не можуть [2, С. 460].

Проте за наявності достатніх підстав суд за заявою батьків (усиновлювачів), піклувальника, органу опіки та піклування може обмежити право неповнолітньої особи самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією чи іншими доходами або позбавити її цього права (ч. 5 ст. 32 ЦК України). У цьому випадку необхідно, щоб указані дії хтось вчиняв від імені та в інтересах неповнолітньої особи, а саме — її законний представник.

Отже, можна дійти висновку, що неповнолітня особа, якщо її цивільна дієздатність не обмежена судом, може особисто здійснювати свої суб'єктивні цивільні права.

Але чи може неповнолітня особа особисто захищати свої суб'єктивні цивільні права? Згідно із ч. 1 ст. 16 ЦК України кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого права та інтересу. За загальним правилом, права, свободи та інтереси неповнолітніх осіб у суді можуть захищати їх батьки, усиновлювачі, піклувальники чи інші особи, визначені законом. Хоча суд вправі залучити до участі в таких справах неповнолітню особу (ч. 2 ст. 39 ЦПК України). Неповнолітні особи можуть особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки у суді лише у справах, що виникають з відносин, у яких вони особисто беруть участь, якщо інше не встановлено законом. При цьому суд може залучити до участі у таких справах законного представника неповнолітньої особи (ч. 2 ст. 29 ЦПК України).

Таким чином, неповнолітня особа не може особисто захищати свої цивільні суб'єктивні права, крім як у випадках, встановлених законом.

Можна підсумувати, що інтереси неповнолітніх осіб у встановлених у законі випадках представляють їх законні представники. Проте чи правий законодавець, який не подумав при формулюванні ст. 242 ЦК України про законних представників неповнолітніх осіб, які є сиротами або позбавлені батьківського піклування?

Відповідно до ст. 59 ЦК України над такими неповнолітніми особами встановлюється піклування. У ч. 3 ст. 69 ЦК України зазначено, що піклувальник зобов'язаний вживати заходів щодо захисту цивільних прав та інтересів підопічного. Остання норма повністю узгоджується із указаними вище положеннями цивільного процесуального законодавства, але не називає піклувальників законними представниками неповнолітніх осіб.

На нашу думку, зважаючи на необхідність захисту прав, свобод та інтересів неповнолітніх дітей, які є сиротами або позбавлені батьківського піклування, слід доповнити частину 2 ст. 242 ЦК України другим реченням такого змісту: «У встановлених законом випадках законними представниками неповнолітніх осіб є їх піклувальники».

Зупинимось ще на особливостях здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав малолітніми особами.

Відповідно до ч. 1 ст. 31 ЦК України малолітня особа має право самостійно вчиняти лише дрібні побутові правочини і здійснювати особисті немайнові права



на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом. При цьому законодавець не зазначив, хто буде вчиняти від її імені інші правочини.

У частинах 3, 4 ст. 67 ЦК України встановлено, що опікун вчиняє правочини від імені та в інтересах підопічного. Крім того, він зобов'язаний вживати заходів щодо захисту цивільних прав та інтересів останнього. Опіка ж, згідно ст. 58 ЦК України, встановлюється над малолітніми особами, які є сиротами або позбавлені батьківського піклування.

Таким чином, у цивільному законодавстві прямо не закріплено, хто вчиняє правочини від імені та в інтересах малолітніх осіб, які не є сиротами і не позбавлені батьківського піклування.

Відповідно до ч. 2 ст. 31 ЦК України малолітня особа взагалі не несе відповідальності за завдану нею шкоду. Із ст. 1178 ЦК України випливає, що у встановлених законом випадках шкода, завдана такою особою, відшкодовується її законними представниками.

Здійснивши комплексний аналіз статей 31, 67, 242, 1178 ЦК України, можна стверджувати, що правочини, які малолітня особа не може особисто вчиняти, від її імені та в її інтересах вчиняють законні представники. Тобто такі правочини від імені та в інтересах малолітньої особи, яка не є сиротою і не позбавлена батьківського піклування, вчиняють її батьки (усиновлювачі).

У зв'язку із цим необхідно доповнити ст. 31 ЦК України новою частиною такого змісту: «Усі інші правочини від імені та в інтересах малолітньої особи вчиняють її батьки (усиновлювачі)».

Щодо захисту суб'єктивних цивільних прав малолітніх осіб слід зазначити, що у суді їх права, свободи та інтереси захищають батьки, усиновлювачі, опікуни чи інші особи, визначені законом (ч. 1 ст. 39 ЦПК України).

Зважаючи на вищезазначене, можна зробити висновок, що малолітня особа не може особисто здійснювати свої суб'єктивні цивільні права, крім як у встановлених законом випадках, і не може особисто захищати свої цивільні суб'єктивні права.

Отже, законними представниками малолітніх і неповнолітніх осіб є їх батьки, усиновлювачі, опікуни або піклувальники, а також, зважаючи на ч. 3 ст. 242 ЦК України, інші особи, визначені законом.

Аналіз норм ЦК України та СК України до інших осіб, визначених законом, дозволяє віднести:

– відповідний орган опіки та піклування, який здійснює опіку (піклування) над дитиною до встановлення над нею опіки (піклування) і призначення їй опікуна (піклувальника) (ст. 65 ЦК України);

– заклад, що здійснює опіку (піклування) над дитиною, яка в ньому перебуває, якщо над нею не встановлено опіку (піклування) або не призначено опікуна (піклувальника) (ст. 66 ЦК України);

– патронатних вихователів, які повинні захищати дитину, її права та інтереси як опікуни (піклувальники) без спеціальних на те повноважень (ст. 255 СК України);

– прийомних батьків, які діють без спеціальних на те повноважень як опікуни (піклувальники) прийомних дітей (ч. 4 ст. 256-2 СК України);

– батьків-вихователів, які діють без спеціальних на те повноважень як опікуни (піклувальники) дітей (ч. 4 ст. 256-6 СК України).

Хоча слід зауважити: у юридичній літературі висловлено думку, що, «за підставами виникнення, джерелом фінансування, патронатний договір ... можна віднести до договірною представництва». Крім того, оскільки для здійснення

виховання та утримання прийомними батьками та батьками-вихователями прийомних дітей «потрібно укладення договору між ними та органом опіки та піклування, їх теж можна віднести швидше до договірного представництва, ніж до законного» [5, С. 11].

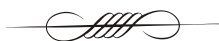
По-перше, хотілося б акцентувати, що договір про патронат, так само як прийомних батьків і батьків-вихователів, не можна віднести ні до якого представництва. Останні у випадках, встановлених законом, виступають як представники. А договір про патронат у передбачених законом випадках є підставою для виникнення відносин представництва.

І по-друге, договірним є представництво, яке виникає як акт узгодженої волі довіреної особи та її представника. Довірена особа визначає доцільність представництва, зосереджує свою увагу на тому, кому за даних умов можна довірити вчинення певної юридичної дії, визначає обсяг його повноважень [2, С. 449]. В укладенні договорів про патронат, про влаштування дітей до прийомної сім'ї, про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу участі довірена особа (якою є дитина-сирота або дитина, позбавлена батьківського піклування), як вбачається із ст. 252, ч. 2 ст. 256-4, ч. 2 ст. 256-8 СК України, не бере. Хоча і потрібна згода дитини, якщо вона досягла такого віку та рівня розвитку, що може її висловити, на передачу у сім'ю патронатного вихователя (ст. 253 СК України), на влаштування до прийомної сім'ї (ч. 2 ст. 256-3 СК України) чи до дитячого будинку сімейного типу (ч. 2 ст. 256-7 СК України), така згода лише з'ясовується службовою особою закладу, в якому перебуває дитина, про що складається відповідний документ, але не договір.

Тобто дитина в указаних випадках самостійно не обирає собі представника. Саме закон визначає, що у разі передання дитини для виховання на підставі договорів про патронат, про влаштування дітей до прийомної сім'ї і про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу, відповідні особи стають її представниками, точніше — законними представниками. А тому відносити представництво інтересів дітей патронатними вихователями, прийомними батьками і батьками-вихователями до договірного представництва немає жодних підстав.

### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / Н. С. Кузнецова, І. О. Дзера, В. М. Коссака та ін.; [за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця]. — [2-ге вид., переробл. і доповн.]. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — Т. 1. — 832 с.
2. Ромовська З. Українське цивільне право. Загальна частина: Академічний курс: підручник. — К.: Атіка, 2005. — 560 с.
3. Цивільне право України: підруч.: У 2 т. / В. І. Борисова, Л. М. Баранова, І. В. Жилінкова та ін.; [за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького]. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — 480 с.
4. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / С. С. Бичкова, Ю. В. Білоусов, В. І. Бірюков та ін.; [за заг. ред. С. С. Бичкової]. — [2-ге вид., доповн. і переробл.]. — К.: Атіка, 2010. — 896 с.
5. Шаповал Л. І. Представництво в цивільному праві: автореф. дис. канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». — К., 2007. — 20 с.



## Булеца Сібілла Богданівна

*доцент кафедри цивільного права Державного вищого навчального закладу «Ужгородський національний університет», кандидат юридичних наук, доцент*

### ВИД ПРАВОВІДНОСИН ПРИ ЗДІЙСНЕННІ МЕДИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

На жаль, на сьогоднішній день, ні один нормативно-правовий акт не визначає чітко вид правовідносин, які виникають в галузі здійснення медичної діяльності. Конституція України, Цивільний кодекс України, Кодекс про адміністративні правопорушення та інші регулюють в деякій мірі відносини, які виникають при здійсненні медичної діяльності, але науковці різної спеціальності по-різному трактують норми, які регулюють правовідносини в сфері медицини.

Який же вид правовідносин виникає між закладом охорони здоров'я та пацієнтом? Пацієнт може чотирьма шляхами вступити у відносини з медичним працівником, тобто за вольовим критерієм медична допомога може надаватися: 1) за волею особи (госпіталізація в лікарню); 2) без волі особи, коли вона знаходиться в непритомному стані (завозять в коматозному стані); 3) за волею 3 осіб (законні чи договірні представники); 4) примусово (психіатрична допомога).

Таким чином, важко визнати ці відносини чисто договірними цивільно-правовими відносинами, оскільки в останніх трьох випадках відсутня згода на укладення договору, тобто відсутня свобода на укладення договору.

Можемо, зазначити, що підставами виникнення цивільних правовідносин в галузі здійснення медичної діяльності є:

1. Юридичні факти, тобто обставини, з якими пов'язують виникнення, зміну та припинення цивільних правовідносин в галузі здійснення медичної діяльності, які поділяються на події та дії, які в свою чергу поділяються на правомірні (звернення до медичного закладу за отриманням медичної допомоги) та неправомірні (вилучення органу без згоди реципієнта) дії. Самі юридичні факти в медичній діяльності поділяємо на прості та складні. Прості включають факти, що належать до тієї ж самої галузі законодавства. Наприклад, для укладення договору надання медичних послуг необхідна сукупність фактів: взаємна згода осіб, що укладають договір; досягнення 14 років пацієнтом, у лікаря наявність дозволу на здійснення медичної діяльності; наявність хвороби, можливість надати послуги та оплатити її пацієнтом. Всі ці факти передбачені однією галуззю законодавства — цивільною.

Складні — включають факти, що належать до різних галузей законодавства. Наприклад, для створення медичного закладу охорони здоров'я потрібно створити юридичну особу, отримати ліцензію на здійснення медичної діяльності та зареєструвати в МОЗ. Тут створення юридичної особи передбачене нормами цивільного законодавства, а рішення про видачу ліцензії — це сфера адміністративного законодавства.

2. Фактичний склад, коли поєднується декілька юридично значущих обставин (пацієнт звертається до медичного закладу, лікар призначає параклінічне обстеження, лікування консультації інших спеціалістів для проведення кінцевої діагностики та подальшого лікування);

3. Юридична презумпція. У правовій сфері є феномен, який, не будучи юридичним фактом, може, породжувати правовідносини, тобто в законі присутне

припущення про наявність чи відсутність певних фактів, що мають юридичне значення.

Враховуючи, що презумпція — важливий і досить гнучкий інструмент регулювання правовідносин, завдяки якому зникають сумніви в існуванні певного юридичного факту, оскільки в них:

- відображаються вихідні, принципові засади прав;
- закладений механізм реалізації цих принципів.

Законні презумпції бувають двох видів:

- неспростовні презумпції — не потребують доведення, тому що не підлягають сумніву;
- спростовні презумпції — можуть бути спростовані в результаті встановлення іншого щодо цих фактів.

При здійсненні медичної діяльності існує презумпція розумності і добросовісності учасників цивільних правовідносин. Це означає, що:

1) правочини юридичної особи, які виходять за межі її правоздатності, визнаються недійсними;

2) учасник цивільних правовідносин визнається добросовісним, а доводити його недобросовісність має той, хто з такими діями пов'язує певні юридичні наслідки.

Вперше у світі правовідносини між суб'єктом охорони здоров'я та пацієнтом визналися договірними правовідносинами на нормативному рівні у Голландії шляхом прийняття 1 квітня 1995 році закону Medical Contract Act (Про медичний договір), завдяки якому ці відносини включенні в Цивільний кодекс Голландії у розділ зобов'язального права [1, С. 1-17]. Згідно цього нормативного акту, коли у хворого виникає потреба у медичному обслуговуванні, то укладається договір не з лікарем а з медичним закладом охорони здоров'я, з лікарем укладається договір в тому випадку, коли він є приватним підприємцем, тобто займається приватною медичною практикою навіть в межах закладу охорони здоров'я. Однак, як відомо, не існує поняття договору при виникненні недобровільної і примусової ситуації. Вихід із цієї ситуації закон передбачає так, що юридично мається на увазі договір між пацієнтом. Якщо суб'єктом є недієздатний, обмежено дієздатний, то рішення приймають опікун, піклувальник, другий з подружжя, близький родич. Постачальник медичних послуг (лікар) повинен здійснити по відношенню до пацієнта всі необхідні дії, заходи навіть проти волі представника, на користь пацієнта. Це свого роду «природний закон», призводить до виникнення у лікаря зобов'язання обслуговувати пацієнта.

В інших країнах правовідносини лікар-пацієнт регулюються не на договірних засадах, а так, що права пацієнта (в меншій мірі обов'язки) закріплюють поряд з обов'язками лікаря (разом з переліком їх прав). Ці положення закріплюються в законах, Основах законодавства про охорону здоров'я. Це наприклад, Австрія, Польща, Словаччина, Словенія, Україна, Грузія, Білорусія, Греція, Швеція, Китай, Тайвань, Узбекистан, Сальвадор), є країни де прийнятті окремі закони про права пацієнта (наприклад, Данія, Норвегія, Фінляндія, Естонія, Литва, Ісландія, Росія, Туреччина, Ізраїль, Японія, Канада, Уругвай, і Еквадор), є країни де прийняли окрему Хартію про права пацієнта та закон (наприклад, Чехія, Сполучене Королівство, Ірландія, Португалія, республіка Південної Африки, Нова Зеландія, Франція [2, С. 600].

В Угорщині Верховний суд неодноразово наголошував, що відносини між лікарем та пацієнтом мають ознаки правовідносин доручення і пацієнт доручає послугонадавачу з використанням досвіду та обладнання надати відповідне

медичне обслуговування. У рішенні Верховний Суд Угорщини Pfv.I.20.943/1955 та обласний суд Бикиш 1.Pf.20.750/1989 та обласний суд Гойду Бігор 2.Pf.20.976/1992 зазначив, що у медичних правовідносинах обслуговування спрямоване не на результативне обслуговування, а на обов'язок піклування [3, с.112].

Водночас є такі медичні обставини, які більше мають ознаки підприємницьких договорів. В таких договорах пацієнт чекає від лікаря, щоб він здійснив рутинне втручання — при відсутності специфічних обставин — без шкоди пацієнту, тобто виникають обов'язки досягнення позитивного результату для споживача послуги [4, С. 264]. Однак при цьому виникають 2 суперечливі обставини:

1) до обов'язку результату відносилось б право пацієнта давати інструкції. При медичному обслуговуванні для пацієнта це неприйнятно, неможливо. Пацієнт має право просити від лікаря, щоб він вирвав зуб, але не може вирішувати, які ліки має використовувати для усунення болю, якими знаряддями буде виривати зуб, протягом якого часу тощо. Все що він може зробити, це якщо запропонований спосіб не буде його влаштовувати, відмовитися від стоматологічної допомоги. Право пацієнта відмовитися від певних видів медичного втручання не означає, що він може керувати, наказувати лікарю;

2) людське тіло дуже складне для проведення навіть рутинних втручань; ні лікар, ні пацієнт не можуть передбачити результат наперед, оскільки будь-яке втручання може мати непередбачувані наслідки.

Тим не менш, якщо пацієнт погоджується на рутинне щоденне втручання з нормальним результатом, в такому випадку він дає не вказівки, а дозвіл лікареві провести втручання так як це зазвичай прийнято. Така згода не відрізняється від втручання, коли пацієнт укладає договір про втручання з лікарем, після того, як лікар надав всю інформацію про втручання (маніпуляції). Таким чином, для більш простих процедур, замість обов'язку піклування, треба застосовувати зобов'язання результату. Лікар-пацієнт знаходяться в особливих договірних цивільно-правових правовідносинах.

Лікар досліджує органи людини, їх функції, види хвороб, причини їх виникнення, зміни, що виникають в організмі людини, і те, що відбувається в результаті цих змін, наприклад, зараження деяких органів і тканин людини. Мета, яку переслідує лікар, — це добитися для організму людини і кожного з його органів того або іншого виду здоров'я і уберегти його від тієї або іншої хвороби. Медична діяльність спрямована на підтримку здоров'я того, хто нею володіє, або повернення здоров'я, тому, хто уражений якою-небудь хворобою. Всі ці дії можуть здійснюватися лише завдяки наявності і належному функціонуванню органів і тканин. Тому лікар повинен знати, як функціонує кожен з органів людини, оскільки органи і тканини в комплексі є об'єктом, на який спрямована медична діяльність. Об'єктом договору на надання медичної послуги є комплексний (складний) об'єкт — організм людини (комплекс органів і тканин).

Таким чином, правовідносини при здійсненні медичної діяльності є цивільно-правовими.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Ewoud Hondius and Annet van Hooft // The New Dutch Law on Medical Services. Netherlands International Law Review. — 1996. — № 43. — P. 1-17.
2. Molnár Angéla: A magyar betegjogi szabályozás a nemzetközi rendelkezések tükrében // Lege Artis Medicinae. — 2001. — № 8-9. — P. 597-608.

3. Dr. Gyöngyösi Zoltán. Az élet és test feletti rendelkezések joga. — Budapest: HVG-ORAC Lap és Könyvkiadó Kft., 2002. — 478 o.
4. Sándor Judit. Gyógyítás és ítélkezés. — Medicina, Bp. 1997. — 368 o.



**Вабищевич Светлана Степановна**  
*заведующая кафедрой гражданского права и процесса Филиала Российского государственного социального университета в г. Минске (Республика Беларусь), кандидат юридических наук, доцент*

## **ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПРАВОМ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ**

Целесообразность существования понятия «злоупотребление правом» до сегодняшнего дня признается далеко не всеми исследователями. Действительно, «трудно привести в пример хотя бы одно иное правовое явление, которое так настойчиво отрицается и одновременно вызывает к себе научный интерес» [1, С. 127].

По мнению В.А. Белова, категория «злоупотребление правом» лишена внутренней логики и единства, поскольку «нельзя злоупотребить тем, что тебе дано как право», а вред, причиняемый управомоченным лицом при осуществлении права, следует рассматривать как вред, причиненный правомерными действиями [2, С. 363].

Аналогичным образом квалифицирует последствия злоупотребления правом (как вред, возникающий в результате *правомерных действий*) Ю. А. Тарасенко, отмечая, что «при злоупотреблении происходит несоблюдение общего принципа разумности и добросовестности, которые представляют собой категории не правовые, а этические». Соответственно, норму о злоупотреблении правом данный автор предлагает изложить в следующей редакции: «Осуществление гражданских прав, в результате которого причиняется вред (или создается реальная угроза причинения вреда) другим лицам, если при этом нарушаются разумность и добросовестность, не допускаются», полагая, что запрет на действия, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, является излишним, поскольку охватывается нормами деликтного права [3, С. 463, 466].

В современной учебной юридической литературе наибольшее распространение получила предложенная в свое время В. П. Грибановым концепция злоупотребления правом, в соответствии с которой злоупотребление правом представляет собой особый тип гражданского правонарушения, совершая которое управомоченное лицо осуществляет принадлежащее ему право, однако использует при этом недозволенные конкретные формы в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения [4, С. 53; 5, С. 524].

Современные исследователи также рассматривают злоупотребление правом в качестве особого вида гражданского правонарушения, но «связанного с умышленным выходом управомоченного лица в ситуации правовой неопределенности за внутренние пределы (смысл, назначение) субъективного гражданского права (определяемые в том числе критериями разумности и добросовестности) для достижения своей незаконной скрытой цели <...> в

условиях правовой неопределенности» [6, С. 17].

На наш взгляд, каждая из приведенных позиций вносит свой вклад в решение вопросов о целесообразности законодательного закрепления и правовой природе злоупотребления правом. С этой точки зрения внимания заслуживают следующие обстоятельства.

*Во-первых*, в действительности существуют отношения, в которых управомоченное лицо, в том числе и неосторожно, причиняет или может причинить вред другому, хотя его действия основаны на субъективном праве. Классическим примером являются, так называемые соседские взаимоотношения, основанные на пограничности имущества соседей, как правило, недвижимого. Так, посадка собственником на границе своего земельного участка растений, способных к неконтролируемому размножению (шиповник, хрен, облепиха), вследствие чего такие же растения со временем начинают произрастать на соседнем земельном участке, причиняет вред многолетним насаждениям, например газону, собственника–соседа. Принципиально важным применительно к данному примеру является тот факт, что лицо реализует свое право в соответствии с его хозяйственным назначением, а не с целью причинения вреда соседу. Иными словами, осуществляя легальную возможность, одно лицо может причинить вред другому лицу, поэтому положения ст. 2 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее — ГК) [7, С. 17], с одной стороны, закрепляют возможность осуществления гражданских прав своей волей и в своих интересах, а с другой — устанавливают, что осуществление гражданских прав не должно ущемлять права и защищаемые законом интересы других лиц. Дальнейшее развитие эти положения находят в нормах ст. 9 ГК.

Кроме того, недобросовестное использование субъективного гражданского права иногда, действительно, может быть спровоцировано самими нормами гражданского права. Например, правило п. 3 ст. 494 ГК предусматривает право стороны договора поставки взыскать убытки в виде разницы в цене между ценой нарушенного и по этой причине расторгнутого договора и текущей рыночной ценой на товар, предусмотренный договором, определяемой *на момент расторжения договора*. Данная норма позволяет кредитору, пострадавшему от нарушения договорного обязательства должником и в этой связи имеющему право на односторонний отказ от исполнения договора поставки (ст. 493 ГК), реализовать данное право в момент наиболее выгодного значения рыночной цены на соответствующий товар, независимо от того, заключит ли он заменяющий договор по цене этого же уровня и заключит ли он такой договор вообще, а затем предъявить иск о возмещении названного варианта убытков. В такой ситуации должник может защитить интерес в определенности своего имущественного положения ссылаясь на норму ст. 9 ГК, т. е. доказав факт злоупотребления кредитором своим правом требования возмещения убытков. Следует также подчеркнуть, что кредитор в данном случае будет преследовать, как правило, цель получения неосновательного обогащения, а не причинения вреда должнику.

*Во-вторых*, следует согласиться с тем, что с позиций языковой логики, очевидные отрицательные свойства явления не требуют того, чтобы дополнительно акцентировать с помощью глагола намерение их применения. «Опираясь на эту посылку, можно заключить, что субъективное право, благодаря своей изначальной положительной направленности, может выступать средством для злоупотребления. С точки зрения языкового анализа, в словосочетании «злоупотребление правом» отсутствует противоречие» [1, С. 128].

*В-третьих*, в абсолютном большинстве случаев исследователи, в том числе

современные, сводят проблему злоупотребления правом к вопросу о целесообразности использования самой конструкции, не останавливаясь на признаках соответствующего юридического действия. Едва ли не единственным исключением является исследование, проведенное Ю. А. Тарасенко, предложившим перечень вопросов, выяснение которых позволит правоприменителю установить случаи употребления права во зло. К числу таковых им отнесены вопросы: о факте причинения или возможности причинения вреда (отрицательный ответ на данный вопрос исключает необходимость выяснения других обстоятельств); об осуществлении права в соответствии с его хозяйственным (социальным) назначением; о наличии интереса у управомоченного лица в результате осуществляемого права; о соблюдении управомоченным лицом принципа разумности и добросовестности. Отрицательный ответ на последний вопрос позволяет отграничить шикану от иных форм злоупотребления правом [3, С. 466].

Кроме того, следует учитывать, что поскольку при злоупотреблении правом лицо действует в границах принадлежащего права, последнее не должно иметь пороков возникновения. Иными словами, злоупотребить можно только таким правом, которое принадлежит на законных основаниях. Например, российский арбитражный суд признал злоупотреблением правом использование акционером своего права на участие в общем собрании акционеров после того, как сделка о приобретении этим акционером акций общества была признана недействительной в судебном порядке [8]. В данном случае суд не принял во внимание тот факт, что акционер не мог реализовать возможности, входящие в содержание права, полученного по недействительной сделке, а, следовательно, и не мог им злоупотребить.

*В четвертых*, несоблюдение общего принципа разумности и добросовестности (Ю. А. Тарасенко) есть не что иное как специфическое гражданское правонарушение, поскольку данный принцип, хотя и основанный на этических категориях, закреплен в конкретной норме, а поведение субъекта, нарушающее правовой принцип, является обычным неправомерным поведением. В данном случае имеет смысл напомнить о разграничении границ самого субъективного гражданского права и границ его осуществления. Именно границы второго вида не соблюдаются при злоупотреблении правом.

Рассмотрение злоупотребления правом в качестве правомерного действия предопределяет постановку вопроса о правомерности поведения, не соответствующего критериям разумности и добросовестности. Такая постановка вопроса указывает также на некорректность формулировки «злоупотребление правом — *правомерное* действие». Не взирая на то, что «управомоченное лицо, действуя в границах своего субъективного права, формально не нарушает и чужого права» [3, С. 462], все же такое лицо, хотя и не выходит за пределы содержания конкретного субъективного права, но осуществление последнего с позиций разумности и добросовестности приобретает искаженную форму (в частности, нарушен сам процесс (например, использование собственником принадлежащей ему вещи опасным способом) или цель осуществления права) и становится или может стать источником вреда, в связи с чем считать поведение лица правомерным не представляется возможным, особенно, если учесть соотношение между философскими категориями «форма и содержание».

*В пятых*, осуществляя право исключительно с намерением причинить вред другому лицу, управомоченное лицо действует в пределах принадлежащего ему права, а деликт, как пишет сам Ю. А. Тарасенко, представляет собой фактическое



действие, осуществляемое вне сферы права, поэтому установление запрета на действия, совершаемые с исключительной целью причинения вреда другим лицам, лишним не является.

Что же касается перечисления в норме п. 1 ст. 9 ГК таких форм злоупотребления правом, как использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление своим доминирующим положением на рынке, то таковые, действительно, квалифицируются в качестве монополистической деятельности, являющейся правонарушением, конкретные виды и последствия которой установлены в специальном законодательстве. Иными словами, совершая подобные действия, лицо нарушает нормы, закрепленные в названном законодательстве.

*В шестых*, поскольку управомоченное лицо злоупотребляет возможностями, предоставленными ему субъективным правом, т.е. действует в границах последнего, постольку закон устанавливает специальные правовые последствия — *отказ в защите* такого права (п. 2 ст. 9 ГК). При этом применение отказа в защите права не является обязанностью суда, т.е. находится в пределах судебного усмотрения.

На наш взгляд, отказ в защите права следует относить к категории юрисдикционных средств защиты (наряду с мерами гражданско-правовой ответственности). Если учесть соотношение искового притязания и охраняемого им регулятивного гражданского права (или интереса) [9, С. 67], то суть данного средства следует усматривать в судебном осуществлении искового притязания о признании поведения лица в качестве злоупотребительного и применении при наличии оснований способов защиты, предусмотренных п. 3 ст. 9 ГК, если в качестве ответчика выступает лицо, злоупотребившее правом, или в судебном осуществлении заявленного ответчиком аналогичного притязания, если лицо, злоупотребившее правом, выступает в качестве истца. Кроме того, ответчик может представить возражения в виде самостоятельного материально-правового требования (встречный иск) или в виде отзыва на исковое заявление. Иными словами, реализуя исковое притязание потерпевшего от злоупотребления правом лица или принимая неблагоприятное для лица, злоупотребившего правом, решение, суд защищает субъективное гражданское право или охраняемый законом интерес потерпевшего. В плане правовых последствий отказ в защите права может означать лишение возможности обладания правом, входящей в состав правоспособности, — возможности осуществить право конкретным способом.

Таким образом, как отмечалось ранее, осуществляя легальную возможность, лицо может причинить вред другому лицу, поэтому положения ст. 2 ГК, с одной стороны, закрепляют возможность осуществления гражданских прав своей волей и в своих интересах, а с другой — устанавливают, что осуществление гражданских прав не должно ущемлять права и защищаемые законом интересы других лиц. Дальнейшее развитие эти положения находят в нормах ст. 9 ГК, а сам институт злоупотребления правом имеет все основания для законодательного закрепления. Отказ в защите права, осуществленного ненадлежащим образом, может означать лишение возможности обладания правом, входящей в состав правоспособности, — возможности осуществить право конкретным способом.

#### **ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:**

1. Поротикова О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. [2-ое изд., испр. и доп.] — М.: Волтерс Клувер, 2008. — 280 с.

2. Белов В. А. Гражданское право: Общая и особенная части: Учебник. — М.: Центр ЮрИнфоР, 2003. — 1012 с.
3. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / А. Б. Бабаев [и др.]; под общ. ред. В. А. Белова. — М.: Юрайт-Издатель, 2007. — 993 с.
4. Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — М.: Российское право, 1992. — 208 с.
5. Гражданское право: Учебник: в 3 т. [и др.]; под ред. А. П. Сергеева. — М.: ТК Велби, 2008. — Т. 1. — 1008 с.
6. Волков А. В. Злоупотребление гражданскими правами: проблемы теории и практики. Автореф. ... дис. доктора юрид. наук: 12.00.03. — М., 2010. — 48 с.
7. Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000. — Минск: ООО «ЮрСпектр», 2011.
8. Постановление Федерального Арбитражного Суда Северо-Кавказского округа № Ф08-3160/06 от 25 июля 2006 г.
9. Крашенинников Е. А. К теории права на иск. — Ярославль: Ярославский государственный университет, 1995. — 136 с.



### **Венедіктова Ірина Валентинівна**

*завідувач кафедру цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна, кандидат юридичних наук, доцент*

## **ОХОРОНЮВАНІ ЗАКОНОМ ІНТЕРЕСИ В ПОЛІТИЧНІЙ СФЕРІ**

Політика є сферою діяльності, пов'язаною з відносинами між різноманітними соціальними групами з приводу визначення форм, задач, змісту функціонування держави, її інтереси інтегрують в себе інтереси, як конкретної особистості, так і суспільства в цілому. Традиційно, під політикою (*грец. державні чи суспільні справи*) розуміють систему цілей та засобів їх досягнення в тій чи іншій державі в сфері внутрішнього і зовнішнього життя [1, С. 629]. Оскільки в політиці концентровано виражені всі сторони суспільного життя, вона також є сферою взаємодії інтересів. Різні матеріальні, економічні, культурні, релігійні та інші інтереси рано чи пізно переносяться в політику і стають причиною, а ще точніше — пружиною політичної діяльності. Тут вони стикаються, об'єднуються, перемагають один одного, визначаючи політичну подобу даного суспільства [2, С. 107]. Так, «коли держава, не виробивши чітку економічну політику і не визначивши відповідних пріоритетів в галузі економіки, то активно втручається в сферу приватноправових відносин, то, навпаки, намагається усунути від вирішення проблем приватного характеру, деколи залишаючи без соціального захисту окремі категорії громадян, неминуче виникає небезпека конфлікту інтересів держави і приватних осіб» [3, С. 7].

Якщо звернутися безпосередньо до політичного інтересу, то можна побачити, що це «виборче відношення інституційних і соціальних суб'єктів політики до суспільно-політичних процесів, подій і явищ, реальна причина їх політичної активності, заснована на певних світоглядних принципах, переконаннях і установках. Інакше кажучи, це те внутрішнє усвідомлене джерело політичної поведінки, яке спонукає суб'єкти політики до постановки певної політичної мети і здійснення конкретних політичних дій з їх досягнення [4, С. 645]. Л. Радченко

визначає політичний інтерес, як ставлення людини, соціальної групи до політичних впливів, процесів, політичної діяльності, які ґрунтуються на світоглядних принципах, переконаннях, настановленнях. Це — внутрішнє джерело політичної поведінки, яке спонукає до визначення політичних цілей та здійснення конкретних політичних дій для їх досягнення [5, С. 92].

Своєрідність політичного інтересу полягає в тому, що він завжди виражає власне, імперативне, відношення з боку суб'єктів політичної діяльності до суспільства, або, безпосередньо, до окремого індивіду. Інтереси, потреби окремих ланок суспільства, знайшовши опосередкування в законі, стають не тільки державно захищеними, але і пануючими по відношенню до тих інтересів що не знайшли своє відображення в законі. Проблема інтересу і закону — є важливішою проблемою публічної влади [6, С. 212]. В. В. Субочев вказує, що «якщо один законний інтерес реалізується, свідомо принижуючи інший, то мову треба вести не про механізм реалізації відповідних праву устремлень громадян, а про зловживання правом, що необхідно визнати процесом, серйозно гальмуючим реалізацію правової політики». Законні інтереси — як потужний ресурс управління суб'єктами правовідносин, так і більша мотиваційна сила, що спонукає останніх до виконання певних дій. Тому надзвичайно важливо своєчасно зрозуміти законні інтереси учасників правовідносин і спрямувати їх реалізацію заради спільної справи, а не проти будь-чому... аналіз механізму реалізації інтересу повинен відповідним чином скоординувати роботу як правотворчих, так і правозастосовних органів» [7, С. 245].

В свою чергу, політичний інтерес не завжди може бути відображеним в законі, що пов'язано з специфікою діяльності певних суб'єктів політики, а також діяльністю держави, в особі її компетентних органів.

Специфіка політичного інтересу полягає в тому, що, по-перше, на відміну від інших соціальних інтересів він базуються на моральних відносинах суспільства. По-друге, політичні інтереси безпосередньо пов'язані з економічними інтересами, та фактично є їх відображенням. Але «одностороння орієнтація на економічні інтереси призведе до недооцінки інтересів політичних, що посилює ріст та роль стихійних та саморегулятивних, неконтрольованих впливів на суспільний організм» [6, С. 152]. По-третє, політичний інтерес завжди пов'язаний з прагненням суб'єктів політичної діяльності до влади в суспільстві. По-четверте, політичний інтерес породжує різноманітні соціально-економічні стани і типи в яких він виникає в зв'язку з природою та постійною еволюцією суспільства. По-п'яте, політичний інтерес, як вже зазначалося, не завжди виражений в нормах права, він може міститися в нормах моралі, релігійних та етнічних переконаннях, соціальній свідомості тощо.

Вищезазначене дозволяє визначити політичний інтерес, як опосередкованого власного відношення громадян, суспільства і держави до загальнополітичних процесів, подій та явищ, що мотивує їх до досягнення запланованих політичних цілей та здійснення конкретних політичних завдань.

Зміст конкретного політичного інтересу залежить від самого суб'єкта зазначеного інтересу, його взаємозв'язку з іншими суб'єктами, а також конкретних соціально-історичних умов, що існують на час його виникнення. «Інтерес не буває без носія. Тому «якість» носія інтересу прямо відображається на його реалізації» [6, С. 165]. Носіями політичного інтересу виступають всі суб'єкти політичної діяльності — окремі особи, їх об'єднання, партії, політичні сили тощо. Під суб'єктами політичного інтересу слід розуміти окремих осіб, їх соціальні групи і

організації, а також суспільство взагалі та державу, в особі компетентних органів, що приймають участь в процесі реалізації державної влади.

Відповідно, предметом політичного інтересу є сукупність політичних процесів, явищ та подій які виникають в суспільстві. Змістом виступає вся сукупність тих об'єктів, цілей та завдань політичної діяльності, які охоплюють свідомість суб'єкта політичного інтересу, пов'язану з його прагненням до влади, формуванням подальшої державної політики тощо.

Реальним пріоритетом конкретного вигляду інтересів є вираження тих суспільних, перш за все економічних відносин, які складаються в суспільстві на базі пануючої форми власності і відповідного способу виробництва. Суть пріоритету інтересів визначається рішенням питання про переважаюче значення в товаристві задоволення тих або інших потреб. Задоволення перш за все приватновласницьких потреб як принцип суспільного розвитку з неминучістю формує пріоритет приватновласницького інтересу. Переважаюче значення задоволення суспільних потреб як умову розвитку суспільства ставить питання про необхідність пріоритету суспільних інтересів або інтересів переважного числа громадян країни. Перехідні періоди суспільного розвитку характеризуються загостренням суперечності інтересів і тим саами різко ставлять питання про необхідність пріоритету загальних інтересів над приватними [6, С. 502].

Якщо розглядати співвідношення політичного інтересу з інтересом окремого індивіду та суспільним інтересом, то можна побачити, що перший завжди відноситься до сфери регулювання публічного права. Політичні інтереси впливають на діяльність політичних суб'єктів, завдяки формуванню політичної ідеології. Відповідно до В. П. Пугачова та О. І. Соловійова, ідеологія — це різновид корпоративної свідомості, що відображає виключно групову точку зору на хід політичного та соціального розвитку, яка відрізняється схильністю до духовного експансіонізму. Основними функціями політичної ідеології, на думку вчених, є: оволодіння суспільною свідомістю; впровадження в неї власних критеріїв оцінки минулого, теперішнього та майбутнього; створення позитивного образу в очах суспільної думки завдань, що пропонуються нею та цілей політичного розвитку [8, С. 14]. П. Шляхтун, визначаючи поняття ідеології, описує її не лише як будь-яку довільну систему ідей і поглядів, а тільки як таку, що виражає інтереси суспільних класів стосовно політики і процесу здійснення влади [9, С. 483]. Такої ж думки дотримується й І. Дзюбко, для якого ідеологія завжди є однією з форм, що відбиває основні суспільні інтереси суб'єктів політики [10, С. 333]. Аналогічне визначення політичної ідеології пропонує і Л. Моргунов. В його тлумаченні політична ідеологія завжди обумовлюється політичними інтересами тієї чи іншої соціальної групи (тієї чи іншої верстви суспільства) [11, С. 140].

Інакше кажучи, між тим чи іншим політичним інтересом і діяльністю конкретних політичних суб'єктів практично завжди виникає третій елемент, яким і є ідеологія. І саме вона дозволяє згрупувати суспільні інтереси, перетворити їх на чітку програму дій (як правило, ці дії носять системний характер і охоплюють усі сфери суспільного життя — економічну, політичну, соціальну, правову, культурну тощо) і, зрештою, перевести на рівень державної діяльності (коли політичні суб'єкти — носії цієї ідеології отримують реальну можливість реалізувати її в державницькій діяльності, насамперед в діяльності органів виконавчої і законодавчої влади). До речі, про таку «синтезуючу» роль ідеології стосовно суспільних політичних інтересів писав ще К. Мангейм [12, С. 182].

Таким чином, суспільні інтереси, по-перше, акумулюються навколо певних політичних ідеологій, а, по-друге, набувають системності за рахунок свого

співвіднесення з комплексною гамою суспільно-політичних цілей, представлених в конкретній ідеологічній програмі. «Отже, суспільний інтерес має реалізовуватися шляхом споживання якісно наданих соціально орієнтованих публічних послуг. Вчені відмічають, що в основу побудови системи соціальних послуг, покладена категорія «інтересу» [13, С. 11]. При цьому, суспільні інтереси практично завжди пов'язуються з окремими суб'єктами політичних інтересів.

Політичні інтереси в силу свого різноманіття являють собою складне системне утворення. Класифікувати їх можна за різними критеріями: 1) за суб'єктивним критерієм на: особисті, колективні та державні; 2) за характером сприйняття на: підсвідомі та усвідомлені; 3) за цільовою спрямованістю на: економічні та соціальні; 4) за внутрішнім навантаженням: об'єктивні (характеризуються прагненням до того, що об'єктивно вигідно окремому індивіду, групі, класу) та суб'єктивні (визначають прагнення до того, що здається вигідним їм самим); 5) за територіальним виміром на: внутрішньополітичні та зовнішньополітичні; 6) за перспективою реалізації: потенціальні та уявні; е) по відношенню до об'єктивної тенденції суспільного розвитку (прогресивні, реакційні, консервативні).

Політичні інтереси також можна розподілити на первинні і вторинні. Первинні політичні інтереси завжди мають суб'єктивний характер і формуються на індивідуальному рівні та, як правило, виражаються у вигляді оціночних позицій («цей політичний крок невдалий», «це політичне рішення позитивне») чи політичних бажань («слід було б вчинити так, а не інакше»). Вторинні політичні інтереси носять груповий характер. Стосовно них можна цілком слушно застосувати визначення С. Рябова. Він однією з основних властивостей політичного інтересу вважає готовність та уміння громадян реалізовувати й захищати свої політичні свободи [14, С. 212].

Наведена вище юридична характеристика політичного інтересу дозволяє зробити наступні висновки:

1. Під політичним інтересом слід розуміти опосередковане власне відношення громадян, суспільства та держави до загальнополітичних процесів, подій та явищ, що мотивує їх до досягнення запланованих політичних цілей і здійснення конкретних політичних завдань.

2. Специфіка політичного інтересу проявляється в тому, що при контакті з іншими видами інтересів (особистими, суспільними, державними), він проявляється в забезпеченні пріоритету загальних інтересів над приватними.

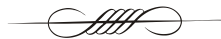
3. Політичний інтерес не завжди може бути вираженим в законі, що пов'язано з специфікою певних суб'єктів політичної діяльності, а також діяльністю держави, в особі її компетентних органів.

4. Вважаємо, що політичний інтерес в залежності від змісту суспільних інтересів може мати дуже різні види, форми та зміст. Що є природним, та пов'язано з різноманітністю чинників, які впливають на наше суспільство в цілому: релігійних переконань, соціальної свідомості, конкретних факторів, менталітету тощо. Політичні інтереси взаємопов'язані з економічними інтересами, але не тотожні їм, в зв'язку з тим, що політика здійснює великий вплив на економіку.

5. Державний інтерес і політичний інтерес не є тотожними — значення держави полягає саме в організації загального політичного інтересу. В свою чергу, вітчизняна система права не виключає можливості існування політичного державного інтересу, як закріпленого в імперативних нормах прагнення щодо реалізації державної політики.

### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: «Укр. енцикл.», 1998 — Т. 4: Н-П. — 2002. — 720 с.
2. Аверина О. М. Политический интерес как категория социальной философии : Дис. ... канд. филос. наук: 09.00.11. — Москва, 1999. — 170 с.
3. Мечетина Т. А. Ограничение права собственности: проблемы публичных и частных интересов: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — М.: РГБ, 2003. — 220 с.
4. Общая и прикладная политология: Учебное пособие / [под общей редакцией В. И. Жукова, Б. И. Краснова]. — М.: МГСУ; Изд-во "Союз", 1997. — 992 с.
5. Політичний менеджмент / Український центр політичного менеджменту // Український науковий журнал. — 2008. — № 1 (28). — 189 с.
6. Сіренко В. Ф. Інтереси і влада. — К.: Оріяни, 2006. — 536 с.
7. Субочев В. В. Законные интересы / [под ред. Малько А.В.] — М.: Норма, 2008. — 496 с.
8. Пугачев В. П., Соловьев А. И. Введение в политологию. 4-е изд., перераб. и доп. — М.: Аспект Пресс, 2004. — 479 с.
9. Шляхтун П. П. Політологія (теорія та історія політичної науки). — К., 2002. — 603 с.
10. Політологія / [за заг. ред. І. С. Дзюбка, К. М. Левківського]. — К., 1998. — 415 с.
11. Сморгунов Л. В., Семенов В. А. Политология. — СПб., 1996. — 173 с.
12. Манхейм К. Идеология и утопия. — М., 1992. — Ч. 1. — 260 с.
13. Путило Н. В. Система публичных услуг. Социальные услуги // Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт): сборник / [под общ.ред. Е. В. Гриценко, Н. А. Шевелевой]. — М.: Волтерс Клувер, 2007 — 256 с.
14. Рябов С. Г. Політологічна теорія держави. — К., 1996. — 325 с.



### **Гринько (Русу) Світлана Дмитрівна**

*професор кафедри цивільного права та процесу Хмельницького університету управління та права, старший науковий співробітник Лабораторії Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України, кандидат юридичних наук, доцент*

### **СУЧАСНІ КОНЦЕПЦІЇ ПОНЯТТЯ ВИНИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ**

Категорія вини у ЦК України 2003 р. розглядається у трьох значеннях: як принцип, як умова відповідальності, як презумпція. Однак законодавець не визначає поняття вини, що породжує незрозумілість, неправильну уяву серед науковців і практиків про дану категорію.

Проблема вини в цивільному праві була спеціальним предметом дослідження в працях А. Л. Ткачука, який робить спробу її вирішити в контексті порушення лише договірних зобов'язань. Розвідки окремих цивілістичних аспектів вини в Україні здійснювали Д. В. Боброва, Я. М. Шевченко, В. В. Луць,

І. С. Канзафарова, С. Приступа, В. Примак та інші. При цьому позиція згаданих науковців щодо сутності вини як психологічної категорії є однозначною. Однак сьогодні усе більшого поширення в доктрині набуває «об'єктивна» концепція вини в цивільному праві, прихильники якої визнають значення традиційної «психологічної» концепції вини лише для кримінального права і вбачають причину її запровадження в суто ідеологічному характері, характерному для радянських часів: прагнення довести єдність інституту відповідальності (спільність призначення, функцій, підстави виникнення тощо) у всіх галузях права з метою обґрунтувати тезу про цілісність радянського права, неподільність його на приватне й публічне [1, С. 17]. Тобто основні проблеми вини в сучасному цивільному законодавстві, як і в доктрині не лише не вирішено, але й загострилися. Все це безумовно породжує труднощі в правозастосовній практиці.

Цим зумовлена необхідність спеціального дослідження поняття вини в цивільному праві в контексті сучасних її концепцій.

Окремі цивілісти тлумачать зміст ч. 1 ст. 614 ЦК України як визначення вини у заперечній формі з поняття невинуватості. Так, на думку В. В. Луця, виною особи є невжиття нею усіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання. Тому особа є невинною, якщо вона доведе, що вжила усіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання (ч. 1 ст. 614 ЦК України) [2, С. 135]. Подібна спроба була зароблена й А. Л. Ткачуком [1, С. 8].

Погодитися із наведеними міркуваннями науковців не можна, так як вивести поняття вини через поняття невинуватості неможливо. Поняття невинуватості дозволяє лише встановити чи всі заходи було вжито боржником для попередження настання негативних наслідків. Крім того, підвести під запропоноване поняття вини можна лише необережну форму вини, а щодо умисної, то таке визначення є недостатнім.

Продовжуючи традицію радянської цивілістики, пануючою в сучасному цивільному праві є **«психологічна» концепція вини**. Її прихильники визначають вину як психічне ставлення особи до своєї протиправної поведінки та її шкідливих наслідків [3, С. 519-520; 4, С. 510; 5, С. 33-34; 6, С. 984].

Категорія «психічне ставлення», що використовується в понятті вини, пояснює Д. В. Боброва, виражає оцінку (можливість оцінки) поведінки, передбачення або можливість передбачення настання шкідливих наслідків [3, С. 519]. Тобто науковець не зводить волю до бажання чи небажання людини, а розглядає її як оцінку поведінки і передбачення шкідливих наслідків.

Тобто в основу психологічного аспекту покладено вольовий момент — здатність особи керувати своїми діями. При цьому вольовий момент залежить від інтелектуальних здібностей особи, а саме здатності усвідомлювати свої дії і можливий наслідок. Як відзначав А. І. Загорулько, у факті усвідомлення своєї вини і проявляється позиція правопорушника до вчиненого діяння [5, С. 33]. Тому відсутність усвідомлення означає відсутність волі, так як воля людини завжди усвідомлена (не усвідомленої волі не буває).

Правового значення вині як «психічного ставлення особи» надає соціальний аспект. Як зазначає М. Р. Габріадзе, «особа усвідомлює не просто фізичну сутність своїх дій, а саме те, що вони суперечать встановленим нормам права, тобто їхню протиправність» [7, С. 22]. Саме соціальний аспект пов'язує вину із протиправністю, але не отожднює ці поняття.

На думку російського цивіліста Є. В. Бутенка, визначати вину через психічне ставлення особи до своєї протиправної поведінки і її наслідків неправильно [8, С. 78]. Психічні явища, пояснює науковець, включають свідому і

несвідому сфери людського буття. Відповідно, як свідоме, так і несвідоме повинні включатися до поняття вини в повному обсязі та встановлюватися судом [8, С. 80]. Тому необхідно виділити і включити до дефініції лише ті аспекти психічних процесів і станів, які мають юридичне значення, тобто мають істотний характер при формуванні акту поведінки, яким порушується договір [8, С. 80]. Тобто науковець наголошує на тому, що психологи надають психіці людини широкого значення, але для права мають значення лише окремі її елементи і явища. Тому визначення вини через «психічне відношення особи» є недостатнім, саме це має на увазі Є. В. Бутенко.

Заперече доцільність існування психологічної концепції вини інший російський науковець В. В. Вітрянський, який вважає, що доктрина цивільного права за інерцією продовжує залишатися на давніх позиціях, смисл яких полягає в пошуку все нових пояснень необхідності застосування в цивілістиці чужих їй кримінально-правових поглядів на вину як один із елементів складу правопорушення, де становить якість гіпотетичне психічне ставлення правопорушника до своїх дій та їх наслідків [9, С. 721]. Слід відзначити, що з іменем В. В. Вітрянського цивілістична наука пов'язує появу нової так званої **«об'єктивної» концепції вини**, яка набула поширення останнім часом.

Прихильник «об'єктивної» концепції вини А. Л. Ткачук (який її називає «поведінковою»), відстоює позицію щодо доцільності побудови поняття вини за «поведінковою» концепцією за порушення лише договірної зобов'язання. На думку науковця, у сфері договірної відповідальності, де протиправним вважається лише сам кінцевий результат — порушення договору, неприйняття необхідних заходів для його виконання утворює самостійну, суб'єктивну за природою, але об'єктивовану в поведінці категорію — вину [10, с. 168]. Свої міркування щодо необхідності відмови від психічного моменту в понятті вини він обґрунтовує наступним чином.

«Відмова від розуміння вини як психічного ставлення, як така, не змінює її суб'єктивної природи. Адже ж «психологічна» концепція і «поведінкова» концепція розглядають лише дві різні сторони одного явища: перша — внутрішню (вину, як психічне ставлення), а друга — зовнішню (вину, виражену зовні, відбиту в поведінці). Відмова від «психологічної» концепції, від розуміння вини в якості психічного ставлення і сприйняття «поведінкової» концепції, розуміння вини в якості характеристики поведінки суб'єкта означає зміщення акценту з внутрішньої сторони на зовнішню сторону, оскільки лише остання має значення у сфері договірної відповідальності. У цьому розумінні вина стає об'єктивована, але не об'єктивна» [10, С. 168]. Для підтвердження доцільності своїх міркувань науковець наводить тлумачення терміну «суб'єктивне» з точки зору філософії, яке «розуміється не як внутрішній (психічний) стан суб'єкта, протилежний об'єкту, а як похідне від діяльності суб'єкта, що відтворює у формах цієї діяльності зміст об'єкта» [10, с. 168].

А. Л. Ткачук наголошує на тому, що при такому розумінні вина не отожднюється протиправністю, оскільки вина є категорією суб'єктивною, вона не може бути тотожна протиправності, як категорії суто об'єктивній [10, с. 168].

Щодо обґрунтування А. Л. Ткачука доцільності застосування «поведінкової» концепції вини у цивільному праві є наступні міркування.

По-перше, слід підтримати його позицію в тому, що він правильно вбачає у «психологічній» і «поведінковій» концепції вини дві сторони одного явища: у психічному ставленні — внутрішню, тобто волю, а у поведінковій — зовнішню, тобто поведінку. Однак не можна погодитися із висловом науковця, що «вина стає



об'єктивована, але не об'єктивна», що дозволяє йому «начебто» зробити висновок про суб'єктивний (а не об'єктивний) характер вини. Зайнята цивілістом позиція зумовила виникнення питання: у чому полягає різниця між терміном «об'єктивована вина» і «об'єктивна вина»? Може мається на увазі, що «об'єктивована вина» має деякі ознаки об'єктивної умови відповідальності, — протиправної поведінки, так як визначається через неї? На нашу думку вина не може бути ні «об'єктивованою», ні «об'єктивною». Вина є причиною появи юридичного факту — протиправної поведінки. Якщо протиправна поведінка спричинена, наприклад, юридичною подією, зокрема непереборною силою, то така подія буде причиною появи протиправної поведінки як юридичного факту. Слідуючи позиції прихильників «поведінкової» концепції вини, втрачається причина появи протиправної поведінки. Відповідно відповідальність буде виникати навіть за шкоду, заподіяну дією непереборної сили. А це є не що інше як ототожнення вини із протиправною поведінкою. Однак із вказаним погодитися не можна: воля спричиняє появу волевиявлення (протиправну поведінку), що є юридичним фактом — підставою настання шкідливого наслідку. Лише тоді, коли будуть встановлені всі елементи одного явища може мови йти про наявність правопорушення (як договірною, так і деліктного).

Якщо таким чином визначати поняття вини (навіть лише у договірних зобов'язаннях), то виникає інше питання: навіщо встановлювати наявність вини, якщо досить встановити протиправну поведінку особи?

Відкидаючи необхідність встановлення психологічного моменту прихильники «поведінкової» концепції відкидають вольовий аспект у поведінці особи. Однак поведінка особи завжди залежить від волі людини. Відповідно відсутність такої волі автоматично виключає можливість появи поведінки. Саме від волі буде залежати волевиявлення людини: правомірна чи протиправна поведінка. Тобто воля людини визначає характер такої поведінки, а також її форми (дію або бездіяльність). Тому психологічний момент у визначенні поняття вини (як договірної, так і деліктної) є його «стержнем», як і принципу вини.

По-друге, для обґрунтування віднесення вини до суб'єктивної умови відповідальності за «поведінковою» концепцією, так як вона начебто «об'єктивована», А. Л. Ткачук звертається до тлумачного філософського словнику для з'ясування значення терміну «суб'єктивне». Звісно, необхідно погодитися, що термін «суб'єктивне» походить від діяльності суб'єкта. Відповідно протиправна поведінка походить від особи. Однак у такому висновку знову втрачається важливий елемент єдиного ланцюга, що пов'язує поведінку і суб'єкта. Таким елементом є воля суб'єкта — його внутрішній психічний процес, що приводить до протиправної поведінки. Саме воля є причиною появи волевиявлення, — протиправної поведінки. Від волі суб'єкта будуть залежати шкідливі наслідки. Тому для будь-якого правопорушення (договірною і деліктною) важливо встановити всі елементи єдиного ланцюга, інакше він буде розірваний і втратить своє призначення: «особа — воля — протиправна поведінка — шкідливий наслідок». Якщо відкидати вольовий момент, вина буде визначатися через протиправну поведінку, відповідно набуде значення об'єктивної умови, що приведе до ототожнення даних понять. Однак, як наголошував В. П. Грібанов, поведінка особи по здійсненню права характеризується поєднанням об'єктивного і суб'єктивного моментів; об'єктивний критерій виражається у поняттях правомірного і неправомірного, а суб'єктивна ж оцінка поведінки суб'єкта права виражається у закріпленому законом принципі вини [11, С. 51].

На думку інших прихильників «поведінкової» концепції вини С. Н. Приступи і С. Є. Сиротенко, «концепція вини як психічного ставлення особи до своєї протиправної поведінки та її шкідливих наслідків стає найбільш уразливою при її застосуванні до юридичної особи, відповідальності за завдану потерпілому шкоду» [12, С. 498].

Погодитися із наведеними міркуваннями також не можна. «Психологічна» концепція вини застосовується однаково як до фізичних, так і юридичних осіб правопорушників. Вина юридичної особи проявляється через призму вини фізичних осіб — її працівників, які, виконуючи посадові (службові) обов'язки, діють від імені юридичної особи та в її інтересах. Тому, слушно зазначає Ю. К. Толстой, зовні вина юридичної особи не може проявлятися інакше, як через винну поведінку його працівників [13, С. 706]. Наведеної позиції притримується і прихильник «об'єктивістської» концепції вини С. М. Корнеєв, на думку якого, вина юридичної особи проявляється в поведінці фізичних осіб, які входять до складу органів юридичної особи, а також учасників юридичної особи (наприклад, комерційних організацій), працівників і службовців юридичної особи, якщо вони вчиняли дії в межах службових (трудових) обов'язків [14, С. 382].

Виною є не лише психічне ставлення особи до своєї протиправної поведінки, але й її психічне ставлення до настання шкідливих наслідків. Якщо виключити останнє з поняття вини, то можливим буде встановити лише факт наявності чи відсутності вини, а не її форми і ступені. Загальновизнаним у цивільно-правовій доктрині є висновок, що для визначення поняття вини для цивільного права достатнім є встановити наявність вини, так як форми і тим більше ступені вини боржника не впливають на розмір відшкодування (на відміну від кримінального права, де від форми і ступенів вини залежить застосування конкретної санкції за скоєний злочин).

Вказане правило є загальним для побудови цивільно-правової відповідальності. Однак із загального правила є винятки. Наприклад, якщо шкоди завдано внаслідок взаємодії кількох джерел підвищеної небезпеки, за наявності вини всіх осіб, діяльністю яких було завдано шкоди, розмір відшкодування визначається у відповідній частці залежно від обставин, що мають істотне значення (ч. 1 п. 3 ст. 1188 ЦК України), тобто форма і ступені вини осіб, діяльністю яких було завдано шкоди буде впливати на розмір відшкодування. Інший приклад міститься у ст. 1190 ЦК України: якщо шкоди завдано спільно кількома особами, то за заявою потерпілого суд може визначити відповідальність осіб, які спільно завдали шкоди, у частці відповідно до ступеня їхньої вини.

Вищенаведене дозволяє зробити наступні висновки.

Визначення вини через психічне ставлення особи є недостатнім, так як її психічна діяльність складається з різноманітних психічних явищ (процесів, станів, властивостей). Юридичне значення надається лише тим структурним елементам психіки людини, що становлять основу формування її поведінки, що порушує право. Тому суд при вирішенні питання про вину особи відкидає елементи психіки як уяву, темперамент, характер, емоції, пам'ять та інші допоміжні за характером. На суд покладається обов'язок оцінити можливість усвідомлення та бажання людини (щодо порушення права та настання негативних наслідків), що охоплюється єдиним поняттям — «воля». Будь-яка вольова діяльність людини є усвідомленою. Воля приймає участь у появі бажання або небажання до поступків, дій тощо. Воля є причиною появи як протиправної поведінки, так і причиною настання негативних наслідків. Вказівка на зв'язок волі особи із настанням негативних наслідків надасть можливість вирізнити

форми і ступені вини, які у передбачених законом випадках впливають на розмір відшкодування. Таким чином *виною є вольове ставлення особи до своєї протиправної поведінки та її шкідливих наслідків.*

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Ткачук А. Л. Значення вини у відносинах відповідальності за порушення договірних зобов'язань: Автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. — К., 2002. — 20 с.
2. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / [Кот О. О., Боднар Т. В., Шимон С. І. та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К. : Юрінком Інтер, 2005. — Т. II. — 2005. — 1088 с.
3. Боброва Д. В. Зобов'язання із заподіяння шкоди // Цивільне право України: Підручник : у 2 кн. / [Боброва Д. В., Дзера О. В., Довгерт А. С. та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К. : Юрінком Інтер, 2002. — Кн. 2. — 2002. — 640 с.
4. Харитонов Є. О. Підстави та умови цивільно-правової відповідальності // Цивільне право України: Підручник: у 3 кн. / [Харитонов Є. О., Стефанчук Р. О., Дрішлюк А. І. та ін.]; за ред. Є. О. Харитонова. — Одеса: Юридична література, 2005. — Книга 1. — 2005. — 525 с.
5. Загорулько А. И. Обязательства по возмещению вреда, причиненного субъектами гражданского права. — Харьков: Консум, 1996. — 112 с.
6. Отраднова О. О. Зобов'язання із відшкодування шкоди // Цивільне право України. Особлива частина: підручник / [Боднар Т. В., Бервено С. И., Безклубий С. М. та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. — 3-те вид., перероб. і доп. — К.: Юрінком Інтер, 2010. — 1176 с.
7. Габріадзе Мерабі Рубенович. Зобов'язання, що виникають внаслідок створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи, у цивільному законодавстві України: Автореф. дис. на здобуття наук. ступеня юрид. наук: спец. 12.00.03. — К., 2007. — 22 с.
8. Бутенко Е. В. Вина в нарушении договорных обязательств: Дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. — Краснодар, 2002. — 198 с.
9. Витрянский В. В. Ответственность за нарушение договорного обязательства // Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право : в 4 кн.. / Брагинский М. И., Витрянский В. В. — М.: Статут, 2002. — Книга первая : Общие положения. — 2002. — 848 с.
10. Ткачук А. Л. Значення вини у відносинах відповідальності за порушення договірних зобов'язань: Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. — Одеса, 2002. — 236 с.
11. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских права. — М.: Статут, 2000. — 236 с.
12. Цивільне право України: Підручник: у 2 т. / Борисова В. І., Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2007. — Т. 2. — 2007. — 552 с.
13. Толстой Ю. К. Условия возникновения обязательств из причинения вреда // Гражданское право: Учебник: 2 ч. / [Егоров Н. Д., Елисеев И. В., Иванов А. А. и др.]; под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М.: «ПРОСПЕКТ», 1997. — Ч. 2. — 1997.— 784 с.
14. Гражданское право : в 2 т. / [Витрянский В. В., Ем В. С., Козлова Н. В. и др.]; под ред. Е. А. Суханов. — М. : Изд-во БЕК, 2002. — Т. II, Полутом 2. — 544 с.



## Дякович Мирослава Михайлівна

*доцент кафедри цивільного права і процесу Львівського національного університету імені Івана Франка, кандидат юридичних наук, доцент*

### ЗАХИСТ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ СІМЕЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН НОТАРІУСОМ

Метою нашого дослідження є правовий аналіз здійснення захисту прав членів сім'ї, зокрема, впровадження та розширення сфери дії однієї з юрисдикційних форм захисту, якою є нотаріат.

Проблематика захисту особистих немайнових та майнових прав учасників сімейних правовідносин є доволі актуальною під час формування в Україні громадянського суспільства. Оскільки сім'я є первинним та основним осередком суспільства, права членів окремих сімей вимагають особливого підходу з боку держави у забезпеченні їх правового захисту.

Е. Е. Богданова важливим питанням сьогодення вважає необхідність розширення юрисдикційної форми захисту цивільних прав загалом та закріплення поряд з судовим та адміністративним порядком захисту — захист прав особи нотаріусом.[1, С. 26] Цю пропозицію підтримує також і А. П. Вершинін, який вважає, що діяльність нотаріуса у своїй основі має забезпечувальний характер і не спрямована безпосередньо на захист порушеного права. Винятком із цього правила є лише повноваження нотаріуса щодо вчинення виконавчих написів, які спрямовані на стягнення заборгованості [2, С. 25].

З прийняттям Закону України «Про нотаріат» [3] розпочався новий етап у розвитку нотаріату, а саме, з'явився інститут приватного нотаріату, який є ефективним інститутом для подальшого розвитку громадянського суспільства, а його представники — нотаріуси виконують одну із важливих функцій по захисту прав і законних інтересів громадян та юридичних осіб. Сімейний кодекс України [4], який набув чинності після вступу в дію Цивільного кодексу України [5] (01.01.2004 року), також розширив сферу діяльності нотаріату, зокрема у реалізації його функцій щодо захисту прав суб'єктів сімейних правовідносин.

Серед науковців є чимало протилежних позицій стосовно чіткого розмежування правових норм, які забезпечують захист цивільних (сімейних) прав. Особливістю правових норм, які регулюють захист прав, є їх суміжний характер оскільки вони знаходяться на стику матеріального і процесуального права [6, С. 43]. Сам термін «захист цивільних прав» містить і матеріально-правовий і процесуально-правовий зміст, так як спеціальної термінології для розмежування захисту в галузі матеріальних і процесуальних прав немає [7, С. 5-6]. Способи захисту можуть бути ж як матеріально-правовими так і процесуальними [8, С. 29].

Дослідження способів захисту сімейних прав нотаріусом та визнання його однією із важливих юрисдикційних форм захисту, є сьогодні досить актуальним і таким, що дасть можливість громадянам, особливо членам сім'ї, звертатися за захистом своїх прав не до суду, а до нотаріуса. І оскільки межа між охороною і захистом є надто вузькою, здебільшого умовною, розмежувати її ми можемо лише стосовно конкретної практичної ситуації.

Відповідно, Г. П. Ареф'єв висловив свою точку зору, відповідно до якої «при здійсненні захисту присутнім також є і ... момент попередження правопорушення у майбутньому» [9, С. 69]. Також цікавим у цьому контексті є висновок про те, що краща форма захисту права — попередження правопорушення [1, С. 64].

Наукове дослідження, яке ми пропонуємо має за основу дослідження захисту сімейних прав членів сім'ї не через здійснення нотаріальної діяльності

нотаріусом, а через застосування ним до врегулювання сімейних правовідносин норм матеріального права, які лежать в основі предмету нотаріального права.

А. П. Вершинін вважає, що у залежності від об'єкта нотаріальні дії поділяються на такі, якими підтверджуються регулятивні права; охоронні права — права, які виникають у випадку порушення регулятивних прав; підтверджуються факти — юридичне волевиявлення, а також всі інші факти [11, С. 17].

Сімейні права ми розглядаємо як об'єкт правового захисту нотаріусом. Перелік способів захисту сімейних прав законодавець визначає у ст. 18 СК України. У ч. 2 ст. 18 СК України зазначено, що суд застосовує способи захисту, які встановлені законом або домовленістю (договором) сторін. З цього випливає, що перелік способів захисту сімейних прав не є вичерпним. Відповідно до цієї норми способами захисту сімейних прав та інтересів є: встановлення правовідношення, примусове виконання добровільно не виконаного обов'язку; припинення правовідношення, а також його анулювання; припинення дій, які порушують сімейні права; відновлення правовідношення, яке існувало до порушення права; відшкодування матеріальної та моральної шкоди, якщо це передбачено Сімейним кодексом або договором; зміна правовідношення; визнання незаконними рішень, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб.

У контексті запропонованої теми необхідно з'ясувати, у першу чергу, такі поняття, як «спосіб захисту», «засіб захисту» та «юридична відповідальність».

У науковій літературі по різному підходять до визначення співвідношення способу захисту та засобу захисту, як от: спосіб захисту як санкція цивільно-правової відповідальності [12, С. 270]; називають способи захисту засобом захисту [13, С. 93-98]; вважають, що «засіб захисту» є синонімом слова «спосіб», стверджуючи при цьому, що засоби відповідальності співпадають за своїм змістом із засобами захисту [6, С. 32].

Якщо співставити поняття захисту та відповідальності, то вважаємо, що поняття захисту є ширшим за змістом, ніж поняття відповідальності. С.Н. Братусь, наприклад, зрівнював ці поняття [14, с.127].

Е. Е. Богданова пропонує наступне визначення способу захисту: спосіб захисту — це дія або система дій, які здійснюються уповноваженою особою або за її зверненням, компетентним органом, з метою захисту суб'єктивного цивільного права або інтересу [1, С. 39].

Таким чином, ми можемо зробити висновок, що нотаріус також є суб'єктом здійснення захисту сімейних прав.

Цивільний кодекс України, на відміну від Сімейного кодексу України, визнав однією із форм захисту цивільних суб'єктивних прав — нотаріальну (ст. 18 ЦК України), однак лише шляхом вчинення нотаріусом виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом.

Ми ж не погоджуємося з цим, оскільки законодавець надто звужує об'єм способів захисту, якими наділений нотаріус. У цьому контексті було б доцільно співставити поняття «охорона» та «захист». Слід відзначити, що із співвідношенням між цими поняттями вчені цивілісти в основному визначилися і схиляються до визнання правової охорони більш широким поняттям, порівняно з правовим захистом. [15, С. 35]

Такої думки притримуються А. П. Сергеев [16, С. 335], О. С. Йоффе [17, С. 3-4], Л. С. Явич [18, С. 219], В. А. Тархов [19, С. 8]

Так, В. А. Тархов вважає, що охорона кожного права існує постійно і має на меті забезпечити його здійснення, не допустити його порушення, а до захисту прав з'являється необхідність звернутися лише при порушенні або загрозі їх порушень. [19, С. 8]

Узагальнюючи вищезазначені погляди, слід відзначити, що захист суб'єктивних прав пов'язується авторами, в основному лише з вчиненим правопорушенням. А в основі правової охорони визначальними є принципи забезпечення непорушності та здійснення прав і заходи, спрямовані на попередження порушення цих прав.

Ми вважаємо, що звернення за захистом є можливим не тільки у зв'язку з порушенням або оспоренням прав, але й у застосуванні способів запропонованих Сімейним кодексом України, зокрема, встановлення правовідношення, припинення правовідношення, а також його анулювання, відновлення правовідношення, яке існувало до порушення, зміна правовідношення тощо. Таким чином, нотаріус є саме тим органом (особою), який здійснює захист сімейних прав та інтересів за допомогою способів, які визначені сімейним законодавством.

В. В. Ярков визначаючи цивільну юрисдикцію як діяльність всіх органів, наділених повноваженнями вирішувати юридичні справи спірного і безспірного характеру у сфері цивільного обороту, яка здійснюється в рамках процедурно-процесуальних форм різного рівня складності, також відносить нотаріальну форму захисту цивільних прав до юрисдикційної форми. [20, С. 16]

Узагальнюючи позиції науковців та проведений нами аналіз чинного законодавства, пропонуємо здійснити комплексне аналітичне дослідження проблем висвітлених у тезах запропонованої теми, керуючись наступними пропозиціями:

1) розширити юрисдикційну форму захисту сімейних прав нотаріальною формою;

2) змінити законодавче визначення поняття захисту лише «порушеного» суб'єктивного права, розширивши понятійний апарат захисту до «попередження та недопущення порушення прав особи»;

3) змінити законодавче визначення поняття нотаріату в Україні доповнивши його, зокрема викласти ч. 1 ст. 1 Закону України «Про нотаріат» у такій редакції:

« Нотаріат в Україні — це система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені цим Законом, з метою надання їм юридичної вірогідності, **а також здійснювати та забезпечувати захист прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб**»;

4) передбачити у Сімейному кодексі України однією із форм захисту прав та законних інтересів членів сімейних правовідносин — нотаріальну.

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Богданова Е. Е. Защита прав и интересов в договорных отношениях. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и права, 2008. — 247 с.
2. Вершинин А. П. Способы защиты прав предпринимателей в арбитражном суде.- СПб, 1996. — 30 с.
3. Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 39. — Ст. 383.

4. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України — 2003 — № 40. — Ст. 356
5. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. // Відомості Верховної Ради України — 2002. — № 21. — Ст. 135
6. Вершинин А. П. Выбор способа защиты гражданских прав. — СПб, 2000. — 384 с.
7. Воложанин В. П. Несудебные формы разрешения гражданско-правовых споров. — Свердловск, 1974. — 202 с.
8. Вершинин А.П. Способы защиты гражданских прав в суде. — СПб: Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 1997. — 164 с.
9. Арефьев Г. П. Некоторые вопросы понятия охраны субъективных прав // Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. — Ярославль: Ярославский государственный университет, 1981. — С. 68-72.
10. Матерова М. Б. Дальнейшее совершенствование форм защиты брачных отношений в связи с их материально-правовым содержанием // Формы защиты права и соотношение материального и процессуального в отдельных правовых институтах. — Калинин, 1977. — С. 54-69
11. Вершинин А. П. Юридические документы в нотариальной и судебной практике. — М., 1993. — 224 с.
12. Сергеев А. П. Защита гражданских прав / [под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого]. — М.: Проспект, 1998. — Т. 1. — 632 с.
13. Хохлов В. А. Ответственность за нарушение договора по гражданскому праву. — Тольятти, 1997. — 320 с.
14. Братусь Н. С. Юридическая ответственность и законность. — М.: Юридическая литература, 1976. — 216 с.
15. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. У 2 т. — 2-е вид. доп. и перероб. / [за ред. Дзери О.В., Кузнецової Н.С., Луця В.В.] — К.: Юрінком Інтер, 2006 — 832 с.
16. Гражданское право / [Под ред. Сергеева А. П., Толстого Ю. К.] — М.: Проспект, 2002. — 773 с.
17. Иоффе О. С. Гражданско-правовая охрана интересов личности / [Под ред. Черепихина Б. Б.] — Юрид. лит, 1969. — 175 с.
18. Явич Л. С. Общая теория права. — Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1976. — 288 с.
19. Тархов В. А. Охрана имущественных прав трудящихся по советскому гражданскому законодательству. Автореф. Дисс. ... д-ра. юрид.наук / 12.00.03. — М., 1996. — 35 с.
20. Ярков В. В. Профессия нотариуса // Нотариус. — 2000. — № 4 (24). — С. 14-20.



**Жорнокуй Юрий Михайлович**

*профессор кафедры правовых основ предпринимательской деятельности Учебно-научного института права и массовых коммуникаций Харьковского национального университета внутренних дел,  
кандидат юридических наук, доцент*

**СУБЪЕКТИВНОЕ КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОБЛЕМАТИКА  
ЕГО ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ**

Нормы гражданского права не только наделяют лиц субъективными правами, но и предоставляют возможность их осуществления, поскольку ценность какого-либо субъективного права состоит не просто в его наличии, но и в возможности его осуществления [1, С. 11]. Под осуществлением прав понимается совершение тех действий (поведение), возможность реализации которых предусматривается содержанием соответствующих субъективных прав, т. е. реализация содержания субъективного права. Соответственно поведение уполномоченного лица, называют [2, С. 129] способами осуществления субъективного права. Осуществление субъективного гражданского права может совершаться путем реализации как фактических, так и юридически значимых действий.

В соответствии со ст. 12 Гражданского кодекса Украины [3] (далее — ГК Украины) лицо осуществляет свои гражданские права свободно, на собственное усмотрение, т. е. оно может по собственному волеизъявлению осуществить субъективное право, использовать его частично либо не использовать вообще. Под осуществлением корпоративного права необходимо понимать реализацию тех возможностей, которые предусмотрены содержанием соответствующего субъективного права. Осуществление субъективного права может быть реализовано путем совершения как фактических, так и юридических действий. Не исключена возможность и пассивного поведения носителя субъективных прав, когда лицо не осуществляет свое право, не реализует тех возможностей, которые ним предоставляются, однако и не выражает в определенный способ ненужность для него такого права, отказавшись от него. Это является производным из возможности для субъектов гражданского права осуществлять свои права свободно, по собственному усмотрению, в целом либо частично, либо не осуществляя их вообще. При этом отказ лиц от осуществления своих прав не влечет за собой отказ от самих прав, их прекращения, за исключением случаев, предусмотренных законом (например, не возможно исключить из акционерного общества (далее — АО) акционера, который не принимает участия в общем собрании). Законодательной гарантией права лица на свободное осуществление ним гражданского права является норма ч. 2 ст. 12 ГК Украины, устанавливающая, что неосуществление лицом своего гражданского права не является основанием для прекращения этого права, кроме случаев, предусмотренных законом. Итогом указанного является то, что хотя лицо может относиться к гражданскому праву так, вроде бы оно ему не нужно, это не означает того, что какой-либо из государственных органов может решать вопрос о нецелесообразности владения лицом этим правом, за исключением отдельных случаев. Специальные правила предусмотрены в отношении использования имущественных прав. Лицо может не только пассивно ставится к своему имущественному праву, не используя его, но и активно доказывать «ненужность» для него такого права, отказавшись от него.



Заложенная в субъективном корпоративном праве возможность реализуется как в момент приобретения корпоративного права, так и в момент его осуществления. Соответственно, для перехода возможности в действительность необходимым является установление в нормах права и внутренних корпоративных актах необходимых условий, касающихся этих двух моментов, а также их исполнения участниками правоотношений. Такими условиями в субъективном корпоративном праве, по мнению И. Б. Саракун [4, С. 263], являются гарантии. Речь идет о реальности преобразования возможности (приобретения и осуществления) в действительность, обеспечиваемую закрепленными в нормах права определенными обязанностями и, соответственно, их строгим исполнением участниками гражданских правоотношений.

Выбор способа осуществления права зависит не только от усмотрения субъекта, но и от конкретного содержания субъективного права. Последнее, в свою очередь, определяется его назначением, т. е. той целью, для которой оно предоставляется уполномоченному лицу [2, С. 131]. Выбор способа осуществления субъективного права зависит также от цели, которую ставит уполномоченное лицо. Как следствие можно констатировать, что осуществление акционером субъективного права — это обусловленный волеизъявлением акционера процесс преобразования в действительность конкретной правомочности, составляющей содержание его субъективного корпоративного права. Чтобы получить реальное проявление, правомочие должно отобразиться в активной, целенаправленной деятельности акционера.

Между тем такие возможности лица не безграничны и законом нередко предусматриваются пределы свободы способа осуществления прав, зависящие от характера правовой нормы. Это могут быть предписания действовать определенным образом, могут быть запреты определенного поведения, могут быть условия, соблюдение которых делает возможным осуществление лицом права и т. д.

Исполняя свою главную роль (упорядочивание общественных отношений), гражданское право действует путем установления общеобязательных правил поведения. С помощью этих правил закрепляются пределы разрешенного, а также пределы надлежащего поведения [5, С. 143]. Другими словами, в нормах гражданского права закрепляются субъективные права и юридические обязанности.

Раскрытие и закрепление природы корпоративного права имеет, по мнению В. А. Васильевой [4, С. 157], особое значение. Составляющим элементом какого-либо субъективного права является возможность избирать форму и способы его осуществления. В теории гражданского права действия, осуществляемые уполномоченным лицом, называются способами осуществления субъективного права. Осуществление того либо иного действия зависит, прежде всего, от характера правовой нормы. Закон может предоставить право уполномоченному лицу совершать только одно конкретное действие либо выбирать среди других определенный вариант поведения. Принимая во внимание возможность локального регулирования в корпоративных отношениях, способы осуществления корпоративных прав могут предусматриваться, кроме законодательных, также и внутренними документами общества (уставом, учредительным договором и др.).

В. В. Долинская [6, С. 583] считает целесообразным различать фактические и юридические способы реализации (осуществления) права. К фактическим можно, по мнению ученого, отнести, например, владение и пользование собственным имуществом; к юридическим способам — совершение лицом сделок в

отношении своего имущества. Как фактические, так и юридические способы осуществления права влекут определенные правовые последствия. Они могут носить характер установления права, признания права, правоизменяющий и правопрекращающий характер.

Осуществление субъективного корпоративного права подчиняется общим принципам гражданского права. Следует различать разрешительные и ограничительные принципы осуществления субъективных прав. К первым относятся: 1) недопустимость своевольного вмешательства в сферу личной жизни человека (ст. 3 ГК Украины); 2) беспрепятственное осуществление субъектами своих прав по собственному усмотрению (ч. 1 Ст. 12 ГК Украины). Вторые называют пределами осуществления субъективных прав. В. В. Долинская утверждает, что при распространении на права акционеров общих положений гражданского права имеет место превалирование юридических способов реализации (осуществления) и подъем на уровень выше в системе юридических фактов: совершение не только сделок, но и юридических актов, т. е. реализация права через всю палитру действий. Это связано, продолжает ученая [6, С. 583-584], с участием акционеров в системе корпоративного управления и в реальном управлении обществом.

От характера субъективного корпоративного права зависит, исчерпается ли осуществление такого права каким-либо одним действием либо требуются для этого длящиеся, повторяемые действия. Несмотря на длящийся характер отношений с участием в АО преобладают одномоментные действия участников: требование о внесении записи в реестр собственников именных ценных бумаг, предложение акции к покупке третьему лицу и т.д. Считаем, что это связано с активным характером действий участника и корпорации в правоотношениях.

Выбор способа осуществления корпоративного права зависит от цели, которую ставит уполномоченное лицо. Например, акционер, владеющий более 10 % голосов, для разрешения отдельных вопросов имеет возможность, обратиться к исполнительному органу с требованием о проведении внеочередного собрания акционеров (ст. 47 Закона Украины «Об акционерных обществах» [7]). В случае если на протяжении 10 дней наблюдательный совет не принимает решение о созыве такого собрания АО, оно может быть созвано акционерами, подавшими соответствующее ходатайство. При этом акционер может действовать лично либо через представителя. Акционер может реализовать свое корпоративное право непосредственно — путем управления АО, ведения его дел, управления деятельностью и т. д.; и опосредовано — путем участия в работе органов управления, а именно в общем собрании, наблюдательном совете, ревизионной комиссии, правлении и т. д.

К способам осуществления корпоративного права, по мнению И. Б. Саракун [4, С. 265-274], целесообразно относить реализацию таких субъективных корпоративных прав как право участников принимать участие в управлении обществом; осуществление права на получение части прибыли (дивидендов) общества; осуществление участником права на получение информации о деятельности общества; осуществление права на выход из общества в установленном порядке и право на получение части активов во время его ликвидации. Хотя Законом Украины «Об акционерных обществах» предусмотрен в некоторой степени иной подход к определению круга субъективных корпоративных прав акционеров. Указанным Законом закрепляется деление прав акционеров — собственников простых акций (ст. 25) и акционеров — собственников привилегированных акций (ст. 26). Кроме того, целесообразно

обратить внимание на то, что отдельно законодателем предусматривается и преимущественное право акционеров во время дополнительной эмиссии акций (ст. 27). Принимая во внимание целесообразность рассмотрения субъективного корпоративного права как единого целого с возможностью его деления на «элементарные» части — правомочия [8, с. 174-179], следует учитывать, что и речь, во время анализа способов осуществления субъективного корпоративного права, необходимо вести о возможности реализации правомочностей. Как следствие деление в Законе Украины «Об акционерных обществах» так называемых «прав акционеров» на права акционеров — собственников простых акций и права акционеров — собственников привилегированных акций является не чем иным как определением их правомочностей с установлением их ограничений (как с правомочиями, предусмотренными ст. 26 Закона Украины «Об акционерных обществах» для акционеров — собственников привилегированных акций).

При этом необходимо согласиться с мнением И. В. Жилинковой [9, С. 39], считающей, что правомочия, входящие в состав субъективного права могут иметь собственную структуру. В этом случае анализ осуществления субъективного корпоративного права может иметь последующий логический ряд: субъективное корпоративное право — правомочие акционера принимать участие в управлении обществом — субправомочие избирать органы управления общества. Однако, мы считаем, что с целью уяснения способов осуществления субъективного корпоративного права более детального внимания заслуживают именно правомочия как составные части единого субъективного корпоративного права.

Субъективное корпоративное право осуществляется путем реализации правомочий, составляющих его содержание. На основании этого в действующем законодательстве необходимо закрепить норму о субъективном корпоративном праве акционера с делением его на правомочия:

а) в зависимости от вида акций — правомочия акционера — собственника простых акций и правомочия акционера — собственника привилегированных акций;

б) в зависимости от объема прав — правомочия акционера собственника значительного пакета акций (10 % и более); правомочия акционера — собственника контрольного пакета акций (50 % и более); правомочия акционера — собственника блокирующего пакета акций (25 % + 1 акция).

### ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:

1. Мирошникова Н. И. Механизм осуществления субъективных гражданских прав: учеб. пособ. — Ярославль: Ярослав. гос. ун-т, 1989. — 83 с.

2. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). — Т. 1: Загальні положення / За ред. проф. І. В. Спасибо-Фатеевої. — Серія «Коментарі та аналітика». — Х.: ФО-П Колісник А. А., 2010. — 320 с.

3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40. — Ст. 356.

4. Корпоративне право України: підручник / В. В. Луць, В. А. Васильева, О. Р. Кібенко, І. В. Спасибо-Фатеева [та ін.]; [за заг. ред. В. В. Луця]. — К.: Юрінком Інтер, 2010. — 384 с.

5. Гараймович Д. А. Оценочные понятия в современном гражданском праве // Цивилистические записки. Межвузовский сборник научных трудов. — М.: Статут, 2001. — С. 130-157.

6. Долинская В. В. Акционерное право: основные положения и тенденции: монография. — М.: Волтерс Клувер, 2006. — 736 с.

7. Про акціонерні товариства: Закон України від 17.09.2008 р. № 514-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 50-51. — Ст. 384.

8. Жорнокуй Ю. М. Проблемні аспекти вчення про суб'єктивне корпоративне право // Перші юридичні диспути з актуальних проблем приватного права, присвячені пам'яті Є. В. Васьковського: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, Одеса, 15-16 квітня 2011 р. / відповід. ред. І. С. Канзафарова; ред. кол. І. С. Канзафарова, В. В. Валах, О. О. Нігреєва; Одес. нац. ун-т ім. І. І. Мечнікова. — Одеса: Астропринт, 2011. — С. 174-179.

9. Жилинкова И. В. Гражданское правоотношение: системно-структурный подход // Вісник Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна. — Спецвипуск. — Серія : Право. — 2010. — № 929. — С. 37-46.



### **Заборовський Віктор Вікторович**

*старший викладач кафедри цивільного права Державного вищого навчального закладу «Ужгородський національний університет», кандидат юридичних наук*

## **КОНСОЛІДАЦІЯ АКЦІЙ**

Консолідація акцій належить до операцій, при яких відбувається зміна номінальної вартості самої акції без зміни розміру статутного фонду. Тобто відбувається процес деномінації вартості акції. Особливість консолідації полягає в тому, що їх наслідком є збільшення номінальної вартості акції, але ця зміна не тягне за собою зміну розміру статутного капіталу.

Суть консолідації як процесу деномінації акції полягає в тому, що дві і більше вже розміщених акції акціонерного товариства конвертуються в одну нову акцію того ж типу (класу). А це означає, що при прийнятті рішення про консолідацію, наприклад, збільшення номінальної вартості акції у три рази, три привілейовані акції певного класу повинні бути конвертовані в одну, але саме в привілейовану (а не просту) акцію, і того ж класу, а не іншого. Мета проведення консолідації полягає «у збільшенні вартості акцій за рахунок збільшення їх номіналу і зменшення кількості акцій, які знаходяться в обігу. При цьому якщо в результаті консолідації частка акціонера в статутному капіталі не змінюється, то така консолідація ніяким чином не зачіпає інтересів міноритарних чи мажоритарних акціонерів» [1, С. 17].

Російське акціонерне законодавство стоїть на позиціях про неможливість зміни частки акціонера в статутному капіталі, оскільки відповідно до умов проведення консолідації коефіцієнт консолідації (показник, на який збільшується номінальна вартість акції) повинен бути виражений цілим числом. Крім того, тут відсутня норма про заборону появи дробових акцій при проведенні консолідації.

На відміну від російського, український законодавець встановлює заборону на існування дробових акцій. До прийняття Закон України «Про акціонерні товариства» [2] такий висновок можна було зробити на підставі аналізу п. 8 Положення про порядок реєстрації випуску акцій акціонерного товариства при зміні номінальної вартості та кількості акцій без зміни розміру

статутного капіталу, в якому зазначено: «При проведенні консолідації акцій повинно бути забезпечено виконання умов обміну акцій старої номінальної вартості на цілу кількість акцій нової номінальної вартості для кожного акціонера. Забороняється проведення консолідації акцій у разі, якщо існують власники цінних паперів, яким належить кількість акцій, що не може бути обміняна на цілу кількість акцій нової номінальної вартості, тобто добуток коефіцієнта деномінації на кількість належних власнику цінних паперів, що підлягають консолідації, не є цілим числом» [3]. А вже в Законі України «Про акціонерні товариства» (п. 2 ч. 1 ст. 18) прямо зазначено, що обов'язковою умовою консолідації є обмін акцій старої номінальної вартості на цілу кількість акцій нової номінальної вартості для кожного акціонера.

На нашу думку, такий підхід до умов проведення консолідації не відповідає її правовій природі, оскільки значно ускладнює, а у великих акціонерних товариствах із розпорошеними пакетами акцій, взагалі унеможливує її проведення. Виникає необхідність закріплення такого підходу до проведення консолідації, який діє в Російській Федерації, за яким тільки коефіцієнт консолідації повинен бути виражений цілим числом, а також закріплюється можливість виникнення дробових акцій при проведенні процедури консолідації.

Рішення про консолідацію акцій приймається на загальних зборах акціонерного товариства, відповідно до Закону України «Про акціонерні товариства» (ст. 33 та ч. 5 ст. 42), простою більшістю голосів акціонерів, які зареєструвалися для участі у загальних зборах та є власниками голосуючих з цього питання акцій, якщо статутом не передбачена більша кількість. А оскільки процес консолідації спричинює зміну номінальної вартості акції, що потребує внесення відповідних змін до статуту товариства, то саме рішення про консолідацію приймається простою більшістю, а вже для прийняття рішення про внесення змін до статуту необхідна наявність кваліфікованої більшості ( $\frac{3}{4}$ ) голосів акціонерів від загальної їх кількості.

При проведенні процедури консолідації слід врахувати те, що деномінація акцій — зміна номінальної вартості всіх випущених одним емітентом акцій [4, С. 122]. Підтверджують це положення ч. 1 і ч. 2 ст. 18 Закону України «Про акціонерні товариства», у яких чітко зазначено, що акціонерне товариство має право здійснити консолідацію (дроблення) лише всіх розміщених ним акцій. Таке положення впливає із законодавчо закріпленої норми, за якою акціонерне товариство повинно мати акції лише однакової номінальної вартості.

Дещо інший порядок деномінації передбачений законодавством Російської Федерації. Так, у п. 5.1.4 і п. 5.1.5 Стандартів емісії цінних паперів [5] зазначено, що в рішенні про розміщення акцій шляхом конвертації (дроблення, консолідації) повинно бути зазначено категорії (типи) акцій, стосовно яких здійснюється конвертація, кількість акцій кожної такої категорії, які конвертуються в одну (консолідація), або одна в декілька (дроблення) (коефіцієнт конвертації, який має бути визначений цілим числом) тієї ж категорії (типу), спосіб конвертації.

Різниця між українським і російським законодавством у процедурі деномінації акції полягає і в строках здійснення такої конвертації. У п. 5.3.1 Стандартів емісії цінних паперів [5] зазначається, що конвертація акцій акціонерного товариства здійснюється в один день, який вказаний в зареєстрованому рішенні про їх випуск, за даними запису на особистих

рахунках у держателя реєстру або записах по рахунках депо в депозитаріях на цей день. Зазначений день не повинен наступати не пізніше одного місяця з дати державної реєстрації випуску акцій.

Нечіткою є позиція українського законодавця, який взагалі в п. 9 Положення про порядок реєстрації випуску акцій акціонерного товариства при зміні номінальної вартості та кількості акцій без зміни розміру статутного капіталу [6] вказує, що не допускається обмеження терміну обміну акцій. У п. 15 цього ж Положення йдеться про те, що акціонерне товариство не пізніше 60 календарних днів із дати реєстрації змін до статуту товариства повинно подати до реєструвального органу документи для реєстрації випуску акцій, серед яких має бути звіт про наслідки обміну акцій старої номінальної вартості лише на письмові зобов'язання про видачу відповідної кількості акцій нової номінальної вартості (із зазначенням дати початку і фактичної дати закінчення обміну) без чітко встановленого строку обміну цих письмових зобов'язань на «нові» акції.

Це ж Положення врегулювало і порядок проведення деномінації акцій, у якому подібно до процедури, що застосовується при збільшенні/зменшенні розміру статутного капіталу, спочатку відбувається реєстрація змін до статуту товариства, пов'язаних із деномінацією акцій, а вже потім — реєстрація в органах ДКЦПФР випуску акцій нової номінальної вартості. Але особливість процедури деномінації полягає в тому, що до внесення змін до статуту та його реєстрації акціонери в обмін на акції старої номінальної вартості (при документарній формі випуску акцій) отримують письмові зобов'язання про видачу відповідної кількості акцій нової номінальної вартості, а вже після реєстрації в органах ДКЦПФР випуску акцій нової номінальної вартості, в обмін на ці письмові зобов'язання, отримують акції нової номінальної вартості. У той час як при проведенні процедури збільшення/зменшення розміру статутного капіталу такого подвійного обміну не відбувається, а здійснюється лише обмін акцій старої номінальної вартості на акції нової номінальної вартості.

Слід врахувати, що при деномінації відкрите розміщення акцій не здійснюється, інформація про випуск акцій реєстрації не підлягає. Отже, не відбувається й перехід права власності на цінні папери, а здійснюється тільки заміна старих цінних паперів на акції нової номінальної вартості. Після реєстрації випуску цінних паперів емітенту видається свідоцтво, яке є підставою для друкування бланків сертифікатів цінних паперів, якщо цінні папери випускаються в документарній формі. Якщо цінні папери випускаються у бездокументарній формі (насамперед, акції) свідоцтво є підставою для переоформлення глобального сертифіката в депозитарія.

Отже, можна підсумувати, що консолідація акцій є особливим способом їх деномінації при якій відбувається зміна номінальної вартості самої акції без зміни розміру статутного фонду. На відміну від українського законодавства, російське допускається консолідацію і певних категорій (типів) акцій, а не обов'язково всіх акцій, розміщених акціонерним товариством.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Демченко С. С. Консолідація акцій конституційна // Законодавство и экономика. — 2004. — № 12. — С. 16-19.
2. Про акціонерні товариства: Закон України від 17.09.2008 р. № 514-VI // Офіційний Вісник України. — 2008. — № 81. — Ст. 7.

3. Положення про порядок реєстрації випуску акцій акціонерного товариства при зміні номінальної вартості та кількості акцій без зміни розміру статутного капіталу, затверджене Рішенням ДКЦПФР від 14 вересня 2000 р. № 125 // ОВУ. — 2000. — № 40. — Ст. 410.

4. Климчук О. Особливості перетворення акціонерних товариств // Юридичний журнал. — 2006. — № 4. — С. 120–122

5. Стандарты эмиссии ценных бумаг и регистрации проспектов ценных бумаг, утвержденные приказом ФСФР России от 25 января 2007 г. № 07-4 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. — 2007. — № 25. — Ст. 3.

6. Положення про порядок реєстрації випуску акцій акціонерного товариства при зміні номінальної вартості та кількості акцій без зміни розміру статутного капіталу, затверджене Рішенням ДКЦПФР від 14.09.2000 р. № 125 // ОВУ. — 2000. — № 40. — Ст. 410.



**Зозуляк Ольга Ігорівна**

*викладач кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету ім. Василя Стефаника, кандидат юридичних наук*

## **ПРО ОБМЕЖЕННЯ ЦИВІЛЬНОЇ ПРАВОЗДАТНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ**

Питання обмежень у праві, в тому числі у праві цивільному, останнім часом набули значної популярності. Як слушно зазначає Є. О. Мічурін, обмеження у правовій державі є проявом необхідності узгодження інтересів і прагнення досягти розумного компромісу між інтересами уповноважених осіб, а також суспільства у правовій державі, збалансування майнових прав різних осіб для уникнення суперечностей та конфліктів при здійсненні цих прав [1, С. 114].

У сучасному вітчизняному цивільному законодавстві вміщено чимало норм, де прямо чи опосередковано вказується на обмеження тих чи інших цивільних прав. Категорія «обмеження» використовується також при конструкції цивільної правоздатності юридичної особи, а зважаючи на неоднакове розуміння цього поняття як у цивілістичній доктрині, так і судовій практиці, потребує додаткового дослідження.

Саме тому, **метою цієї статті** є дослідження застосування такої категорії як «обмеження» при визначенні обсягу цивільної правоздатності юридичних осіб.

Слід зазначити, що поняття «обмеження правоздатності» щодо юридичних осіб радянському цивільному законодавстві було невідомим. Проте в силу того, що цивільна правоздатність юридичних осіб у радянський період за своїм характером була спеціальною і у її конструкції використовувалась прив'язка до мети діяльності юридичних осіб не виникало самої потреби в будь-яких обмеженнях. Тільки з прийняттям нового цивільного законодавства у ч. 2 ст. 91 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) закріплено норму, яка визначає, що цивільна правоздатність юридичних осіб може бути обмежена лише за рішенням суду. У даному випадку законодавець безпосередньо використовує термін «обмеження» у конструкції цивільної правоздатності юридичних осіб.

Видається, що поява у ЦК України норми, у якій йдеться про обмеження цивільної правоздатності юридичних осіб пов'язано, у першу чергу, із закріпленням у цивільному законодавстві України принципу загальної правоздатності за усіма юридичними особами. Але уже в межах статті 91 ЦК України законодавець, з одного боку, закріплює універсальну правоздатність за усіма юридичними особами, а з другого — вказує на обмеження останньої, які, на нашу думку, слід розуміти як можливість існування юридичних осіб, правоздатність яких не є загальною.

На нашу думку, йдеться передусім про непідприємницькі товариства та юридичні особи публічного права, цивільна правоздатність яких все-таки повинна бути спеціальною, а також ті юридичні особи, предмет діяльності яких є виключним (банки та інші фінансові установи, страхові організації, фондові біржі тощо), а, отже, як зазначається в цивілістичній літературі [2, с. 15; 3, С. 51], вони наділяються виключною правоздатністю. Отже, під поняттям «обмеження правоздатності» юридичної особи, нами розуміється перетворення загальної правоздатності на спеціальну чи виключну, тобто обмеження правоздатності є тотожним поняттю спеціальної чи виключної правоздатності. Законодавець не дає нам підстав розуміти дану правову категорію інакше.

Досліджуючи питання, пов'язані із цивільною правосуб'єктністю юридичної особи, на проблему обмеження правоздатності звертає увагу В. Д. Примак. На його думку, із проголошенням загальної правоздатності за всіма юридичними особами, ЦК України не заперечує можливості обмеження правоздатності двома способами — нормативним або через засновницьке волевиявлення. Так, правоздатність такого різновиду юридичних осіб приватного права, як установи, безпосередньо обмежує сам ЦК України у ч. 3 ст. 83 [4, С. 15]. Законами може обмежуватись цивільна правоздатність й інших юридичних осіб.

Така позиція щодо нормативного обмеження правоздатності для окремих юридичних осіб, на нашу думку, є цілком виправданою. При цьому слід зауважити, що термін «обмеження», як було зазначено вище, розуміється нами як перетворення загальної правоздатності юридичної особи на спеціальну чи виключну.

А от щодо обмеження цивільної правоздатності юридичної особи через засновницьке волевиявлення, то у наукових колах з приводу цього виникають гострі дискусії. Так, на думку С. І. Клімкіна, учасники юридичної особи можуть самостійно змінити універсальну правоздатність юридичної особи на спеціальну через встановлення у її установчих документах вичерпного переліку дозволених видів діяльності або заборони на здійснення певних її видів [5, С. 160].

Д. С. Лещенко вважає, що підставами обмеження цивільної правоздатності є вказівка закону, засновницьке волевиявлення, рішення суду [6, С. 77]. Таким чином, вказаний автор вважає, що однією із підстав обмеження цивільної правоздатності юридичної особи є закріплення в установчих документах переліку видів діяльності, якими вправі займатися юридична особа. Повністю солідаризуючись із позицією автора щодо законодавчого обмеження цивільної правоздатності юридичної особи, погодитись із його міркуваннями щодо обмеження цивільної правоздатності юридичної особи на підставі засновницького волевиявлення, на нашу думку, доволі важко. Адже при такій позиції Д. С. Лещенка не враховується той факт, що по-перше, цивільна правоздатність — це абстрактна здатність суб'єкта мати цивільні права й обов'язки. Її не можна віднести до природних властивостей особи, адже її зміст і обсяг залежать від характеру діючого законодавства, у ній знаходить свій прояв постійний та



нерозривний зв'язок особи та держави. У цьому сенсі цілком слушними є погляди М. Г. Александрова, який наголошував на тому, що правоздатність — це «особливі суспільні відносини у державно організованому суспільстві. Правоздатність ніщо без держави, яка визначає за особою певні правові можливості» [7, С. 164-165].

Взаємозв'язок цивільної правоздатності та держави дуже чітко прослідковуються і у працях С. М. Братуся — засновника так званої «статичної» теорії правоздатності, який був переконаний у тому, що правоздатність залежить, передусім, від її визнання державою, але аж ніяк — від відносин її носія з іншими особами. У відносинах з ними формуються конкретні правомочності та обов'язки, склад яких насправді не залишається незмінним для кожної окремої правоздатної особи. Але сама правоздатність залишається незмінною і рівною як за обсягом, так і за змістом [8, С. 5-10].

Зазначена позиція щодо зв'язку правоздатності з державою та характером чинного законодавства повною мірою сприйнята німецьким цивільним законодавством. Так, параграфом 43 Німецького цивільного уложення передбачена можливість позбавлення правоздатності об'єднання у тому випадку, якщо внаслідок протизаконного рішення загальних зборів або в результаті протизаконних дій правління виникає небезпека суспільному благополуччю [9, С. 6].

По-друге, чинним цивільним законодавством України не передбачається можливість обмеження цивільної правоздатності в установчих документах юридичної особи. Будь-які обмеження, які вводяться через засновницьке волевиявлення учасників юридичної особи, не перетворюють загальну правоздатність на спеціальну, а тільки вказують на її (юридичної особи) відмову від реалізації суб'єктивного цивільного права, яке виступає складовим елементом цивільної правоздатності останньої.

Слушною з цього приводу є позиція Н. В. Козлової, яка переконана, що спеціальна правоздатність може бути встановлена тільки законом, а також нормативними актами, прийнятими відповідно до нього, але не установчими документами [10, С. 119].

Вказівку на нормативне закріплення обсягу цивільної правоздатності можна знайти і у судовій практиці. Так, у постанові судової палати з господарських справ Верховного суду України від 14 лютого 2002 р. у справі за позовом Тернопільського транспортного прокурора в інтересах держави в особі Тернопільського державного підприємства по перевезенню вантажів та пасажирів до акціонерного товариства «Підволочиське хлібоприймальне підприємство» про стягнення плати за користування вагонами зазначається, що обсяг правоздатності юридичної особи визначається ЦК України, який є офіційним кодифікованим законодавчим актом і має вищу юридичну силу, ніж підзаконний нормативний акт [11].

Отже, обмеження загальної правоздатності (перетворення її у спеціальну чи виключну) можливе лише на підставі закону. На основі засновницького волевиявлення універсальна правоздатність не перетворюється на спеціальну, засновницьке волевиявлення не може бути підставою обмеження правоздатності юридичної особи. Узаконення можливості змінювати обсяг цивільної правоздатності юридичної особи через засновницьке волевиявлення може призвести не тільки до обмеження правоздатності у такий спосіб, а й її розширення, що є неприпустимим.

Щодо обмеження цивільної правоздатності юридичної особи на підставі рішення суду, то, на нашу думку, у ч. 2. ст. 91 ЦК України вміщено вказівку на

процедуру такого обмеження, а тому швидше положення даної статті слід застосовувати в контексті розуміння процесуального порядку такого обмеження, а не підстави обмеження. В іншому разі виникнуть питання, у яких випадках судом може бути обмежена цивільна правоздатність юридичної особи, що може призвести до виникнення непорозумінь на практиці, або й унеможливить застосування вказаної норми. А тому, видається, що доцільніше говорити про обмеження цивільної правоздатності юридичної особи судом в контексті розуміння не як підстави обмеження, а процесуальної процедури такого обмеження, зокрема, тоді, коли йдеться про розширення або звуження обсягу цивільної правоздатності в інших, ніж передбачено чинним цивільним законодавством України, випадках.

Таким чином, на основі вищезазначеного можна прийти до висновку, цивільна правоздатність юридичної особи може бути обмежена тільки на підставі закону і не може обмежуватись на основі засновницького волевиявлення (обмеження в статуті, рішення учасників тощо), а тому у ЦК України бажано було б закріпити правило, за яким обмеження цивільної правоздатності юридичної особи можливе виключно на підставі закону.

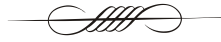
З огляду на це, пропонуємо викласти ч. 2 ст. 91 ЦК України у такій редакції: *«Цивільна правоздатність юридичної особи може бути обмежена лише на підставі закону. Рішення щодо обмеження правоздатності може бути оскаржене юридичною особою в судовому порядку».*

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Мічурін Є. О. Обмеження майнових прав фізичних осіб (теоретико-правовий аспект) : [монографія] / Євген Олександрович Мічурін. — Х.: Юрsvіт, НДІ приватного права та підприємництва АПрН України, 2008. — 482 с.
2. Слугин А. А. Гражданская правосубъектность юридических лиц : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Слугин Андрей Андреевич. — Рязань, 2003. — 176 с.
3. Зозуляк О. Виключна правоздатність юридичних осіб як вид цивільної правоздатності / О. І. Зозуляк // Юридична Україна. — 2009. — № 2 (74). — С. 49-51.
4. Примак В. Д. Обмеження правоздатності юридичної особи : питання дійсності правочинів та відповідальності за правопорушення / В. Д. Примак // Юридичний вісник України. — 2004. — 4–10 вересня (№ 36).
5. Климкин С. И. Реализация правоспособности юридического лица через его органы / С. И. Климкин // Цивилистические записки: межвузовский сборник научных трудов. — М. : Статут, 2001. — С. 158–166.
6. Лещенко Д. С. Правовий статус установ в цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Лещенко Дмитро Сергійович. — К., 2005. — 199 с.
7. Александров Н. Г. Трудовое правоотношение / Н. Г. Александров. — М. : Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. — 336 с.
8. Братусь С. Н. Субъекты гражданского права / С. Н. Братусь. — М. : Госюриздат, 1950. — 367 с.
9. Гражданское еложение Германии = Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz: ввод. закон к Гражд. уложению : пер. с нем. / [ В. Бергманн, введ. сост. ] ; науч. редакторы — А. Л. Маковский [и др.]. — 2-е изд., доп. — М. : Волтерс Клувер, 2006. — 816 с. — (Серия «Германские и европейские законы»; Кн.1).
10. Козлова Н. В. Правосубъектность юридического лица по российскому гражданскому праву : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.03 / Козлова Наталья

Владимировна. — М., 2004. — 735 с.

11. *Постанова* судової палати з господарських справ Верховного суду України від 14.01.2002 р. // Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 6 (листопад–грудень).



**Калаур Іван Романович**

*доцент кафедри цивільного права і процесу Тернопільського національного економічного університету, кандидат юридичних наук*

## **МЕЖІ ТА ОБМЕЖЕННЯ ПРИ РЕАЛІЗАЦІЇ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ**

Сутність цивільно-правового регулювання полягає у забезпеченні суб'єкта права можливості вільно діяти з огляду на свої інтереси та міру свободи, яка закріплена законом [1, С. 8]. Одним із якісних показників свободи є межі здійснення права, «оскільки міра свободи визначається тим, чи громадянам надається більше прав, чи ж більше накладається обов'язків» [2, С. 87]. Межі здійснення цивільних прав можуть бути встановлені договором або актами цивільного законодавства шляхом моделювання позитивних зобов'язань та заборон. Так, ст. 13 ЦК України на учасника цивільних правовідносин, при здійсненні ним суб'єктивних прав, покладено обов'язок додержуватись моральних засад суспільства, утримуватись від дій, які могли б порушити права інших осіб, заподіяти шкоди довкіллю або культурній спадщині та встановлено заборону зловживати суб'єктивним правом з винятковим наміром завдавати шкоди іншій особі й використовувати права з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісну конкуренцію.

Отже, законодавець встановлює меж здійснення цивільних прав з метою забезпечення балансу й узгодження можливостей поведінки всіх учасників цивільних правовідносин та інтересів суспільства загалом. Досягається вказана узгодженість відсутністю легального визнання у особи права за його межами, що обумовлює способи захисту законних інтересів та порушених прав учасників цивільних правовідносин.

Встановлені у ст. 13 ЦК України межі здійснення цивільних прав поширюються на всі їх види, в тому числі і на корпоративні права. Характер меж обумовлений видом цивільних прав і визначений у спеціальних законодавчих актах. Відносно досліджуваних нами прав, прикладом законодавчого визначення меж їх здійснення є ч. 2 ст. 141, ч. 4 ст. 153 ЦК України та ч. 1 ст. 4 Закону України «Про акціонерні товариства» [3]. Названі норми визначаючи обмеження щодо участі у товаристві з обмеженою відповідальністю та акціонерному товаристві. Мета цих обмежень полягає в тому, щоб не допустити різного роду зловживань та маніпуляцій щодо використання конструкції товариства з єдиним учасником [4, С. 215]. Так, товариство з обмеженою відповідальністю та акціонерне товариство не можуть мати єдиним учасником інше господарське товариство, учасником якого є одна особа.

Аналіз сутності цього обмеження дозволяє зробити наступний висновок: коли особа є єдиним учасником господарського товариства, то здійснюючи одноособово управління цим товариством, вона не має права прийняти рішення,

за яким вказане товариство буде єдиним учасником іншого господарського товариства, що і зумовлює межу здійснення цією особою її корпоративного права.

Водночас, доцільно дати відповідь на питання, чи інші, законодавчо визначені обмеження щодо участі у господарських товариствах, обумовлюють межі суб'єктивного корпоративного права? Законодавець у законодавчих актах встановлює наступні обмеження цього роду:

- особа може бути учасником лише одного товариства з обмеженою відповідальністю, яке має одного учасника (ч. 2 ст. 141 ЦК України);

- акціонерне товариство не може мати у своєму складі лише акціонерів — юридичних осіб, єдиним учасником яких є одна й та ж особа (ч. 1 ст. 4 Закону України «Про акціонерні товариства»).

- особа може бути учасником тільки одного повного товариства (ч. 2 ст. 119 ЦК України, ч. 2 ст. 66 Закону України «Про господарські товариства» [5]);

- особа може бути повним учасником тільки в одному командитному товаристві (ч. 2 ст. 135 ЦК України, ч. 3 ст. 75 Закону України «Про господарські товариства»);

- повний учасник командитного товариства не може бути учасником повного товариства (ч. 2 ст. 135 ЦК України, ч. 3 ст. 75 Закону України «Про господарські товариства»);

- повний учасник командитного товариства не може бути вкладником цього самого товариства (ч. 2 ст. 135 ЦК України, ч. 3 ст. 75 Закону України «Про господарські товариства»).

Чотири останні заборони зумовлена тим, що повний учасник товариства несе відповідальність за зобов'язаннями організації усім своїм майном, на яке може бути звернене стягнення у тому випадку, коли майна товариства недостатньо для задоволення вимог його кредиторів. Одночасне членство у кількох повних товариствах унеможливило би реалізацію цього принципу.

Повертаючись до поставленого запитання, зауважимо, що аксіомою юридичної науки є розуміння суб'єктивного права як множини можливостей суб'єкта правовідносин, які виражаються в його активній чи пасивній поведінці, слідує із сутті права і не заборонені законом. Тому інші види активної чи пасивної поведінки, що сумісні із суттю права, але заборонені законом, є нічим іншим як межею здійснення суб'єктивного права.

Наступним неспростовним фактом є те, що для виникнення у особи права необхідно, щоб наступила подія або особа проявила активну чи пасивну поведінку, які визначені законом. Відповідно, якщо законодавець, шляхом прямої вказівки забороняє набувати право тою чи іншою активною чи пасивною поведінкою, то останні теж становлять межу суб'єктивного права. На перший погляд така думка є помилковою, оскільки до поки не має права, ми не може говорити про межі цього права. Доведення протилежного здійснимо на прикладі корпоративних прав. Останні, як відомо, виникають із майнової участі особи в статутному (складеному) капіталі господарського товариства. Водночас законодавець визначає, яка майнова участь не зумовлює виникнення корпоративних прав. Таки чином, якщо повний учасник командитного товариства став би учасником повного товариства, то він тим самим переступив би межу, яка розділяє сферу існування та не існування корпоративного права.

На основі вищерозглянутого приходимо до висновку, що межі здійснення корпоративних прав встановлені не тільки приписами ст. 13 ЦК України, які властиві всім видам цивільних прав, але і опосередковуються законодавчими обмеженнями щодо участі у господарських товариствах.

У юридичній літературі доведена необхідність розмежовувати поняття «межі здійснення суб'єктивного права» та «обмеження здійснення суб'єктивного права» [6, С. 7]. Якщо перше із них визначає міру свободи, адже межа свободи однієї особи — це початок свободи іншої особи [7, С. 59], то через обмеження особа не позбавляється права, а воно тимчасово звужується [8, С. 154]. Отже сутність цього правового явища полягає у тому, що вони звужують зміст суб'єктивного права та ускладнюють його здійснення.

Обмеження суб'єктивних прав є одним із елементів механізму правового регулювання суспільних відносин. Вони дозволяють у межах власних границь суб'єктивного права дуже глибоко враховувати та забезпечувати найважливіші права і законні інтереси інших осіб та суспільства в цілому.

Досліджуючи особливості обмеження цивільних прав, науковці одноставні у тому, що їхня формальна визначеність повинна забезпечуватись тільки на законодавчому рівні і реалізуються вони через три форми правового регулювання — заборону, дозвіл та позитивне зобов'язання [8, С. 185; 9, С. 44].

Перша із них є юридичним засобом, що спрямований на створення перешкод для здійснення небажаної поведінки. Наглядним прикладом вираження обмежень корпоративних прав через встановлення у законі заборон є ст. 158 ЦК України та ст. 31 Закону України «Про акціонерні товариства». Обидві статті визначають обставини, за яких акціонерне товариство не має права приймати рішення про виплату дивідендів та виплачувати дивіденди акціонерам. Як узагальнююче поняття для цих обставин, законодавець у назвах вказаних статей використовує термін «обмеження», хоча у самих назвах йдеться лише про обмеження щодо виплати дивідендів. Зауважимо, що необхідними правовими умовами їхньої виплати є не тільки відсутність, законодавчо визначених обставин, які забороняють це робити, але і прийняття акціонерними товариством рішення про виплату дивідендів. Саме тому у статтях законодавець говорить про заборону оголошення та виплати дивідендів.

Так, акціонерне товариство не має права оголошувати та виплачувати дивіденди до повної сплати статутного капіталу. Така вимога обумовлена його гарантійною функцією, оскільки статутний капітал визначає мінімальний розмір майна товариства і гарантує інтереси його кредиторам. Немаловажливим у цьому питанні є момент сплати статутного капіталу. Через те у Законі «Про акціонерні товариства» обмеження у формі заборони щодо прийняття товариством рішення про виплату дивідендів та виплати дивідендів за простими і привілейованими акціями обумовлене реєстрацією звіту про результати розміщення акцій, яку здійснює Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку. Таке обмеження діє як на етапі сплати статутного капіталу при створенні акціонерного товариства так і при його наступних збільшеннях.

Оскільки статутний капітал товариства з обмеженою відповідальністю та товариства з додатковою відповідальністю має таке ж функціональне призначення, що і статутний капітал акціонерного товариства, вважаємо за необхідне встановити подібні обмеження при прийнятті цими господарськими товариствами рішення про розподіл прибутку та його виплату.

В основі другого обмеження щодо оголошення та виплати акціонерним товариством дивідендів лежить співвідношення чистих активів товариства з розміром його статутного капіталу та резервного фонду (ч. 3 ст. 158 ЦК України). Подібне обмеження встановлено і у ст. 31 Закону України «Про акціонерні товариства». Проте законодавець вказує на ще один елемент, який слід враховувати при співвідношенні реальних та ідеальних показників майнового

стану товариства. Так відповідно до ч. 1 ст. 31 цього Закону акціонерне товариство не має права приймати рішення про виплату дивідендів та здійснювати їх виплату за простими акціями у разі, якщо власний капітал товариства менший, ніж сума його статутного капіталу, резервного капіталу та розміру перевищення ліквідаційної вартості привілейованих акцій над їх номінальною вартістю. Аналогічна заборона визначена і у ч. 3 цієї статті щодо виплати дивідендів за привілейованими акціями. У цьому випадку до уваги беруть розмір перевищення ліквідаційної вартості привілейованих акцій над їх номінальною вартістю, власники яких мають переваги щодо черговості отримання виплат у разі ліквідації.

Власний капітал товариства — це реальний показник майнового стану та фінансової стабільності товариства. Розмір статутного та резервного капіталів — це показники ідеальні, які визначені у статуті товариства. Ідеальним показником також є різниця між розміром ліквідаційної вартості привілейованих акцій та їхньою номінальною вартістю, якщо акції того чи іншого класу надають їхнім власникам перевагу щодо черговості отримання виплат у разі ліквідації товариства, пропорційно частці належних акціонеру привілейованих акцій певного класу у загальній кількості привілейованих акцій цього класу. Перевищення розміру ідеальних показників над реальним свідчить про фінансову нестабільність товариства, а тому виплата дивідендів приведе до зменшення, і так недостатнього для нормального функціонування акціонерного товариства, його власного капіталу.

Наступне обмеження торкається лише права на отримання дивідендів і обумовлене обов'язком акціонерного товариства викупити акції у акціонерів — власників простих та привілейованих акцій (ч. 2 ст. 31 Закону України «Про акціонерні товариства»). Акціонерне товариство зобов'язане викупити акції у власника простих акцій, якщо він зареєструвався для участі у загальних зборах та голосував проти прийняття загальними зборами рішення про: злиття, приєднання, поділ, перетворення, виділ товариства, зміну його типу з публічного на приватне; вчинення товариством значного правочину; зміну розміру статутного капіталу. Викуп привілейованих акцій товариство зобов'язане здійснити, якщо їхній власник голосував проти прийняття загальними зборами рішення про: внесення змін до статуту товариства, якими передбачається розміщення нового класу привілейованих акцій, власники яких матимуть перевагу щодо черговості отримання дивідендів чи виплат під час ліквідації акціонерного товариства; розширення обсягу прав акціонерів — власників розміщених класів привілейованих акцій, які мають перевагу щодо черговості отримання дивідендів чи виплат під час ліквідації акціонерного товариства.

З нашого погляду подібне обмеження доцільно встановити і на випадок отримання частини прибутку учасниками інших видів господарських товариств. Необхідність встановлення такого обмеження обумовлена обов'язком господарських товариств виплатити учаснику, вартість частини майна товариства, що пропорційна частці цього учасника у статутному (складеному капіталі), якщо інше не встановлено установчими документами. Законодавчими актами передбачено чотири випадки, коли на господарське товариство покладається вказаний обов'язок, зокрема, якщо частку учасника у статутному капіталі викупило саме товариство, якщо учасник вийшов з товариства, вибув з товариства або його виключили з товариства. Таким чином в результаті встановлення вказаного обмеження товариство не матиме права приймати відповідне рішення

до того часу поки не виплатить вартість частини майна, що пропорційна частці учасника у статутному капіталі.

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Григорєва М. А. Понятие свободы в российском гражданском праве: Дис ... канд. юрид. наук.: 12.00.03. — Иркутск: Байкальский государственный университет экономики и права, 2004. — 198 с.
2. Моль Р. Энциклопедия государственных наук. — СПб.: Издание книгопродавца М. О. Вольфа. — 1968. — 863 с.
3. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Т. I. — 832 с.
4. Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивного цивільного права, Дис. ... канд. ... юр. наук, 12.00.03. — К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького, 2006. — 212 с.
5. Мічурін Є. О. Обмеження майнових прав фізичних осіб (теоретично-правові аспекти): Монографія. — Х.: ЮрСвіт, НДІ Приватного права та підприємництва АПрН України, 2008. — 482 с.
6. Камышанский В. П. Ограничения права собственности: гражданско-правовой анализ: Дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. — М.: РГБ, 2003. — 414 с.
7. Алексеев С. С. Правовые запреты в структуре советского права // Правоведение. — 1973. — № 5 — С. 43-52.



#### Козловська Людмила Володимирівна

*науковий консультант управління забезпечення діяльності судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, кандидат юридичних наук, доцент*

#### ВИЗНАННЯ СУБ'ЄКТИВНОГО ПРАВА СПАДКУВАННЯ ЯК СПОСІБ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Теоретичним підґрунтям характеристики особливостей захисту спадкових прав є розуміння спадкового правовідношення як єдиного правовідношення та правової природи суб'єктивного права спадкування як абсолютного права особливого роду.

Суб'єктивне право спадкування — єдине майнове право, здійснення якого, означає фактичну реалізацію спадкування як універсального правонаступництва, відповідно суб'єктами такого права являються виключно спадкоємцеві законом чи за заповітом. Визнання правової природи суб'єктивного права спадкування як абсолютного права особливого роду дозволяє визначити сутність вимог щодо його захисту, обрати відповідні способи захисту та відмежувати його від інших відносин, які регулюються нормами спадкового права, проте не являються спадкуванням як універсальним правонаступництвом.

Відповідно до цього, характеристика способів захисту спадкових прав повинна здійснюватися в двох площинах: **захист суб'єктивного права спадкування або захист інших спадкових прав**. Тобто, потрібно виділяти способи захисту, які спрямовані на захист суб'єктивного права спадкування та

інші способи захисту спадкових прав, які пов'язані із спадкуванням, але безпосередньо на визначення спадково-правового статусу осіб-спадкоємців за заповітом чи за законом не впливають.

В літературі висловлювалась думка, що визнання права на спадкування (ч. 4 ст. 1224 ЦК України) є захистом цивільного інтересу, адже у разі визнання права судом у таких випадках по суті встановлюється те цивільне право особи, яке до цього не існувало, а виникає тільки з моменту набрання рішенням суду про визнання права законної сили [1, С. 36].

В зв'язку з цим важливо підкреслити що суб'єктивне право спадкування виникає в особи незалежно від її волі на підставі юридичного складу спадкування, центральним юридичним фактом якого є смерть фізичної особи або оголошення її померлою. Юридичні факти, на підставі яких визначається спадково-правовий статус особи-спадкоємця (сімейно-родинні стани, призначення особи спадкоємцем за заповітом), мають існувати на час відкриття спадщини. Здійснення цього права, як і будь-якого іншого суб'єктивного цивільного права, відбувається в результаті акту волі особи, яка може проявлятися відсутністю заперечення проти здійснення цього права. Тобто, реалізується право спадкування виключно засобом прийняття або відмови від прийняття спадщин, що підтверджується змістом ст. 1274 ЦК України.

Тому, на нашу думку, виникнення суб'єктивного права спадкування не залежить від рішення суду. Інша річ, що можливість здійснення зазначеного права може бути пов'язана із присудженням, але це не дає підстав визначати захист суб'єктивного права спадкування в якості захисту цивільного інтересу.

Система способів захисту суб'єктивних спадкових прав характеризується сполученням загально цивільних способів захисту майнових спадкових прав та особливих способів захисту суб'єктивного права спадкування.

Щодо загально-цивільних способів захисту спадкових прав, то їхнім змістом є вимоги, які б міг пред'явити сам спадкодавець (віндикаційний позов, негативний позов, позов про визнання права власності на майно, яке переходить в порядку спадкування, зобов'язально-правові способи захисту прав тощо).

На підставі відомої в цивільному праві класифікації позовів, в даному випадку здійсненої Я. Шаппом, у її застосуванні щодо захисту спадкових прав, можна стверджувати, що загально-цивільні способи захисту спадкових прав реалізуються засобом пред'явлення виконавчих позовів. Виконавчий позов має за мету отримати судові рішення, засобом якого відповідач присуджується до виконання юридично значимої дії [2, С. 45].

Спеціальні способи захисту суб'єктивного права спадкування в літературі відомі також під назвою «позовів про спадщину» [3, С. 211]. Погоджуючись із вченням про сутність даного виду способів захисту спадкових прав, на нашу думку, потрібно здійснити уточнення щодо самої термінології. Адже, категорія права спадкування являється категорією суб'єктивного, а категорія спадщини — категорією об'єктивного, взаємозв'язок між ними характеризується як безпосередній, проте, виникає питання щодо самої сутності зазначених вимог.

П.С. Нікітюк, звертаючи увагу на важливе теоретичне та практичне значення точного визначення самого поняття позову про спадщину і відмежування провадження з цього позову від інших справ, пов'язаних із спадкуванням, до позовів про спадщину відносить вимоги про визнання позивачів спадкоємцями, вимоги про виключення із числа спадкоємців відповідача чи відповідачів, про інше визначення обсягу спадкових прав позивачів чи відповідачів. За словами цього вченого — це позови про визначення кола



спадкоємців за законом чи заповітом та про характер їхньої участі в спадковому правонаступництві [3, С. 214-215].

На нашу думку, мова йде саме про захист суб'єктивного права спадкування. Термін «захист суб'єктивного права спадкування» зміщує акценти з категорії об'єктивного — «спадщини», на категорію суб'єктивного права спадкування. Тому, ***вимоги про спадщину характеризуються саме як вимоги про визнання особи спадкоємцем-універсальним правонаступником або заперечення за цією особою такого статусу.***

В зазначеному розумінні «спори про спадщину» (спори щодо визнання статусу спадкоємця) потрібно відрізнити від спорів про спадкове майно. Тобто, спори про спадщину ми кваліфікуємо як суто спадкові спори, вони можливі лише між спадкоємцями. Спори про спадкове майно можливі між різними особами: це спори про належність майна, про виконання зобов'язань тощо, їх характерною рисою являється те, що вони не стосуються визначення статусу спадкоємця.

На підставі аналізу судової практики ми можемо зробити висновок, що ***вимога про визнання особи спадкоємцем***, характеризується в якості загального поняття, що не відображає конкретний спосіб захисту суб'єктивного права спадкування. Зазначена вимога може бути реалізована в різних видах спадкових спорів, зокрема, можуть бути пред'явлені вимоги: про визнання недійсним заповіту, (що є вимогою про визнання статусу спадкоємця за іншою особою, або, якщо брати до уваги, що такі вимоги, можуть пред'являтися також територіальною громадою, то це по своїй суті вимоги про спадщину); вимога про визнання особи спадкоємцем за законом; вимога про усунення від права на спадщину; вимога про порядок зміни черговості спадкування за законом тощо.

Проте, варто зазначити, що нормами статті 16 ЦК України «Захист цивільних прав та інтересів судом» визнання права передбачається в якості окремого способу захисту, тож варто допустити можливість існування самостійного способу захисту суб'єктивного права спадкування у вигляді його визнання. Логічним був би висновок про те, що якщо оспорується статус спадкоємця за законом чи за заповітом і має місце порушення суб'єктивного права спадкування, то можливе пред'явлення самостійного виду вимог про визнання суб'єктивного права спадкування. Підставою для зазначеного виду вимог може бути відсутність документального підтвердження сімейно-родинних зв'язків спадкодавця та особи, яка претендує на визнання за нею статусу спадкоємця та заперечення чи невизнання цього статусу іншими в тому числі і посадовими особами.

У відповідності із класифікацією позовів на виконавчі, установчі та конститутивні (правоперетворюючі), можна стверджувати, що вимоги про визнання особи спадкоємцем здійснюється засобом пред'явлення установчого позову, який направлений на таке рішення судді, яким стверджується наявність (позитивний установчий позов) або відсутність (негативний установчий позов) суб'єктивного права або правовідношення [2, С. 45].

Вимога про визнання особи спадкоємцем, у всіх названих вище сенсах, являється правостановлюючою, тобто такою, на яку можуть опиратися інші види вимог, суб'єктами яких є спадкоємці та інші заінтересовані особи. Це пов'язано із розумінням сутності суб'єктивного права спадкування. «За своєю юридичною природою воно відноситься до так званих *Gestaltungsrecht*, тобто прав, зміст яких зводиться до утворення іншого права (прав на правоутворення), що певною мірою зближує їх з елементами правоздатності» [4, С. 644].

Заперечення наявності в особи статусу спадкоємця може поєднуватися із запереченням права власності на спадкове майно. В цьому разі мова йде про

заперечення визнання статусу спадкоємця, що є більш широким ніж не визнання права власності. Позов про встановлення права власності — вчиняється з метою отримання судового рішення як правовстановлювального документа, необхідного для виникнення права власності [5, С. 5]. Наприклад, якщо особа-позивач не визнавала право власності у особи-спадкодавця, і внаслідок цього не визнає право власності у особи-спадкоємця. Також, позов про встановлення права власності на спадкове майно може мати місце у випадках набуття спадкоємцем права власності за набувальною давністю, на самочинне та незавершене будівництво, тощо.

*Отже, суб'єктивне право спадкування є за своєю правовою природою абсолютним майновим правом особливого роду, це має прояв в тому, що його реалізація означає набуття права на всю майнову сферу спадкодавця, яка за ознакою транслятивності переходить до особи-спадкоємця. Вимоги про захист суб'єктивного права спадкування характеризуються саме як вимоги про визнання особи спадкоємцем — універсальним правонаступником або заперечення за цією особою такого статусу.*

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Ярема А.Г. Система способів захисту цивільних прав судом // Вісник Верховного Суду України. — 2009. — № 12 (112). — С. 34-39.
2. Шапп Я. Система германского гражданского права: учебник / Пер. с нем. С.В. Королева. — М.: Международные отношения, 2006.— 451 с.
3. Никитюк П. С. Наследственное право и наследственный процесс (проблемы теории и практики). — Кишинев: Штиинца, 1973. — 460 с.
4. Гражданское право: Учебник: В 3 т. Т.3. — 4-е изд., перераб. и доп. / [Под ред. А.П. Сергеева, Ю. К. Толстого]. — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. — 864 с.
5. П'янова Я. В. Судовий захист майнових цивільних прав: Автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. — Харків, 2009. — 22 с.



#### **Коструба Анатолій Володимирович**

*доцент кафедри цивільного і трудового права Таврійського національного університету імені В.І. Вернадського, кандидат юридичних наук, доцент*

#### **«ВСТАНОВЛЕННЯ» ПРАВОПРИПИНЯЮЧИХ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ**

Механізм правового регулювання є тією реально діючою сукупністю елементів, за посередництвом яких норма права застосовується до реальної життєвої обставини і викликає юридичні наслідки. Але для того, щоб механізм ефективно діяв необхідне його повне і правильне усвідомлення учасниками цивільно-правових відносин, або, хоча б, органами уповноваженими на реалізацію положень норм права.

У зв'язку з цим можемо казати, що в юридичній практичній діяльності дуже часто доводиться «встановлювати» певні обставини, або їх характер, що, по суті, є процесом спрямованим на їх пошук. Термін «встановлення» досить часто використовується в чинному цивільному законодавстві України.

Зокрема, ст. 647 визначає, що договір є укладенням у місці проживання фізичної особи або за місцем знаходженням юридичної особи, яка зробила пропозицію укласти договір, якщо інше не встановлено договором.

Частина 1 ст. 258 ЦК України каже: «Для окремих видів вимог законом може встановлюватися спеціальна позовна давність: скорочена або більш тривала порівняно із загальною позовною давністю» При цьому, в ч. 2 ст. 258 ЦК України міститься норма, яка каже, що позовна давність в один рік застосовується, зокрема, до вимог...». У зв'язку з цим можна стверджувати, що законодавець в одній нормі ЦК України дає зрозуміти, що є «встановлення» і в той же час проводить розмежування між встановленням і застосуванням.

Безперечно, під встановленням мається на увазі нормативне закріплення тих чи інших обставин. Закон встановлює певні правові обставини чи наслідки, що по суті є створення правових моделей або частин таких правових моделей, які знаходять свій вияв в нормативних приписах закону. Звертаючи увагу на норму ч. 2 ст. 258 ЦК України, в якій законодавець каже про застосування скороченої позовної давності до певних випадків простежується розмежування фактичного і правового в юридичних фактах і механізмі правового регулювання в цілому. Крізь дану норму простежується правове її застосування щодо фактичних обставин. Законодавець встановлює правову модель, але для того щоб вона була реалізована в механізмі правового регулювання цю модель застосовують в певних фактичних обставинах (для застосування в яких вона і призначена). Тому, саме за допомогою третього елементу механізму правового регулювання — актів правореалізації, правова модель накладається на фактичні обставини і викликає правові наслідки, передбачені нормою права. Слушною з цього приводу є думка М. Д. Гнатюк, яка розуміє під реалізацією права реальне, практичне перетворення у життя формально-визначених правових приписів через правомірну поведінку суб'єктів права (дії чи бездіяльність) з метою задоволення основних потреб людини, суспільства і держави шляхом використання методів та форм, передбачених законодавством країни.

Покладаючи в основу розуміння правоприпиняючих юридичних фактів як обставин дійсності, які співпадають з їх правовою моделлю і тягнуть юридичний наслідок у вигляді припинення прав, обов'язків чи правовідносин можна стверджувати і те, що така ознака як нормативне закріплення потребує уточнення. Правоприпиняючі юридичні факти з точки зору нормативного закріплення можуть бути: а) обставинами дійсності, які відповідають правовій моделі, закріпленій безпосередньо в нормі закону; б) обставинами дійсності, які відповідають правовій моделі, закріпленій в інших джерелах права (договори, корпоративні норми, звичаї тощо) з урахуванням пріоритетності джерела в конкретній правовій системі.

В цивільному законодавстві України правова модель може бути безпосередньо передбачена нормами Цивільного кодексу України, або нормами договору. З цього приводу слушною є думка висловлена В. І. Кратом. Досліджуючи переважні права в цивільному праві він звернув увагу на те, що встановленням переважного права є його закріплення в договорі або законі як певної можливості особи — носія суб'єктивного права. Втім, така можливість може стати дійсною лише за наявності додаткових юридичних фактів, позначених у договорі або законі. Тому, на його думку, лише з цього моменту переважне право реально виникає. З огляду на його супроводжувальний, похідний характер воно сприяє набуттю іншого права — речового, зобов'язального, корпоративного, виключного. Отже, договір є підставою встановлення переважних прав (юридичним фактом) і

джерелом в якому вони закріплюються. А з точки зору юридичних фактів, враховуючи вищенаведене, договір може сам бути юридичним фактом і в той же час він може містити правові моделі, які в майбутньому об'єднавшись з юридичними діями в актах правореалізації стануть самостійними юридичними фактами.

Проте, це є не єдиним значенням «встановлення» в цивільному праві. Досліджуючи проблему юридичних фактів в системі правовідносин Г. В. Кикоть зосередив увагу на встановленні юридичних фактів і визначив його як пошуково-інформаційний процес, зміст якого полягає у перетворенні інформації про факти: з розрізненої — у систематизовану, ймовірного знання — у достовірне. Принциповою на його думку є теза, згідно з якою встановити юридичний факт означає встановити істину, оскільки факт — це реальна дійсність, що реально існує. Разом з тим, вважає науковець, соціальна обставина породжує правові наслідки, коли вона певним чином зафіксована та встановлена законними засобами в правозастосовчому процесі. В такому розумінні факт — це синонім таких понять як істина, подія, результат, щось реальне у протилежність вигаданому; конкретно на відміну від абстрактного.

Логічно, що для того, щоб встановити істину потрібні спеціальні знання в галузі права і цей процес має бути в якомога більшій мірі об'єктивований, щоб виключити вольовий елемент зацікавленої особи в результатах цього процесу.

Щодо першої обставини (закріплення юридичних моделей у нормі права), то фактично вона є процесом нормотворчості. Відповідально, всі засоби нормотворення пов'язані з встановленням правопринипяючих юридичних фактів будуть вважатися засобами встановлення правопринипяючих юридичних фактів. В той же час, до пошуково-аналітичної діяльності і відповідних засобів звертаються в тому разі, коли позитивне правове регулювання не дало бажаного результату. Тобто тоді, коли мета правового регулювання не може бути досягнута в силу конструкції норми права, яка зумовлює неможливість її ефективної дії, або коли виникає спір між учасниками цивільних правовідносин з приводу застосування цих норм.

У зв'язку з вищевикладеним, всі засоби встановлення юридичних фактів можна класифікувати за певними критеріями. За ознакою суб'єкта цієї діяльності можна поділити на нормативні засоби і інформаційно-аналітично-пошукові. Перші прямо встановлюються в нормі права. Відповідно, встановлює їх державний орган уповноважений на те, народом. Процес встановлення, як зазначалося вище, в такому разі є нормотворчістю.

Встановлення в цьому аспекті ще може розумітися як фіксація правових моделей в нормі права. Зафіксована в нормі права модель поведінки, результатом якої є припинення прав, обов'язків та правовідносин, об'єднавшись зі своєю фактичною стороною разом утворюють правопринипяючий юридичний факт. Проте, до моменту такого роду об'єднання юридичного факту як такого не існує, а існує лише його правова половина, правовий вимір. Не можна не погодитися з тим, що орган, уповноважений здійснювати процес нормотворчості передбачає, що в майбутньому норма, яка є результатом цього процесу, втілиться в життя і досягне мети для якої вона була створена шляхом «накладення» правової моделі на реальну, що і викличе бажаний правовий результат. Цей орган передбачає її можливість діяти в системі права і викликати правові наслідки у вигляді правопринипення. Тому, вважаємо, що все ж таки можна казати про встановлення правопринипяючих юридичних фактів шляхом нормотворчості. Об'єднання юридичної і фактичної сторони юридичного факту відбувається за посередництвом

мети правового регулювання, а тому можна вважати, що в механізмі правового регулювання є всі юридичні елементи.

Як ми встановили вище, до другої групи належать інформаційно-аналітично-пошукові засоби встановлення правоприпиняючих юридичних фактів. Необхідність такої діяльності не уповноважених на правотворчість (а іноді і уповноважених) суб'єктів цивільного права може пояснюватися наступними обставинами: а) норма, в якій закріплена правова модель факту не дозволяє чітко визначити її властивості і наслідки; і б) сторона правовідносин не визнає ту чи іншу властивість чи наслідок правоприпиняючого юридичного факту. Ці дві обставини пов'язує одна мета, — встановити юридичні факти, перетворити ймовірне знання у достовірне. При цьому, можна сказати, що ці дві альтернативні обставини супроводжуються однією визначальною, яка мотивує осіб до використання засобів встановлення правоприпиняючих юридичних фактів. Такою обставиною є наявність юридичного конфлікту в широкому значенні цього слова. Такий конфлікт, як вдало визначила Т. В. Худойкіна, є протиборством сторін з інтересами, що протирічать один одному, при цьому мають юридичний характер чи хоча б один елемент (суб'єкти, об'єкт, суб'єктивна сторона (мотивація), об'єктивна сторона) юридичного характеру і обов'язково завершується юридичним способом, тобто є таким, що юридизується. Слід погодитися, що завжди процес перетворення ймовірного знання у достовірне буде супроводжуватися такою логічною операцією як доведення. В ході встановлення обґрунтовується правильність висновків, оскільки саме доведення спрямоване на визначення об'єктивної істини. Процес доведення супроводжується використанням різних методів пізнання. Зокрема, будучи ступенями пізнання категорії аналізу і синтезу, причини і наслідку, сутності і явища, загального і окремого, тотожності і відмінності дають змогу встановити об'єктивну істину. З вищевикладеного можна зробити висновок, що до засобів аналітично-пошукового встановлення правоприпиняючих юридичних фактів можна віднести: доказування (в суді), науково-правову експертизу і тлумачення норми права.

Таким чином встановлення не є автономним процесом і не відбувається сам по собі; для його здійснення потрібна участь людини, а в загальному вигляді — спеціального органу. В протилежному випадку кожен учасник цивільних правовідносин може трактувати юридичні факти і їх властивості по-своєму, що зупинить механізм правового регулювання і приведе до неможливості досягнення його мети. В сучасних правових системах роль органу, який наділений правом встановлювати юридичні факти є суд. Крім того, встановити наявність чи відсутність юридичних фактів можуть самі сторони, а так само науково-дослідні установи у галузі права. В такому випадку можна говорити про встановлення правоприпиняючих юридичних фактів у вузькому і широкому значенні. У широкому сенсі — це закріплення в нормі права правової моделі поведінки особи, яка характеризується дією чи подією, — причиною і наслідком у вигляді припинення прав, обов'язків чи правовідносин. У вузькому сенсі встановлення правоприпиняючих юридичних фактів є пошуково-інформаційно-аналітичним процесом з пошуку істини і перетворення ймовірного знання у достовірне.



Лісніча Тетяна Володимирівна

старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна, кандидат юридичних наук

## ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ПОЯВИ ОСОБИ, ВИЗНАНОЇ ПОМЕРЛОЮ: ВИЯВЛЕННЯ І ШЛЯХИ ВИРІШЕННЯ ПРОБЛЕМНИХ ПИТАНЬ

Одним із засобів усунення юридичної невизначеності, що виникає внаслідок відсутності фізичної особи в місці її постійного проживання є визнання особи без вісті відсутньою та оголошення її померлою.

Саме внаслідок ухвалення судового рішення про оголошення фізичної особи померлою виникають правові наслідки, тотожні тим, що настають в разі смерті. І саме із врегулюванням питань, пов'язаних із настанням цих наслідків в разі появи особи, яку було оголошено померлою, може виникати найбільша кількість проблем. Спробуємо проаналізувати і віднайти способи вирішення деяких із них.

Цивільний кодекс України (далі — ЦК України) (ст. 46) визначає терміни, після спливу яких фізична особа може бути оголошена судом померлою.

Частиною 3 вказаної статті визначено момент, від якого фізична особа оголошується померлою — це може бути або день набрання законної сили рішенням суду про оголошення особи померлою, або ж, якщо фізична особа пропала безвісти за обставин, що загрожували їй смертю або дають підстави припустити її загибель від певного нещасного випадку або у зв'язку з воєнними діями — день її **вірогідної** смерті.

І вже тут одразу слід звернути увагу на певну законодавчу неточність у визначеннях. Говорячи про загибель особи за обставин, що загрожували їй смертю або дають підстави припустити її загибель від певного нещасного випадку або у зв'язку з воєнними діями, законодавець для визначення дня, з якого особа може бути оголошена померлою, використовує словосполучення «день **вірогідної смерті**». Саме в це словосполучення, на нашу думку, вкралась помилка, і хоча, фактично, вона є суто технічною, мовною, але може істотно вплинути на вирішення справи в разі прискіпливого ставлення сторін до законодавчих формулювань. Так, у тлумачному словнику Антоненка-Давидовича [2] зазначається, що прикметники **вірогідний, ймовірний, імовірний** часом вважають за тотожні і помилково вживають їх, взаємно замінюючи. При цьому прикметник **вірогідний** означає «цілком певний, цілком правдивий, достеменний, перевірений», а **ймовірний** — це «той, що його можна тільки припускати». Таким чином, очевидно, що в контексті даної статті більш логічним є вживати словосполучення «день **ймовірної смерті**», замість «день **вірогідної смерті**».

Відповідно до ст. 47 ЦК України, правові наслідки оголошення фізичної особи померлою прирівнюються до правових наслідків, які настають у разі смерті. Натомість, може виникнути ситуація, коли особа, яку було визнано безвісті відсутньою або оголошено померлою з'явилась в місці свого постійного проживання. Законодавчо врегульовано переважну більшість проблемних ситуацій, що можуть виникнути внаслідок виникнення таких обставин, утім всі вони стосуються здебільшого відносин щодо майна такої особи. В той же час, неврегульованим лишається ряд питань щодо батьківських прав і обов'язків особи, яку було визнано безвісті відсутньою або оголошено померлою.

Відповідно до ч. 1 ст. 104 Сімейного кодексу України (далі — СК України), внаслідок смерті одного з подружжя або оголошення його померлим припиняється шлюб.

При цьому, як зазначається в літературі [4, С. 156], шлюб припиняється не автоматично, зокрема, якщо смерть особи, оголошеної судом померлою, не була зареєстрована в органах реєстрації актів цивільного стану, то шлюб не вважається припиненим (п. 28 розд. 3 Правил реєстрації актів цивільного стану).

Відповідно до ст. 148 СК України, за заявою батьків або одного з них, якщо другий помер, оголошений померлим, визнаний недієздатним або безвісно відсутнім, дитині, яка не досягла чотирнадцяти років та якій при реєстрації народження присвоєне прізвище одного з батьків, може бути змінено прізвище на прізвище другого з батьків.

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 219 СК України, усиновлення дитини безвісно відсутніх батьків проводиться без їхньої згоди. При цьому нічим не врегульований порядок всиновлення дітей батьків, яких було оголошено померлими. Втім, виходячи з положень ст. 47 ЦК України, можна зробити висновок про загальний порядок всиновлення дитини в такому випадку.

Крім того, виходячи з викладеного, можна зробити висновок про природну відсутність необхідності отримання дозволу на всиновлення від особи, оголошеної померлою.

І ось, уявімо собі ситуацію, коли особа, яку було визнано безвісті відсутньою або оголошено померлою, з'являється у місці свого постійного проживання. Цілком припустимою також є ситуація, коли дитину такої особи на момент її появи було всиновлено. Виникає питання: які правові наслідки в цьому разі буде мати поява такої особи? По-перше, кого тепер слід уважати батьком (матір'ю) дитини, чи може всиновлення бути скасованим або визнано недійсним, і, по-друге, чи виникнуть аліментні зобов'язання у особи, яка є біологічним батьком (матір'ю) дитини?

Сімейний кодекс містить вичерпний перелік підстав для визнання всиновлення недійсним (ст. 236 СК України) і скасування всиновлення (ст. 238 СК України).

Одразу зазначимо, що серед названих у вказаних статтях підстав відсутня така, як поява одного з батьків, якого було визнано безвісті відсутнім або оголошено померлим. Таким чином, можна зробити висновок про неможливість скасування всиновлення або визнання його недійсним за підставами, передбаченими СК України. Відповідно до ст. 104 СК України, однією з підстав припинення шлюбу є оголошення одного з подружжя померлим. При цьому, можливість поновлення шлюбу в разі появи одного із подружжя передбачена тільки в разі, якщо жоден із подружжя не перебуває на момент появи в іншому шлюбі (ст. 118 СК України). Тож, напевно, за аналогією зі шлюбними відносинами, якщо дитина вже була всиновлена, то таке всиновлення «зворотної сили» мати не повинно. Утім, це є не дуже справедливою ситуацією, на нашу думку, тому, напевно, слід було б передбачити законодавчу можливість звернення особи з позовом до суду про поновлення її батьківських прав. Адже законодавча можливість поновлення батьківських прав особи, якої було їх позбавлено, передбачено (за умови, що дитина не була всиновлена). Але позбавлення батьківських прав має на меті в тому числі й виховання особи. У випадку ж безвісної відсутності особи або оголошення її померлою держава не має на меті виховання такої особи або обмеження її спілкування з дитиною. У цих юридичних дій, як ми зазначали на початку, зовсім інша мета. Тож, і можливості особи по відновленню своїх прав мають бути більш широкими. Таким чином, на нашу думку, було б доцільно закріпити законодавчу можливість особи, яку було визнано безвісно відсутньою або оголошено померлою, звернутися до суду із позовом про скасування усиновлення, за умови наявності згоди дитини (якщо дитина в силу

свого віку і розумового розвитку здатна усвідомлювати значення подій, що відбуваються).

Другим питанням є питання наявності обов'язку в одного із подружжя, якого було відсторонено від виховання дитини шляхом усиновлення дитини іншою особою, продовжувати утримувати дитину (сплачувати аліменти).

Чинне законодавство не містить прямої вказівки щодо вирішення цього питання. Тож, розглянемо інші близькі за змістом випадки. За загальним правилом ст. 180 СК України, батьки зобов'язані утримувати дитину до досягнення нею повноліття. Відповідно до ч. 2 ст. 181 СК України, за домовленістю між батьками дитини той із них, хто проживає окремо від дитини, може брати участь у її утриманні в грошовій і (або) натуральній формі. Відповідно до ч. 3 вказаної статті, за рішенням суду кошти на утримання дитини (аліменти) присуджуються у частці від доходу її матері, батька і (або) у твердій грошовій сумі. Як бачимо, в даній статті йдеться про обов'язок осіб, які є **батьками** дитини утримувати дитину. Натомість, чи ж зберігається за тим із подружжя, кого було визнано безвісті відсутнім чи оголошено померлим законодавчо статус батька (матері) дитини, з положень чинного законодавства з'ясувати неможливо.

В той же час, норма, відповідно до якої ситуація, коли статус батька (матері) дитини не зберігається (позбавлення батьківських прав), але обов'язок утримувати дитину залишається (ч. 2 ст. 166 СК України) в законодавстві наявна. Але одночасно з обов'язком утримувати дитину в даній нормі передбачено позбавлення такої особи в майбутньому отримувати ті майнові права, пов'язані з батьківством, які вона могла б мати у разі своєї непрацездатності (право на утримання від дитини, право на пенсію та відшкодування шкоди у разі втрати годувальника, право на спадкування) (п. 5 ч. 1 ст. 166 СК України).

Таким чином, бачимо, що жодне з названих положень не може бути застосоване по відношенню до описаної ситуації.

Таким чином, очевидно, що є нагальна необхідність заповнення законодавчої прогалини. На нашу думку, логічним є такий підхід: на особу (якщо на той момент не буде законодавчої можливості скасувати всиновлення) покладається обов'язок з утримання дитини, аналогічний тому, який покладається на рідних батьків, що не проживають із дитиною (аліментні зобов'язання тощо) зі збереженням можливості в подальшому отримувати матеріальні права, пов'язані з батьківством.

Підсумовуючи, зазначимо, що на сьогодні існує велика кількість проблем, що можуть виникнути в разі появи особи, яку було визнано безвісті відсутньою або оголошено померлою, і всі вони потребують вирішення. І першим кроком до вирішення проблем є їх виявлення, що ми й спробували зробити, запропонувавши при цьому можливі способи їх вирішення.

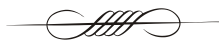
#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.
2. Антоненко-Давидович Б. Д. Як ми говоримо. — 4-е вид., перероб. і доп. — Київ: Українська книга, 1997. — 336 с.
3. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 21-22. — Ст. 135.
4. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації із використанням позицій вищих судових інстанцій,



Міністерства юстиції, науковців, фахівців). — Х.: Страйд, 2009.—Т.2: Фізична особа. — 296 с.

5. Правила реєстрації актів цивільного стану, затв. Наказом міністерства юстиції України від 18.10.2000 р. № 52/5 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=1&nreg=z0719-00>



**Мавлиханова Роза Вялиевна**

*доцент кафедри хозяйственного права Донецкого государственного университета управления, кандидат юридических наук, доцент*

**Чеботарева Юлия Анатольевна**

*доцент кафедры теории и истории государства и права Донецкого государственного университета управления, кандидат юридических наук*

## **ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ПОТРЕБИТЕЛЬСКИХ КООПЕРАТИВОВ В КЛАССИФИКАЦИОННОМ РЯДУ ДЕЛЕНИЯ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ НА ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИЕ И НЕПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИЕ ОБЩЕСТВА**

В соответствии со ст. 2 Закона Украины «О кооперации» под потребительским кооперативом (обществом) понимается кооператив, который создается путем объединения физических и юридических лиц для организации торгового обслуживания, заготовки сельскохозяйственной продукции, сырья, производства продукции и оказания услуг с целью удовлетворения потребительских нужд его членов. Статья 5 Закона Украины «О потребительской кооперации» устанавливает, что потребительское общество — это самостоятельная демократическая организация граждан, которые на основе добровольности членства и взаимопомощи по месту проживания или работы объединяются для совместного хозяйствования с целью улучшения своего экономического и социального положения.

Действующее гражданское и хозяйственное законодательство предусматривает возможность создания юридических лиц в форме обществ, которые в свою очередь подразделяются на предпринимательские и непредпринимательские общества. При этом потребительский кооператив законодатель относит к непредпринимательским обществам.

Основным критерием деления обществ на предпринимательские и непредпринимательские Гражданский и Хозяйственный кодексы Украины предусматривают получение прибыли.

В научной литературе имеются различные подходы в поисках критериев разграничения предпринимательских и непредпринимательских: одни авторы считают, что единственным критерием такого разграничения является возможность распределения полученной прибыли между участниками, другие считают, что это цель создания организаций, с позиции третьих это намерения учредителей, направленность и характер фактических действий организаций и их учредителей. Существуют и такая точка зрения относительно классификации юридических лиц на предпринимательские и непредпринимательские общества,

построенной по критерию возможности осуществления ими предпринимательской деятельности.

ГК и ХК Украины закрепляют довольно четкие критерии классификации юридических лиц. Предпринимательские и непредпринимательские общества классифицируются: по возможности распределения полученной прибыли между участниками и цели создания. При этом кодексы также устанавливают ограничения для непредпринимательских обществ на осуществление предпринимательской деятельности, которые являются для них обязательными. Статья 86 ГК Украины предусматривает, что непредпринимательские общества (потребительские кооперативы, объединение граждан и т.п.) и учреждения могут наряду со своей основной деятельностью осуществлять предпринимательскую деятельность, если другое не установлено законом и если эта деятельность отвечает цели, для которой они были созданы, и оказывает содействие ее достижению.

Потребительские кооперативы имеют особый правовой статус именно в связи с тем, что они основаны и действуют для удовлетворения материальных и иных потребностей членов кооператива и не вправе распределять прибыль между своими членами, что вызывает немало споров среди ученых.

И здесь надо учитывать, что получение доходов не является первостепенной целью членов кооператива, однако возможность получения доходов, которые допускаются действующим законодательством, может изменить социальную функцию такого кооператива. В результате кооператив может *de facto* превратиться в организацию, целью которой служит извлечение прибыли в результате осуществления предпринимательской деятельности.

В юридической литературе по данной проблеме высказаны разные точки зрения. Так, есть авторы, которые считают, что возможность потребителем кооперативом распределять доходы от предпринимательской деятельности противоречит природе потребительского кооператива как непредпринимательского общества. В российской цивилистике есть авторы, которые придерживаются позиции, что потребительский кооператив занимает некое промежуточное состояние между коммерческими и некоммерческими организациями. Есть и такая позиция ученых юристов, что любые кооперативы независимо от вида и целей деятельности не следует относить ни к коммерческим, ни к некоммерческим, поскольку сочетают в себе признаки и тех, и других.

На сегодняшний день появилась новая позиция в силу, которой потребительский кооператив считается непредпринимательским обществом, но, по сути, он является предпринимательским обществом, так как доходы от предпринимательской деятельности кооператива распределяются между его членами. При решении вопроса о том, является ли потребительский кооператив коммерческой или некоммерческой организацией, необходимо определить цель его создания.

Кооператив — это юридическое лицо, которое создано физическими или юридическими лицами, которые добровольно объединились на основе членства для ведения совместной хозяйственной или иной деятельности с целью удовлетворения своих экономических, социальных и иных потребностей на основах самоуправления (ст. 2 Закона Украины «О кооперации»).

Таким образом, основной целью создания потребительского кооператива, должна быть цель — эффективного использования, приумножения и охраны принадлежащего ему на праве собственности или находящегося в пользовании имущества, а также удовлетворения социальных и иных потребностей

непредпринимательского характера, осуществляемое путем объединения его членами имущественных паевых взносов, а не удовлетворения материальных и иных потребностей участников. Следовательно, право потребительского кооператива распределять полученный доход между его членами противоречит основной цели деятельности кооператива, а именно — удовлетворению потребностей своих членов.

### ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.
2. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, № 19-20, № 21-22. — Ст. 144.
3. Про кооперацію: Закон України від 10.07.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 5. — Ст. 35.
4. Про споживчу кооперацію: Закон України від 10.04.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 30. — Ст. 414.



### Майданик Наталія Іванівна

*завідувач кафедри приватного права Фінансово-правового коледжу Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук*

### НЕТРАДИЦІЙНІ БЛАГА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ПОНЯТТЯ І ВИДИ

Один із нових концептуальних підходів ЦК України ґрунтується на визнанні природного характеру цивільних прав.

Об'єктивне право повністю не охоплюється писаним правом, залишені ним порожні місця заповнюються саме неофіційним правом, що обумовило визнання новим ЦК України об'єктивного і наднормативного характеру цивільних суб'єктивних прав як прав, що постають із самого життя.

Цивільними суб'єктивними правами зазвичай називаються такі можливості, які захищаються, встановлюються і припиняються за ініціативою приватних осіб — володільців цих прав. Існування і здійснення цивільних прав пов'язується переважно з цивільним оборотом, під яким розуміють сукупність усіх юридичних актів, які вчиняються суб'єктами в цьому цивільному суспільстві і в межах цивільно-правового порядку. Цивільний оборот складається з актів міни майнових благ, які становлять головний його зміст, вміщує в себе дії безоплатні (дарування, заповіт), а також дії, які виражають обмін немайнових благ, і, нарешті, дії односторонні. Під основне поняття цивільного обороту не підходять дії, які направлені до обміну майнових благ і не мають юридичного характеру, акти обміну, які не користуються ніяким юридичним захистом, а також дії злочинні. За допомогою наведених дій особа встановлює право без можливостей або не для себе, але для других, і тому з певною умовністю можна розуміти під цивільним оборотом у широкому значенні також фактичні та злочинні дії.

Наднормативним характером суб'єктивних цивільних прав можна пояснити ту обставину, що об'єктивне цивільне право визнає і надає захист як

нормативно врегульованим, так і не передбаченим писаним правом правовим ситуаціям, які не суперечать загальним засадам цивільного законодавства.

Правовими є відносини, які ґрунтуються на належному його учаснику суб'єктивному праві. Під суб'єктивним правом переважно розуміють міру (інколи виділяють і вид можливої поведінки) юридично захищеної можливості, забезпеченої законом і, тим самим, відповідною поведінкою зобов'язаних осіб, спрямованої на можливість користуватися певним соціальним благом — економічного, політичного, духовного характеру. «Міра можливої поведінки» визначає юридичну форму суб'єктивного права, тоді як «користування соціальним благом» становить його позитивний зміст. З моменту вступу в правовідносини уповноважена особа має лише два можливі варіанти поведінки: задовольнити або не задовольнити свою потребу шляхом дії або бездіяльності. Ця можливість припускає будь-яку кількість варіантів поведінки, що не суперечить законодавству. Суб'єктивному праву завжди відповідає юридичний обов'язок, який, зокрема, у зобов'язальних правовідносинах полягає у вчиненні певних дій або утриманні від них.

Отже, суб'єктивне право утворює два різновиди можливостей: визначати власну поведінку і вимагати певної поведінки від зобов'язаних осіб, які в сукупності становлять єдине і неподільне ціле, а не протиставлені з точки зору пріоритету однієї з них.

Особливість суб'єктивного права полягає в його реалізації за активної чи пасивної участі зобов'язаної особи під страхом державного примусу як умови здійснення певної поведінки зобов'язаних осіб.

З наведеним розумінням поняття суб'єктивного права загалом погоджується більшість вчених. Дискусійним є питання про структуру повноважень у суб'єктивному праві, що зумовило, зокрема, існування різних підходів щодо місця права на захист у суб'єктивному праві. Окремі дослідники вважають доцільним включити до змісту суб'єктивного права можливість звертатися в необхідних випадках до примусової сили державного апарату для здійснення певної поведінки зобов'язаних осіб.

Однак можливість звертатися в необхідних випадках до примусової сили державного апарату існує не паралельно з іншими закріпленими в суб'єктивному праві можливостями, а притаманна їм самим, оскільки без цього вони не були б юридичними можливостями.

Особливість суб'єктивного права зумовлена також спрямованістю закріплених у цьому праві можливостей на конкретне соціальне благо. Суть будь-якого суб'єктивного права в тому, що воно завжди є правом на щось, на якусь цінність — матеріальну або духовну, це і є право користуватись якимось благом у суспільстві, благом матеріальним або духовним, або і тим і іншим. Якщо правоздатність — це завжди абстрактна можливість бути суб'єктом цивільних правовідносин, мати суб'єктивні права та обов'язки, то саме суб'єктивне право завжди конкретне. Саме конкретність, певність є основною рисою, що характеризує правову природу суб'єктивного цивільного права. Суб'єктивне цивільне право — це, насамперед, право визначеного суб'єкта щодо конкретного соціального блага.

У цьому контексті слід визнати недостатньо обґрунтованими спроби окремих авторів обґрунтувати конституційне право на житло різновидом суб'єктивного права (зокрема у вигляді особистого немайнового права), з огляду відсутності в такому праві конкретно визначеного соціального блага.

Конституційне право на житло не надає особі безпосереднього права користуватися житлом як матеріальним благом. За відсутності в особи реального (конкретного) права на конкретне житло неможливо реалізувати за допомогою конституційного права на житло «одну із нагальних природних потреб людини, без задоволення якої неможливе нормальне існування і функціонування людського суспільства...» у вигляді «... своїх фізіологічних, психологічних, моральних та соціальних (життєво необхідних) потреб», оскільки вони знаходять свій прояв у постійному (тривалому) задоволенні останніх за допомогою житла як реального, конкретного соціального блага. Задоволення нематеріальних потреб людини в житлі не заперечує в цілому матеріальний характер його цінності під час користування самим житлом і охоплюється змістом суб'єктивного права на житло, але не надає «житловому праву загалом нематеріального характеру». На відміну від єдиної позаекономічної природи об'єктів особистих немайнових відносин, не пов'язаних з майновими, які не стають товаром ні за яких умов нормального існування і розвитку людського суспільства, житло має функціональну властивість товарності. Відсутність у складі конституційного права на житло невіддільного від особистості і функціонально нетоварного, безпосередньо не пов'язаного з майновими відносинами об'єкта як елемента фізичного чи соціального існування особи в суспільстві обумовлює неможливість визнання конституційного права на житло різновидом (суб'єктивного) особистого немайнового права.

За своєю природою наведене право слід розглядати елементом правоздатності особи, зміст якого становлять абстрактні можливості бути суб'єктом цивільних житлових правовідносин, мати суб'єктивні права та обов'язки на житло.

Отже, суб'єктивне право зазвичай є юридично захищеною можливістю, забезпеченою юридично необхідною поведінкою іншого учасника, яка полягає в можливості на свій розсуд у межах дозволеного користуватися реальним (тобто, конкретним) соціальним благом.

Водночас, такий підхід у розумінні суб'єктивного права не охоплює всієї різноманітності взаємних відносин приватних осіб, які охоплюються цивільним правом. Взаємовідносини приватних осіб не обов'язково ведуть до встановлення виключно юридично захищеної можливості, це можуть бути різноманітні відносини правові й фактичні, а також їх поєднання, передбачені чи не передбачені законом, чи навіть позбавлені ним певною мірою правового захисту.

Суб'єктивне право слід розуміти як право, що опосередковує «взаємні відносини приватних осіб як таких, що є незалежними від їх ставлення до держави», на дійсність якого впливають лише дві умови: таке право має бути здійснюваним — юридично і фактично, та не має бути аморальним. Тому об'єктивне цивільне право певною мірою визнає і надає захист нормативно неврегульованим і не передбаченим писаним правом окремим фактичним ситуаціям, учасники яких наділені можливостями без суб'єктивного права.

Фактичними ситуаціями або можливостями неправу визнаються можливості без суб'єктивного права, які за загальним правилом не тягнуть правових наслідків. Випадки неправу надзвичайно різноманітні і не завжди є виключно фактичними. У цьому контексті особливе місце серед можливостей не права обіймає група фактичних ситуацій з окремими ознаками суб'єктивних прав, які за своєю природою виступають своєрідними квазіправами і є проміжними між звичайними (повноцінними, класичними) суб'єктивними

правами і можливостями без прав. Існування ситуацій з усіченим, неповним юридичним складом права викликане тим, що поряд із повноцінними суб'єктивними правами у реальній дійсності інколи виникають блага, які писане право об'єктивно не готове регулювати, незважаючи на існування дійсної необхідності у визнанні і захисті таких ситуацій.

Такими квазіправами виступають права на «нетрадиційні блага». Об'єктом таких прав є реально існуючі блага, які не визнані або не допущені формальним правом чи об'єктивним правом у цілому як можливі об'єкти суб'єктивного права. До таких суб'єктивних прав можна віднести права на рідкісні блага (повітряні коридори, інші об'єкти загального користування), право на проведення спортивного турніру, екстремального чи іншого розважального шоу, права на гру-вікторину та об'єкти інформаційної власності (домен, сайт, персональні дані фізичної особи) та інші подібного роду правові конструкції.



### **Первомайський Олег Олексійович**

*старший науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, кандидат юридичних наук, доцент*

## **ПРАВОВІ ФОРМИ УЧАСТІ СУБ'ЄКТІВ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА В ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИНАХ**

В ч. 2 ст. 2 ЦК України серед можливих учасників цивільних відносин прямо зазначені такі суб'єкти публічного права як держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави. З огляду на те, що участь цих суб'єктів в цивільних відносинах є певним винятком для цих відносин, така участь можлива лише у тих правових формах, що передбачені чинним законодавством. Останнє судження в своєму підґрунті має положення ст. 19 Основного Закону України, відповідно до якого органи державної влади та органи місцевого самоврядування (найбільш типові різновиди суб'єктів публічного права) можуть діяти (тобто брати участь у відносинах) на підставі, в межах та у спосіб, що встановлені Конституцією та законами України.

Слід зазначити, що на сьогодні у вітчизняному цивільному праві, а навіть радше у вітчизняному законодавстві, склалася ситуація при якій суб'єктів публічного права можна розподілити на дві групи. До першої з цих груп можуть бути зараховані ті суб'єкти публічного права які водночас є юридичними особами. До другої — ті суб'єкти, що відповідно до чинного законодавства прямо не визнані в якості юридичних осіб.

Правові форми участі суб'єктів публічного права які є юридичними особами публічного права у цілому відповідають тим звичним формам, що використовують й юридичні особи приватного права. В той же час, певні особливості у визначенні правових форм участі в цивільних відносинах мають місце щодо тих суб'єктів публічного права, що прямо не визнані чинним законодавством як юридичні особи. До останніх слід, зокрема, зарахувати державу Україна та територіальні громади.

В ЦК України, а саме ч. ч. 2, 3 ст. 167, ч. ч. 2, 3 ст. 168, ч. ч. 2, 3 ст. 169 ЦК, прямо зазначено на лише двох правових формах участі територіальних публічно-правових утворень в цивільних відносинах.

Першою з цих правових форм є створення державою Україна, чи територіальною громадою юридичних осіб публічного та приватного права. Зазначена правова форма участі цих осіб умовно може бути позначена як «засновницька» або «установча».

Другою правовою формою участі територіальних публічно-правових утворень в цивільних відносинах є їх участь в діяльності створених ними юридичних осіб приватного права. Зазначена форма може бути термінологічно позначена як «управлінська» або «корпоративна».

Обидві форми передбачають лише опосередкований порядок участі держави Україна та територіальних громад в цивільних відносинах, тобто лише через юридичних осіб публічного та/або приватного права.

Разом з тим, можна стверджувати про те, що вказані суб'єкти публічного права мають змогу брати участь в цивільних відносинах й в інших правових формах як опосередковано, так і безпосередньо. А отже, перерахованими ст. ст. 167, 168, 169 ЦК правовими формами участі таких суб'єктів публічного права як держава Україна та територіальні громади ці форми не вичерпуються.

Системний аналіз положень ст. ст. 167-172 ЦК дозволяє вести мову про певне ототожнення в межах цих норм понять «участь у цивільних відносинах» та «дія у цивільних відносинах». З огляду на існуючі відмінності між поняттями правоздатності (ст. 91 ЦК) та дієздатності (ст. 92) юридичних осіб, слід проводити розмежування й між поняттями «участі» та «дії» у цивільних відносинах. Врахування існування такого роду розмежування між поняттями «участі» та «дії» у цивільних відносинах, дозволяє стверджувати про те, що перше з цих понять є ширшим за своїм логічним обсягом в порівнянні з другим та включає його до свого обсягу. Тобто, участь у цивільних відносинах для певного суб'єкта може бути не лише внаслідок його дії, а мати прояв й у його бездіяльності. З врахування чого, положення ст. ст. 167-172 не містять всіх можливих правових форм участі держави Україна та територіальних громад в цивільних відносинах, оскільки, окрім свого роду «опосередкованих» форм участі територіальних публічно-правових утворень у цивільних відносинах через органи влади (юридичних осіб публічного права) чи інших суб'єктів (юридичних осіб публічного або приватного права) держава Україна, та територіальні громади можуть набувати та здійснювати цивільні права та обов'язки також безпосередньо.

Прикладами такої безпосередньої участі держави Україна або територіальних громад в цивільних відносинах може бути їх участь у відносинах власності, у відносинах з відшкодування шкоди, завданої внаслідок знищення чи пошкодження державного або комунального майна (земельної ділянки, будівлі тощо).

На підтвердження тези про можливість безпосередньої участі держави Україна чи територіальної громади в цивільних відносинах є те, що участь власника у відносинах власності не завжди вимагає від правоволодільця активних дій. Наприклад, така правомочність власника як володіння, може проявлятися й в бездіяльності власника, що фактично володіє річчю. Оскільки не все державне та комунальне майно передано у володіння органам державної влади, органам місцевого самоврядування або державним та комунальними підприємствам тощо й частина цього майна залишається у безпосередньому володінні самої держави Україна чи відповідної територіальної громади, то можемо стверджувати, що

здійснення права власності у цьому випадку, хоча й у формі бездіяльності, відбувається не через відповідні органи влади чи інших осіб, а безпосередньо державою Україна або територіальною громадою, які є власниками певного майна.

Таким чином, безпосередня форма участі територіальних публічно-правових утворень в цивільних відносинах хоча й не передбачена в ст. ст. 167-169 ЦК, все ж є можливою для її застосування.

Контекстне тлумачення положень ст. ст. 170-172 ЦК з урахуванням положень іншого чинного законодавства надає змогу сформулювати умовивід, що під органами влади через які діє в цивільних відносинах держава Україна чи територіальні громади розуміються лише відповідні органи влади. Для держави України відповідними органами державної влади, через які перша діє в цивільних відносинах на підставі ст. 170 ЦК, є винятково органи державної влади в межах їх компетенції. Для територіальних громад такими органами є органи місцевого самоврядування в межах їх компетенції.

З аналізу положень ст. 167-169 ЦК слідує те, що держава Україна, та територіальні громади мають повноваження на створення органів влади, які мають статус юридичної особи публічного права.

Разом з тим, враховуючи назву глави 10 ЦК, положення ст. 173 ЦК щодо потенційних представників держави Україна та територіальних громад, серед яких також згадуються органи державної влади та органи місцевого самоврядування, можемо стверджувати про існування розподілу між органами влади на умовно «свої» органи влади та органи влади, що є лише представниками цих суб'єктів. Зазначений розподіл може бути здійснений стосовно конкретного територіального публічно-правового утворення.

Так, наприклад, для такого суб'єкту як держава Україна, умовно «своїми» органами влади — є органи державної влади. Однак брати участь у цивільних відносинах держава Україна може й через інші органи влади. Такими «іншими» органами влади для держави України є органи місцевого самоврядування, які на підставі ст. 173 ЦК слід розглядати як представників держави Україна.

В свою чергу для територіальних громад «своїми» органами влади будуть відповідні ради та їх виконавчі органи, а представниками — органи державної влади чи органи місцевого самоврядування інших територіальних публічно-правових утворень.

Подібна правова форма опосередкованої участі держави Україна, територіальних громад та Автономної Республіки Крим в цивільних відносинах через органи влади — представників, в порядку ст. 173 ЦК, може бути позначена як «представницька» або «делегована».

Зазначена вище форма участі територіального публічно-правового утворення в цивільних відносинах не є тотожною формі, що закріплена в ч. 2 ст. 167, ч. 2 ст. 168, ч. 2 ст. 169 ЦК, оскільки, якщо перша з них, надає змогу лише визначити обсяг повноважень органу влади — представника в межах спеціального доручення, то згідно другої, обсяг повноважень органу влади визначається під час створення такого органу й, окрім того, держава Україна, територіальна громада мають повноваження на припинення створеного ними органу влади.

Достатньо поширеним прикладом представницької або делегованої форми участі територіального публічно-правового утворення в цивільних відносинах може бути участь всіх територіальних громад певної області у відносинах спільної власності через відповідну обласну раду та органи державної влади, наприклад,



управління комунального майна відповідної обласної державної адміністрації, якому обласна рада делегує повноваження з управління чи навіть відчуження комунального майна, що перебуває у спільній власності всіх територіальних громад цієї області.

На підставі положень ст. 173 ЦК в наведеному вище прикладі обласну раду слід розглядати як представника всіх територіальних громад відповідної області. Зазначений представник для підтвердження легітимності своїх дій має одержати спеціальні доручення (в термінології ст. 173 ЦК) від власників — територіальних громад цілої області, які мають прийняти відповідні рішення щодо делегування обласній раді окремих повноважень власників.

Порівнюючи правові підстави представництва на наведеному вище прикладі, можемо вказати на те, що на відміну від обласної ради, відповідна місцева рада територіальної громади, є представницьким органом останньої, а тому підставою для її дій в інтересах територіальної громади буде не спеціальне доручення, а положення Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні».

Відповідно до змісту ст. 173 ЦК серед потенційних представників територіального публічно-правового утворення можуть бути також фізичні та юридичні особи (ч. 1 ст. 2 ЦК), тобто суб'єкти приватного права. Подібна форма участі держави Україна та територіальних громад не охоплюється положеннями ст. ст. 167-169 ЦК, а тому може бути визнана такою, що розширює можливості територіального публічно-правового утворення до участі в цивільних відносинах й термінологічно позначена як «договірна».

Твердження про договірний порядок взаємодії держави Україна, територіальних громад та фізичних й юридичних осіб як їх можливих представників, ґрунтується на засадничому конституційному положенні, закріпленому в ст. 19 Конституції України, згідно якого суб'єкт приватного права не зобов'язаний діяти в інтересах інших осіб, у тому числі суб'єктів публічного права, крім випадків, передбачених законом або договором.

Разом із тим, не зважаючи на договірну природу такого представництва, свобода укладення такого договору є обмеженою, бо згідно ст. 173 ЦК укладенню такого договору (наданні спеціального доручення) має передувати встановлення законом випадків та відповідного порядку укладення такого договору (надання доручення).

Підсумовуючи зазначене вище, відзначимо:

1. Участь в цивільних відносинах суб'єктів публічного права які є юридичними особами, за загальним правилом, здійснюється в тих правових формах, що є звичними й для юридичних осіб приватного права.

2. Участь в цивільних відносинах таких суб'єктів публічного права як держава Україна, територіальні громади тощо здійснюється в тих правових формах, що передбачені чинним законодавством України.



**Радченко Лілія Іванівна**

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

## **ДО ПИТАННЯ ЩОДО СТАТУСУ ФОНДУ ФІНАНСУВАННЯ БУДІВНИЦТВА**

Серед існуючих правових способів інвестування у будівництво житлової нерухомості в Україні, виокремлюється, як найбільш активно використовуваний на практиці, механізм фондів фінансування будівництва, регламентація якого передбачена Законом України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» від 19 червня 2003 р. [1] (надалі — Закон «Про фінансово-кредитні механізми...» або Закон). Являючись однією із спеціальних форм акумуляції грошових коштів населення та їх наступного вкладення у будівництво житла та, водночас, характеризуючись складною схемою створення та функціонування, фонди фінансування будівництва (надалі — ФФБ) вимагають глибокого дослідження їх правової природи та статусу.

Відповідно до ст. 2 Закону, фонд фінансування будівництва визначається як кошти, передані управителю ФФБ в управління, а також нерухомість і інше майно, майнові права та доходи, набуті від управління цими коштами.

Незважаючи на те, що Закон у ст. 11 особливо підкреслює, що ФФБ не є юридичною особою, слід визнати встановлення специфічного правового режиму на майно фондів. Таке майно не належить на праві власності управителю та обліковується на особливому рахунку. Зокрема, відповідно до положень Закону, ФФБ вважається створеним після затвердження управителем Правил ФФБ, укладання договору із забудовником та відкриття рахунку ФФБ. Закон особливо підкреслює, що для кожного ФФБ відкривається окремий рахунок.

Крім того, Закон встановлює правило про неможливість відповідальності управителя при реалізації права довірчої власності за своїми боргами активами фонду. Водночас, довіритель також суттєво обмежується у механізмі реалізації права власності на передане в управління майно. Закон не передбачає можливості продажу чи іншого відчуження частки довірителя у складі фонду.

Водночас на практиці, у розроблених фінансовими установами локальних документах (наприклад, у Договорах про участь у фонді фінансуванні будівництва) допускається можливість уступки права вимоги довірителя — фізичної особи до управителя на користь третьої особи тільки у випадку, якщо остання є близьким родичем (першого чи другого ступеню спорідненості).

Таким чином, на наш погляд, можна констатувати, що майно ФФБ має відокремлений характер, як відносно майна управителя, так і щодо іншого майна установника управління. Тобто, *можна стверджувати про існування у ФФБ такої специфічної ознаки, що характерна для юридичної особи як наявність відокремленого майна.*

Більшість науковців, що звертались до даної теми, і сьогодні вважають майнову відокремленість найважливішою ознакою юридичної особи. Наприклад, Ю.Г.Басін зазначає, що основоположною ознакою юридичної особи є її майнова відокремленість та, впливаюча з цього, самотійна майнова відповідальність за своїми зобов'язаннями [2, С. 3]. В. А. Рахмілович, у свою чергу, підкреслював, що для того, щоб бути учасником цивільних правовідносин, суб'єктом цивільного права, організація повинна володіти майном, відокремленим від майна інших осіб

[3, С. 53].

Відокремлене майно зумовлює можливість самостійної майнової відповідальності структури, що має ознаки юридичної особи. Зокрема, Закон «Про фінансово-кредитні механізми...» не лише встановлює особливий режим майна ФФБ, що відособлене від майна довірителя та банку — управителя, але й закріплює у ст. 7 правило про неможливість відповідальності управителя при реалізації права довірчої власності за своїми боргами активами фонду. Таким чином, за змістом ст. 7 управитель не відповідає за своїми зобов'язаннями, що не пов'язані з реалізацією функції управління, залученими для житлового будівництва коштами активу фонду. Виходячи із протилежного впливає, що за зобов'язаннями, що виникають у зв'язку з управлінням акумульованими для потреб житлового будівництва коштами, обсяг відповідальності управителя обмежується розміром коштів ФФБ. Крім того, ст. 17 Закону зазначає, що кошти оперативного резерву, сформованого управителем на рахунку ФФБ управитель використовує для виплати довірителям коштів з ФФБ.

У наведених випадках, спостерігається ситуація, при якій кошти, що залучаються для фінансування житлового будівництва виокремлюються від іншого майна управителя, який несе відповідальність за діяльність по їх використанню в межах отриманих у ФФБ грошових засобів.

Фактично ФФБ самостійно відповідає власним майном за негативні наслідки свого функціонування. Отже, *наявні правові підстави для твердження про існування самостійної майнової відповідальності фонду фінансування будівництва за виконання взятих на себе зобов'язань.*

Ознака самостійної відповідальності особи за своїми зобов'язаннями означає, що *остання несе негативні наслідки від своєї діяльності належним їй майном.* Звичайно, найбільш розповсюдженими є такі особи, які за своїми зобов'язаннями несуть саме самостійну, виключну майнову відповідальність, наприклад, акціонерне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю. Але у певних випадках власник (учасник) несе субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями, створеної ним особи (повне товариство, командитне товариство, казенне підприємство).

*Самостійна майнова відповідальність особи передбачає можливість її участі у цивільних правовідносинах, набуваючи цивільних прав та виконуючи цивільні обов'язки.* Оскільки відповідальність особи є наслідком участі у правовідносинах, то видається нелогічним з позиції цивільного права, несення відповідальності без можливості функціонування у межах цивільних правовідносин. *Здатність особи вчиняти від свого імені юридичні дії, що не заборонені законом, означає також її можливість виступати стороною в юрисдикційних (зокрема, судових) органах від свого імені.*

*Можливість вступу особи у цивільні правовідносини зумовлює самостійність її існування.* Тому наступна ознака структури, що кваліфікується як юридична особа визначається як незалежність існування особи від складу її учасників. Незважаючи на те, що Закон «Про фінансово-кредитні механізми...» у ст. 20 вказує на припинення управління майном у разі відмови довірителя від участі в ФФБ чи смерті довірителя — фізичної особи або ліквідації довірителя — юридичної особи, вважаємо, що у таких випадках має місце припинення ФФБ лише щодо того учасника, який виходить чи вибуває з ФФБ. Стосовно інших учасників такий фонд продовжує функціонувати у незмінному вигляді. Тому зазначена правова норма, на наш погляд, не є підставою для заперечення існування фонду фінансування будівництва незалежно від складу його учасників.

При цьому ст. 22 Закону безпосередньо зазначає, що ФФБ припиняє своє функціонування за рішенням управителя ФФБ у разі досягнення мети, з якою був створений фонд. Лише після виконання управителем ФФБ зобов'язань перед усіма довірителями ФФБ вважається таким, що припинив своє функціонування. Таким чином, ФФБ існує незалежно від складу його учасників. Вступ чи вихід одного з довірительів зі складу фонду не впливає на права та обов'язки інших його учасників. Дану ознаку в юридичній літературі також характеризують, як організаційну єдність [4, С. 114; 5, С. 449]. Проте, на наш погляд, дана термінологія для позначення досліджуваної ознаки не повною мірою адекватно відображає правову природу сучасних видів юридичних осіб, зокрема, не здатна пояснити правовий статус компанії однієї особи. Тому при характеристиці цієї ознаки доцільно використовувати термін *«незалежність існування особи від складу її учасників»*.

Похідною від попередньої ознаки є ознака *наявності в особи самостійної волі*, яка не обов'язково співпадає з волею окремих осіб, що входять до її складу. У зв'язку з тим, що існування юридичної особи не залежить від окремих осіб, що входять до її складу, юридична особа розглядається як окреме утворення, що має свою волю.

У нашому випадку, воля фонду у межах механізму фінансування житлового будівництва зумовлюється його метою — залученням грошових коштів для подальшого інвестування у будівництво житла. Тому використання грошових коштів фонду управителем всупереч меті забороняється законодавством.

Так, відповідно до ст. 8 Закону управитель не може використовувати отримане в управління майно не за цільовим призначенням, визначеним у договорі управління майном. Інші особи, що взаємодіють з фондом, також зобов'язані дотримуватися цієї мети. Зокрема, згідно ч.9 ст. 16 Закону забудовник зобов'язаний забезпечувати цільове використання отриманих від управителя коштів. Крім того, самі довірительі також позбавлені можливості змінювати цільове призначення використання коштів (фактично "волю фонду"). Така зміна можлива лише у разі їх виходу зі складу фонду з поверненням вкладених у житлове будівництво коштів.

Співставлення та дослідження характерних особливостей ФФБ з огляду на ознаки юридичної особи засвідчує, що останні перебувають між собою у тісному зв'язку та взаємозалежності і розміщуються у певному ієрархічному порядку. Кожна із ознак є основою та водночас продовженням попередньої ознаки. При цьому можна простежити існування залежності між ознаками: наявність відокремленого майна — самостійність відповідальності особи за своїми зобов'язаннями — можливість її участі у цивільних правовідносинах — незалежність існування особи від складу її учасників — наявність самостійної волі.

Слід підкреслити, що конструкція юридичної особи, незважаючи на наявність дискусій з окремих аспектів її функціонування та правової природи, є не тільки зручною, але і кращою за будь-яку іншу для реалізації колективних інтересів. Застосування конструкції юридичної особи дозволяє залучити до сфери приватно-правових відносин будь-які види утворень. Тому можемо зазначити, що юридична особа є правовою моделлю, яка дозволяє включати різні утворення до кола суб'єктів цивільного права та надавати їм статусу суб'єкта права.

Наведене дає підстави для висновку, що у правовому механізмі ФФБ наявні передумови для закріплення за ним статусу юридичної особи. Зокрема, для ФФБ характерні такі ознаки, як наявність відокремленого майна та самостійність

відповідальності. Проте, законодавець категорично відійшов від надання фонду фінансування будівництва статусу юридичної особи, безпосередньо у ст. 11 Закону зазначивши, що ФФБ не є юридичною особою. Тим самим було штучно створено умови для залучення посередників до відносин між інвестором та забудовником у сфері спрямування грошових коштів на фінансування житлового будівництва. За таких умов склалася ситуація, при якій установник управління, передаючи кошти управителю не має гарантій належного виконання забудовником своїх зобов'язань, а забудовник розпочинаючи будівництво не може бути впевненим у повному його фінансуванні.

Тобто, управитель відповідає перед установником за перерахування грошових коштів, але не несе відповідальності за дії забудовника, а забудовник, у свою чергу, відповідає перед управителем, від якого отримує грошові кошти, але не несе відповідальності перед установниками, для задоволення житлових потреб яких здійснюється будівництво. Тому привілейованим суб'єктом зазначеного механізму в умовах сучасності стає управитель, який може контролювати дії забудовника та установників. Наявний стан справ не може вважатися прийнятним, особливо враховуючі кінцеві цілі житлового будівництва — отримання інвесторами у власність житлових приміщень.

Тому, користуючись опосередкованою вказівкою ряду положень чинного Закону на певну наближеність механізму ФФБ до конструкції юридичної особи, пропонується подолати існуючу правову невизначеність, нормативно закріпивши можливість інвесторів безпосередньо обирати та впливати на дії обраного ними забудовника шляхом об'єднання їх капіталів та створення юридичної особи (кондомініумів, ЖБК тощо).

Мета діяльності юридичної особи, яка, на нашу думку, може бути альтернативою ФФБ, має спрямовуватися на фінансування будівництва житлових приміщень за рахунок отриманих від учасників грошових коштів. Управління цією юридичною особою повинні здійснювати її учасники — вкладники, а здійснення виконавчих функцій може бути покладено на одного з учасників чи на відповідну фінансову установу. У такому випадку фінансова установа — управитель перестає виконувати посередницькі функції між забудовником та довірителями, а останні набувши статусу учасників можуть контролювати діяльність як виконавчої структури, так і забудовника. Після спорудження житлового будинку така юридична особа може продовжувати існування та виконувати функції об'єднання співвласників багатоквартирного будинку (кондомініуму).

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю: Закон України від 19.06.2003 р. // Відомості Верховної Ради. — 2003. — № 52. — Ст. 377.
2. Басин Ю. Г. Юридические лица по гражданскому законодательству Республики Казахстан: Учеб. пособие. — Алматы, 1996. — 324 с.
3. Гражданское право России. Курс лекций. Часть первая/ Под ред. О.Н.Садикова. — М.: Юрид. лит-ра, 1996. — 304 с.
4. Борисова В. І. Юридична особа як суб'єкт цивільних правовідносин // Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / Борисова В. І. (кер авт кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — 552 с.



**Сабодаш Роман Богданович**

*асистент кафедри цивільного права Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук*

## **ДО ПИТАННЯ ПРО ОСОБЛИВОСТІ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВИХ ФОРМ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА**

З моменту введення Цивільним кодексом України поділу юридичних осіб на два види (юридичні особи приватного права та юридичні особи публічного права) не припиняються дискусії щодо організаційно-правових форм юридичних осіб публічного права. Варто відзначити, що найбільші спори точаться щодо питання, чи є юридичними особами публічного права ті юридичні особи, які створені в організаційно-правових формах, що притаманні для юридичних осіб приватного права (наприклад, акціонерне товариство тощо). Ця проблема постає у зв'язку з положеннями самого Цивільного кодексу України, у якому встановлено, що цим Кодексом регулюється порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб приватного права (абз. 1 ч. 3 ст. 81 ЦК України), натомість порядок утворення та правовий статус юридичних осіб публічного права визначається Конституцією України та законом (абз. 1 ч. 3 ст. 81 ЦК України).

Так, проф. Р. А. Майданик, досліджуючи можливість визнання державної акціонерної компанії (далі за текстом — ДАК) юридичною особою публічного права, зазначає, що оскільки ДАК за своєю організаційно-правовою формою є акціонерним товариством, то вона не є новою організаційно-правовою формою юридичної особи, а отже, і не може бути віднесена до юридичних осіб публічного права. Разом з тим автор робить застереження про те, що у разі коли ДАК наділено владними повноваженнями, то вона може бути віднесена до юридичної особи публічного права [1; С. 170-171].

Визнаючи обґрунтованість такої правової позиції, відзначимо і її дискусійність.

У свої попередніх дослідженнях ми вже дійшли висновку про те, що юридична особа публічного права за своєю правовою природою уособлює узгоджену діяльність фізичних осіб, які, вступаючи у правовідносини від імені «уявного» суб'єкта, заснованого публічно-правовим утворенням, реалізують узгоджену волю керівника (особи, уповноваженої діяти від імені юридичної особи та управляти нею) та свого засновника, з метою досягнення цілі діяльності як засновника, так і безпосередньо юридичної особи публічного права [2]. Пропонувалось визнавати юридичною особою публічного права ту юридичну особу, яка відповідає сукупності таких ознак: 1) вона створена розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади АРК чи органу місцевого самоврядування; 2) метою створення юридичної особи публічного права є задоволення інтересів держави в цілому або конкретної територіальної громади, або виконання завдань, покладених на органах державної влади і/або місцевого самоврядування, який прийняв рішення про створення юридичної особи публічного права; 3) така юридична особа знаходиться в інституційній та

організаційній залежності від держави Україна, її органів і/або АРК або їх органів , і/або органів місцевого самоврядування.[1; С. 185]

Варто погодитися з позицією Чантуріо Ладо, згідно якої юридичні особи публічного права вправі використовувати організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права [3]. Відповідно, правові підходи, у яких пропонується визначати вид юридичної особи за його організаційно-правовою формою, є недостатньо виваженими. Так, державна акціонерна холдингова компанія (надалі — ДАХК) утворюється у формі акціонерного товариства, 100% акцій якого належать державі. ДАХК — це товариства, утворені для володіння, користування та розпорядження холдинговими корпоративними пакетами акцій (часток, паїв) двох або більше корпоративних підприємств. Таким чином, вказана юридична особа створюється з метою найбільш ефективного управління корпоративними правами держави у певній сфері економіки з одночасним наділенням такої юридичної особи владними повноваженнями. Відтак національне законодавство передбачає створення акціонерних товариств на підставі розпорядчого акту органу державної влади, яким властиві публічно-правові функції, вони перебувають у інституційній та організаційній залежності від держави Україна. Тобто такі юридичні особи відповідають ознакам юридичних осіб публічного права, будучи створеними у організаційно-правовій формі, притаманній юридичній особі приватного права. Викладене дає підстави зробити висновок, що поділ юридичних осіб на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права виключно за їх організаційно-правовою формою не працює.

Держава Україна, її органи та органи місцевого самоврядування не здійснюють свою діяльність безцільно (принаймні, не повинні): будь-яка діяльність публічно-правового утворення направлена на досягнення завдань, які поставлені перед таким утворенням. При цьому таке публічно-правове утворення реалізує надані йому повноваження, в тому числі і шляхом створення юридичних осіб. Створені ними юридичні особи можуть бути наділені певними владними повноваженнями або, навпаки, не мати жодних владних повноважень, і виконувати будь-яку іншу функцію. Водночас сама по собі відсутність владних функцій не може свідчити про те, що та чи інша юридична особа є або не є юридичною особою публічного права. Так, в економічній теорії серед державних методів регулювання економіки визначається ринковий метод регулювання, який включає створення державою юридичних осіб, які, здійснюючи свою діяльність у певній сфері, можуть впливати на ринок. При цьому такі юридичні особи де-юре є незалежними від держави, здійснюють свою діяльність на основі «госпрозрахунку», їхня діяльність здійснюється у конкретній сфері і з конкретних метою. У цьому випадку юридична особа, не маючи владних повноважень, здійснює функцію держави з регулювання економіки (напр., шляхом здешевлення вартості товарів, робіт і послуг, які ця юридична особа може надавати завдяки використанню певних резервів публічно-правового утворення).

Отже, постає питання про те, чи може держава використовувати для виконання певних функцій такі організаційно-правові форми, як то акціонерне товариство чи товариство з обмеженою відповідальністю. На нашу думку, для юридичних осіб публічного права такі організаційно-правові форми можуть бути «цікаві» виключно з метою запозичення їхньої «моделі управління» та спрощення процедури відчуження корпоративних прав у цих юридичних особах, коли у публічно-правового утворення відпала необхідність використання такої юридичної особи (це особливо актуально у зв'язку з тим, що процедура продажу державних

підприємств передбачає необхідність їх корпоратизації). Щодо використання організаційно-правової форми акціонерного товариства та товариства з обмеженою відповідальністю в частині відповідальності засновника за зобов'язаннями такої юридичної особи, то для юридичних осіб публічного права ця модель неприйнятна у зв'язку з правовою сутністю такої юридичної особи.

Окремо хотілося б зазначити, що застосування в ч. 2. ст. 81 Цивільного кодексу України при визначенні на законодавчому рівні єдиної ознаки юридичної особи публічного права слова «створено» («створено розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади АРК чи органу місцевого самоврядування») не повинно мати своїм наслідком надто вузьке тлумачення положень цієї статті. Вважаємо, що до юридичних осіб публічного права потрібно відносити і ті юридичні особи приватного права, контрольний пакет акцій яких був сконцентрований державою вже після створення такої юридичної особи.

Допускаючи, що юридична особа приватного права може бути не тільки унітарною (мати єдиного засновника і не передбачати поділу статутного капіталу на частки), але й корпоративною (мати статутний капітал, поділений на частки), необхідно чітко розмежувати, з якого моменту юридична особа приватного права, створена у формі акціонерного товариства, стає юридичною особою публічного права. На нашу думку, юридичну особу належить визнавати юридичною особою публічного права в момент, коли у публічно-правового утворення або іншої юридичної особи публічного права сконцентровано таку кількість голосів, яка допускає можливість самостійного прийняття рішень щодо внесення змін до статуту, припинення юридичної особи та обрання органів управління такої юридичної особи. При цьому важливо забезпечити можливість іншим акціонерам (учасникам) право вимагати у держави України обов'язкового викупу їх акцій (часток) за ціною не нижчою ніж та, що була запропонована іншим акціонерам (учасникам). Дотримання таких застережень є важливим, оскільки зміна виду юридичної особи повинна мати своїм наслідком і зміну правового статусу цих акцій (часток), які повинні бути перетворені на привілейовані акції (тобто корпоративні права, які не дають можливості брати участь в управлінні такою юридичною особою).

Крім того, ще однією вимогою до використання юридичними особами публічного права організаційно-правових форм, притаманних для юридичних осіб приватного права, повинна бути наявність спеціального застереження у найменуванні організаційно-правової форми шляхом включення слів «державне», «національне» тощо.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Альманах цивілістики: Сборник статей. Вып. 3 / Под. ред. Р. А. Майданика — К.: Алерта; КНТ; Центр учебной литературы, 2010. — 332 с.
2. Сабодаш Р. Б. Написи про юридичних осіб публічного права. Нарис 1. Сутність юридичних осіб публічного права / Вісник господарського судочинства. — 2011. — № 2. — С. 124-127
3. Чантурио Ладо Гражданское право и юридические лица публичного права: особенности регулирования [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [www.cac-civillaw/publikationen](http://www.cac-civillaw/publikationen)





**Фазикош Василь Георгійович**

*завідувач кафедри цивільного права Ужгородського національного університету  
кандидат юридичних наук, доцент, Заслужений юрист України*

**Фазикош Ганна Василівна**

*суддя Апеляційного суду Закарпатської області кандидат юридичних наук*

**ВИЗНАЧЕННЯ СПОСОБУ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ СУДОМ  
ЯК СПІЛЬНА ПРОБЛЕМА МАТЕРІАЛЬНОГО ТА ПРОЦЕСУАЛЬНОГО  
ПРАВА**

Нормальний цивільний обіг передбачає не тільки визнання за суб'єктами певних прав та інтересів, але і забезпечення їх належної правової охорони, одним із компонентів якої є їх захист. Захист суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів здійснюється у передбаченому законом порядку: за допомогою застосування належної форми ( юрисдикційної та неюрисдикційної), певних засобів та способів [9, С. 297-298].

Універсальною юрисдикційною формою захисту цивільних прав та інтересів об'єктивно є судовий захист, що пов'язано з визнанням повноти судової влади, поширенням її юрисдикції на всі врегульовані правом суспільні відносини. Відповідна базова формула, задекларована в ст. 124 Конституції України, сьогодні не викликає особливих дискусій, оскільки ґрунтується на визнаних теоретичних положеннях, що сягають своїми коріннями римського права [8, С. 117-120, С. 297-301], та цілком узгоджуються із сучасним розумінням ідеї верховенства права та методів її реалізації. Універсальність судового захисту цивільних прав та інтересів передбачена й чинним ЦК України. Зокрема, частина 1 статті 16 ЦК України закріплює право кожної особи звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу.

Судовий захист як юрисдикційна форма захисту цивільних прав здійснюється у притаманній йому процесуальній формі, яка є сталим системним утворенням, що враховує специфічні режими судочинства та включає самостійні судові процедури. Суд реалізує свою владу шляхом розгляду судової справи в межах відповідної судової процедури. Процесуальні результати такого розгляду закріплюються в кінцевому акті суду — судовому рішенні. Цивільне процесуальне законодавство детально регламентує зміст цього ключового судового акту, визначає основні правила його постановлення та процесуально-документального оформлення, а також встановлює обов'язкові вимоги, яким має відповідати цей акт, головними з яких є вимоги законності та обґрунтованості.

У цьому контексті, слід визнати, що судовий захист цивільних прав є його найбільш «формалізованою» юрисдикційною формою, а тому й найбільш складною з точки зору використання. В той же час, реалізація конкретного суб'єктивного цивільного права значною мірою залежить від ефективності наявного судового механізму його захисту, який може бути приведений в дію у разі порушення, невизнання або оспорення цього права. Створення такого механізму є складною багатовимірною задачею, яка є предметом як постійних наукових досліджень в сфері матеріального і процесуального права, так і законодавчих перетворень. Як показує практика, вирішення цієї задачі потребує системного підходу, у тому числі й врахування наявного взаємного зв'язку між матеріальним правом та процесом,

природа якого аналізувалася багатьма науковцями в різних ракурсах [3, С. 26-31; 5, С. 53; 4, С. 16-20].

А. О. Добровольський та С. О. Іванова стверджували, що матеріально-правова природа цивільних справ, що розглядаються судами, впливає на процесуальну форму їх розгляду. Однак цей вплив проявляється по-різному: інколи — у встановленні окремих процесуальних особливостей розгляду певної категорії справ. В інших випадках цей вплив проявляється сильніше та викликає необхідність у формуванні самостійних видів судочинства або іншої форми захисту права [3, С. 27]. На доктринальному рівні ця проблематика досліджувалася й Р. Е. Гукасяном, який стверджував, що деякі елементи процесуальної форми перебувають під безпосереднім впливом матеріальних правовідносин. Задача полягає в тому, щоб виявити ці елементи, встановити характер та рівень їх залежності від матеріальних правових відносин, та, одержавши внутрішньо узгоджені результати, створити міцний науковий фундамент перспективи подальшого розвитку форм захисту суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів осіб [1, С. 347-348]. Одним із цих елементів Р. Е. Гукасян вважав застосування судом норм матеріального права (певного способу захисту права). Він підкреслював, що способи захисту — явище матеріально-правове. Застосовуючи норми матеріального права, суд своїм рішенням надає суб'єктивному матеріальному праву властивість примусовості, яка раніше була лише в потенційному стані. Водночас, різноманітність способів захисту суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів не означає, що кожне суб'єктивне право має специфічні способи захисту. Способи захисту, передбачені матеріальними галузями права, виявляються типовими в практичному застосуванні [1, С. 350-351].

В судовій практиці проблема вибору судом способу судового захисту залишається однією із найбільш актуальних. Це можна проілюструвати на ряді прикладів. Так, рішенням Бабушкінського районного суду м. Дніпропетровська від 11 грудня 2008 року було частково задоволено позов ТОВ «С.» та визнано «Особу 3» таким, що втратив право представляти інтереси компанії «Л.» з 10 серпня 2005 року на підставі довіреностей. Рішенням апеляційного суду Дніпропетровської області від 13 квітня 2009 року рішення місцевого суду було скасовано, у задоволенні позову ТОВ «С.» було відмовлено. Верховний Суд ухвалою від 17 лютого 2010 року скасував обидва вказані рішення та постановив своє рішення, яким у задоволенні позову ТОВ «С.» відмовив з тих мотивів, що в даній справі суд не вирішував питання про захист цивільних справ і інтересів у спосіб, визначений ст.16 ЦК, і сам факт визнання відповідача таким, що втратив право представляти інтереси зацікавленої особи при припиненні в установленому порядку представництва за довіреністю, не підлягає захисту у суді [10]. В іншій справі Верховний Суд також скасував рішення місцевого суду, а саме Василевського районного суду Запорізької області від 20 травня 2008 року, та рішення апеляційного суду Запорізької області від 03 грудня 2008 року, якими було зобов'язано «Особу 5» укласти договір найму житла в кімнатах №1 гуртожитку на певних умовах. В рішенні від 23 червня 2010 року Верховний Суд вказав, що застосовані судом норми не передбачають укладення договорів найму житла з особами, які вселилися на надану жилу площу в гуртожитку на підставі ордера, тобто застосований судом спосіб захисту права нормами матеріального права не передбачений [10]. В той же час, скасовуючи рішення апеляційного суду Житомирської області від 10 квітня 2003 року та залишаючи в силі рішення Ружинського районного суду Житомирської області від 6 листопада 2002 року,

Верховний Суд констатував, що, відмовляючи П. у задоволенні позову до Б. про захист честі і гідності та відшкодування моральної шкоди, апеляційний суд виходив із того, що нецензурна лайка, якою Б. висловлювалась на адресу П., чим образила його, не підпадає під поняття "відомості, що не відповідають дійсності або викладені неправдиво", а тому спростуванню не підлягає, проте із таким висновком погодитись не можна, оскільки він суперечить вимогам ч. 5 ст. 55 та ст.28 Конституції України, а також ст. 4 ЦК України 1963 р., чинного на час виникнення спірних правових відносин. Використовуючи надані законом гарантії, П. звернувся за захистом до суду, і місцевий суд правильно захистив його права, визнавши дії Б. такими, що принижують честь та гідність П., та зобов'язав Б. вибачитись перед П.

Наведені приклади є типовими. Очевидно, саме тому вищі судові інстанції постійно надають роз'яснення з приводу розгляду окремих категорій справ, торкаючись у т.ч. й правомірності застосування тих чи інших способів захисту прав та інтересів. Наприклад, у Постанові "Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів" Пленум Верховного Суду вказав, що такий спосіб захисту права споживача як неустойка (штраф, пеня) стягується у зв'язку із недоліками товару (робіт, послуг) лише тоді, коли це передбачено укладеним сторонами договором чи відповідним нормативним актом (п. 20), а правила ст.20 Закону "Про захист прав споживачів" щодо права споживача на обмін товару неналежної якості поширюються на непродовольчі товари, які не включені до переліку товарів, що містяться в додатку № 3 до постанови Кабінету Міністрів України від 19 березня 1994 року №172 ( п.22). В «Узагальненні судової практики розгляду цивільних справ, які виникають з кредитних правовідносин (2009-2010 роки)» Верховний Суд висловив свою позицію щодо умов та правомірності застосування судом певних способів здійснення іпотекодержателем захисту його прав та інтересів в основному зобов'язанні, таких як звернення стягнення на предмет іпотеки, визначення способу реалізації предмета іпотеки, виселення мешканців тощо. В інформаційно-методичному листі № 6-11 від 12 квітня 2010 року Верховний Суд звертає увагу на те, що при розгляді справ, пов'язаних із соціальними виплатами, суди мають враховувати вимоги ст.4 ЦПК та положення ряду спеціальних законодавчих актів, які підлягають застосуванню у справах із соціальних правових відносин, що носять публічний характер. Виходячи із цього, суд може визнати дії відповідачів законними чи незаконними та в разі незаконності їхніх дій — зобов'язати провести нарахування/ перерахування та виплату належних сум відповідно до закону, а не ухвалювати рішення про стягнення конкретних сум.

Можна вказати й на інші приклади по різних категоріям справ, однак вже із наведеного видно, що позиція вищої судової інстанції в країні в основному зводиться до буквального тлумачення положень процесуального закону, відповідно до якого, здійснюючи правосуддя, суд захищає права, свободи та інтереси осіб, державні та суспільні інтереси у спосіб, визначений законами України. І дійсно, норма такого змісту міститься в чинному ЦПК України (ст. 4). В той же час, в КАС України такої норми, як відомо, немає.

Сьогодні, описана позиція є домінуючою у судовій практиці судів усіх інстанцій. Між тим, насправді, вона є дискусійною. Свідченням цього є, зокрема, рішення Європейського Суду у справі "Волохи проти України", яким було встановлено порушення Україною статей 8 та 13 Європейської Конвенції. Європейський Суд зробив висновок, що заявники у цій справі не змогли добитись належного захисту їх права на повагу до кореспонденції, яке було порушене

неправомірним застосуванням щодо них заходів спостереження — накладенням слідчим МВС України арешту на їх поштово-телеграфну кореспонденцію, оскільки право оскаржити законність такого рішення, гарантоване національним законодавством України, на практиці виявилось обмеженим, бо існує лише один реальний механізм, який передбачається Законом України "Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду". Цей закон містить загальні положення, які стосуються також інших осіб, а не тільки обвинувачених, проте його застосування та тлумачення національними судами, як це сталося у цій справі, здійснювалось не настільки широко, щоб забезпечити належний розгляд скарг інших осіб.

В літературі також висловлюється думка щодо неправомірності обмеження переліку способів захисту права, які вправі застосувати суд, тими способами, які прямо передбачені в законі. Так, В. Г. Ротань вважає, що такий підхід не відповідає п. 1 ст. 6 Європейської Конвенції про захист прав і основних свобод людини, оскільки особа вправі пред'явити в суді таку вимогу на захист цивільного права, яка відповідає змісту порушеного права та характеру порушення, яке мало місце. В. Г. Ротань зауважує, що якщо така відповідність є, а заборона на відповідний спосіб захисту права в законі не встановлена чи не впливає із нього, суд не може відмовити у задоволенні позовних вимог тільки тому, що такий спосіб захисту права не передбачений ст. 16 ЦК, ст. 20 ГК чи іншими законами [7, с. 12-13]. Схожу думку висловлює й І. О. Дзера [2, С. 158-159]. А, скажімо, аналізуючи таких спосіб захисту учасників договірних відносин, як визнання договору неукладеним, А. А. Кот наголошує на тому, що, беручи до уваги на всю алогічність цього словосполучення, цей спосіб має право на існування, оскільки з його допомогою можуть бути захищені права учасників договору, і цей спосіб прямо не суперечить закону [6, с. 147].

З огляду на те, що відповідно до п. 8 ст. 8 ЦПК забороняється відмова у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини, а в ряді випадків матеріальне право дійсно є недосконалим, наведені міркування мають певну логіку.

У зв'язку із цим, виникає питання, чи є формулювання ст. 4 ЦПК України доскональним, чи сприяє воно повному виконанню завдань цивільного судочинства, передбачених ст. 1 ЦПК України. Можливо його таки потрібно узгодити зі міжнародними стандартами права на судовий захист в тій інтерпретації, яку надає їм Європейський Суд.

Аналізуючи також проблематику застосованого судом способу захисту цивільного права, не можна обійти увагою й те, що вона не зводиться лише до з'ясування того, чи відповідає обраний спосіб захисту вимогам матеріального закону, змісту порушеного права та характеру самого правопорушення. В судовій практиці актуальним є питання відповідності обраного способу захисту тому способу, застосувати який просив позивач. Хоча ст. 119 ЦПК України не передбачає відповідного реквізиту в позовній заяві ( п. 3 ч. 2 ст. 119 містить лише вказівку на «зміст позовних вимог» ), а ст. 215 ЦПК України — відповідного елементу в структурі судового рішення (п. 4 ч. 1 ст. 215 включає такий елемент, як «висновок суду по суті позовних вимог»), суди в основному виходять із широкого тлумачення цих норм та ст. 11 ЦПК України. З одного боку, наслідком цього є відмова у задоволенні позовних вимог навіть у тому разі, коли суд констатував порушення права позивача, однак позивач просив застосувати не той спосіб захисту, який передбачений законом відносно виявленого порушення, а інший спосіб. З другого

боку, така відмова не виключає порушення нової судової справи між тими ж сторонами. Така ситуація ставить під сумнів «завершеність» судового захисту, оскільки здатна перетворити його в невинувато тривалу епопею.

Як видно, визначення способу захисту цивільного права судом є рівною мірою як проблемою матеріального права, так і проблемою процесуального права, а відтак і вирішувати її можна лише системно, враховуючи можливості, регулюючий та інструментарний ресурс кожної із цих галузей. На наш погляд, тільки такий підхід дасть можливість створити умови для фактичної реалізації задекларованих законом цивільних прав, частина з яких й досі залишається лише декларацією.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Гукасян Р.Е. Избранные труды по гражданскому процессу. — М.: Проспект, 2009. — 480 с.
2. Дзера И.А. Защита гражданских прав по Гражданскому кодексу Украины / // Альманах цивилистики: Сборник статей / [Под ред. Р. А. Майданика]. — К.: Всеукраинская ассоциация издателей «Правова єдність», 2008. — Вып.1. — 312с.
3. Добровольський А.А., Иванова С.А. Основные проблемы исковой формы защиты права. — М.: Изд-во Моск.ун-та, 1979. — 159 с.
4. Зейдер Н.Б. Судебное решение по гражданскому делу. — М.: Юрид. Лит, 1966. — 192 с.
5. Иванов О.В. О связи материального и гражданского процессуального права. — Правоведение. — 1973. — № 1 — С. 53-52.
6. Кот А.А. Способы защиты участников договорных отношений // Альманах цивилистики: Сборник статей / [Под ред. Р. А. Майданика]. — К.: Всеукраинская ассоциация издателей «Правова єдність», 2008. — Вып.1. — 312с.
7. Проблемні питання у застосуванні цивільного і господарського кодексів України / [під редакцією Яреми А.Г., Ротаня В.Г.] — К.: Реферат, 2005. — 336 с.
8. Римське право: підруч. / О.А. Підпригора, Є.О. Харитонов. — 2-ге вид. — К.: Юрінком Інтер, 2009 — 528 с.
9. Цивільне право України: Загальна частина: Підручник / В.Г. Фазикош, С.Б. Булеца, Р.Б. Олійник та ін.; за ред. В.Г. Фазикоша, С.Б. Булеци. — К.: Знання, 2010 — 631 с.



**Цірат Ганна Віталіївна**

*доцент кафедри правознавства Університету сучасних знань, кандидат юридичних наук*

#### **ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ПЕРЕД ТРЕТІМИ ОСОБАМИ**

Повітряне право склалося як окрема галузь, одним з завдань якої є необхідність регулювання конфліктів (спорів), породжених *авіаційними ризиками*. Як зазначив доповідач ІКАО Анібал О. Мутті, в основі таких конфліктів лежить презумпція, що людина не створена для польоту. Поки існує вірогідність помилки людини, відмови авіаційної техніки або допоміжних систем, буде зберігатися можливість *авіаційних пригод*. Авіаційна відповідальність має два основних аспекти: відповідальність щодо пасажирів та вантажів, що

перевозяться, та *відповідальність щодо третіх осіб*, які не приймають участі в цій діяльності. Одним з викликів повітряного права є врегулювання конфлікту між *інтересами третіх осіб на поверхні*, які не приймають участі в авіаційній діяльності, та інтересами експлуатантів повітряних суден [1, С. 2-3].

Цей виклик міжнародна спільнота намагається врегулювати з 1933 року, коли була прийнята, так звана *Римська система*, яка передбачала створення гарантій, які б забезпечували *компенсацію шкоди*, завданої третій особі на поверхні землі. Одним з досягнень Римської системи є закріплення на міжнародному рівні та рівні законодавства всіх країн, незважаючи на те чи є вони учасниками Римської системи, *принципу обов'язкового гарантування відповідальності перед третіми особами*, що реалізується через *обов'язкове страхування відповідальності перед третіми особами*.

Римська система, модернізована в 2009 році Монреальською конвенцією, *визначається трьома основними принципами*, які сьогодні виконуються всіма державами незалежно від їх участі в Римській системі: *обов'язок держави вимагати від своїх експлуатантів наявності належного страхування або відповідних гарантій відповідальності*; *право держави вимагати від іноземних експлуатантів, що виконують польоти над її територією надання доказів забезпечення адекватного страхування або гарантій такої відповідальності*; *обов'язок держави не вимагати від іноземних експлуатантів надання гарантій в більшому обсязі, ніж вони вимагають від своїх власних експлуатантів*. Останній принцип має на меті встановлення *недискримінаційного відношення*, єдиного стандарту, до національних та іноземних експлуатантів.

Повітряний Кодекс України (ПК) в статті 96 встановлює обов'язок експлуатанта авіаційної техніки відшкодувати *шкоду*, заподіяну третім особам та їх майну при виконанні перевезень і авіаційних робіт, у порядку і на умовах, передбачених чинним законодавством України.

Такий загальний порядок передбачений главою 82 ЦК України, яка зокрема встановлює обов'язок особи, яка на правомірній основі володіє *джерелом підвищеної небезпеки* компенсувати завдану шкоду потерпілому (ст. 1187), тобто в Україні, так само як і в багатьох інших країнах та Римській системі, встановлено режим абсолютної відповідальності експлуатанта. Майнова шкода за правилами ст. 1166 ЦК України відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала. Для гарантії такого відшкодування законом України «Про страхування» встановлено обов'язкове авіаційне страхування відповідальності експлуатантів перед третіми особами, а постановою КМУ № 1535 від 12.10.2002 року (Постанова) встановлені мінімальні межі такого обов'язкового страхування за кожен страховий подія з розрахунку на повітряне судно, залежно від його максимальної злітної ваги. Постанова жодного разу не змінювалася та не доповнювалася, незважаючи на той факт, що ліміти встановлені в гривні, яка наприкінці 2008 року девальвувала на 40%.

Постанова в якості об'єкта страхування визначає майнові інтереси страхувальника, які виникають унаслідок зобов'язання відшкодувати у порядку, встановленому законодавством, *збитки* третім особам, заподіяні під час експлуатації повітряного судна, тобто об'єктом страхування є шкода плюс упущена вигода. За Постановою страховим випадком вважається авіаційна подія за участю повітряного судна страхувальника, внаслідок якої настає його цивільна відповідальність за шкоду, заподіяну життю і здоров'ю фізичних осіб, та майну фізичних і юридичних осіб. Постановою встановлені мінімальні страхові суми за договорами обов'язкового страхування. Оскільки один і той самий пасажир на

літаках одного і того самого експлуатанта може подорожувати як в Україні, так і за кордоном, ми вирішили порівняти чи відповідають страхові суми, встановлені Постановою, європейським чи іншим міжнародним стандартам, адже за Конституцією людина, її життя, здоров'я і безпека визнаються в Україні найвищою цінністю. Конституція декларує обов'язок встановлення рівних конституційних прав і свобод та рівності всіх перед законом та заборону встановлення будь-яких привілеїв чи обмежень за будь-якими ознаками [2].

Як зазначалося вище, одним з принципів авіаційної діяльності є право держави вимагати від іноземних експлуатантів підтвердження наявності адекватного страхування. Так, наприклад, такі вимоги щодо страхування відповідальності третіх осіб в ЄС встановлені в **Постанові (ЄС) № 785/2004**, яку відповідно повинні виконувати і українські експлуатанти, що здійснюють міжнародні перевезення в країни ЄС, про що спеціально зазначається на сайті Державної авіаційної адміністрації.

Мінімальні ліміти страхового забезпечення, встановлені Римською системою, що не є обов'язковими для України та вважаються світовою спільнотою як занадто малі, також будуть приведені нами для порівняння відповідності українських стандартів. І. А. Діковська помиляється, що Конвенція про шкоду, заподіяну іноземними повітряними суднами третім особам на поверхні, укладена в Римі 7 жовтня 1952 року, є чинною для України. Свій висновок щодо чинності вона робить на підставі того, що 21 квітня 1982 року до вказаної Конвенції приєднався СРСР, для якого вона набрала чинності 20 липня 1982 року. І. А. Діковська вважає, що відповідно до ст. 7 Закону України «Про правонаступництво» Україна є правонаступником прав і обов'язків за міжнародними договорами СРСР, які не суперечать Конституції України та інтересам республіки. Проте, Віденська конвенція про правонаступництво держав щодо договорів 1978 року передбачає обов'язок України письмово попередити про своє правонаступництво. Україна таких письмових повідомлень депозитарію Римської конвенції не направляла. Отже ця Конвенція не є чинною для України. Також нами приведені для порівняння ліміти, встановлені Монреальською конвенцією 2009 року, яка модернізувала Римську систему. Монреальська конвенція ще не вступила в силу, проте за принципом розрахунку розміру страхового відшкодування вона відповідає Конвенції про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень 1999 року, яка ратифікована Україною та чинна для неї з 6 травня 2009 року.

Мінімальний розмір страхування відповідальності третіх осіб та шкоди, завданої їхньому життю, здоров'ю та майну, вираховується виходячи з максимальної злітної ваги судна. Оскільки на сьогоднішній момент в Україні найбільш використовуваними є класичний Boeing 737 (62 00кг), Embraer (48 500 кг) та Airbus 320-200 (75 500 кг), саме їхні дані взяті для порівняння. Для зручності проведення порівняння всі ліміти приведені до одної валюти — долару США згідно до курсу Національного банку України та Міжнародного валютного фонду на 22 квітня 2011 року.

### Рівень страхування відповідальності перед третіми особами

Максимальна злітна маса повітряного судна в кг	Постанова КМУ № 1535 від 12.10.2002	Постанова (ЄС) № 785/2004	Римська Конвенція 1952р. модифікована Протоколом 1978р.	Монреальська Конвенція 2009р., що модернізувала Римську систему
від 25001 до 50000	25млн грн. або 3 138 574 дол.США			150 млн СПП <sup>8</sup> Або 241 410 999 дол.США
> 30 000			2,5 млн СПП Або 4 023 516,65 плюс 65 СПП (104,61 дол.США) за кожний кг вище 30000 кг	
< 50 000		150 млн СПП Або 241 410 999 дол.США		
від 50001 до 100000	50 млн грн. або 6 277 148,67 дол.США			
< 200 000		300 млн СПП або 482 821 998 дол.США		300 млн СПП або 482 821 998 дол.США

Зазначена таблиця чітко демонструє мізерність передбачених українським законодавством сум у випадку настання страхової події. За рахунок передбачених сум український експлуатант не зможе компенсувати всі вимоги потенційних позивачів до нього. Здавалося у цьому немає нічого страшного, оскільки ЦК України в ст. 1194 передбачає, що особа, яка застрахувала свою цивільну відповідальність, у разі недостатності страхової виплати (страхового відшкодування) для повного відшкодування завданої нею шкоди зобов'язана сплатити потерпілому різницю між фактичним розміром шкоди і страховою виплатою (страховим відшкодуванням). Проте основна мета страхування саме і полягає в тому, щоб застрахована особа не мусила здійснювати будь-які доплати до страхового відшкодування.

Наведені ліміти страхового відшкодування демонструють, що українські експлуатанти здійснюють різне страхування українських споживачів в залежності від виду рейсу, національний чи міжнародний. На нашу думку, це є дискримінацією українських споживачів та порушенням ст. 24 Конституції України, а отже підлягає виправленню. На нашу думку, таке виправлення необхідно зробити не чекаючи страхової події, яка продемонструє на практиці неналежність українських лімітів страхування.

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Анибал О. Мутти. Проект конвенції о возмещении ущерба, причиненного воздушными судами третьим лицам (конвенция об общих рисках). — Доклад докладчика. LC/33-WP/3-4 1/4/08 — 2008. — 13 с.
2. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141



<sup>8</sup> Спеціальні права позичання Міжнародного валютного фонду. Курс 1 СПП на 21 квітня 2011 року становив 0,621347 доларів США.



**Цюра Вадим Васильович**

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

**СПІВВІДНОШЕННЯ ПРЕДСТАВНИЦТВА ТА ПОСЕРЕДНИЦТВА ПРИ  
ВИНИКНЕННІ ТА ЗДІЙСНЕННІ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ**

Необхідність вивчення питання про співвідношення представництва з іншими формами участі третіх осіб у виникненні і здійсненні цивільних прав, зокрема посередництвом зумовлена тим, що у практиці доволі часто виникають труднощі із їх розмежуванням. Сьогодні посередництво опосередковане різними договірними формами і у практиці ці поняття часто підмінюються або ототожнюються. Саме тому виникає питання розмежування цих категорій, виявлення їх спільних та відмінних рис.

Насамперед, необхідно відзначити, що у порівнянні з раніше чинним законодавством положення ч. 2 ст. 237 ЦК України є новими. Так, у статті йдеться про те, що не є представником особа, яка хоч і діє в чужих інтересах, але від власного імені, а також особа, уповноважена на ведення переговорів щодо можливих у майбутньому правочинів. Наведене формулювання покликане, на наш погляд, підкреслити суть представництва, яке полягає в діяльності представника по реалізації повноваження саме від імені особи, яку він представляє. Крім того ця норма дозволяє розмежувати подібні, але відмінні від представницьких інститути, які також опосередковують вчинення правочинів.

Аналізуючи чинне законодавство та юридичну літературу можна виділити кілька форм участі третіх осіб у виникненні і здійсненні цивільних прав: посередництво, посильництво, рукоприкладництво, інститут арбітражного керуючого, комісію, агентування, договори на користь третіх осіб тощо. Однак посередництво охоплює чи не найбільш складну та поширену сферу відносин. Взяти хоча б сферу посередницьких послуг на ринку страхування чи у сфері перевезень. Таким чином мета дослідження виявити аспекти взаємодії інститутів представництва та посередництва. Та сформулювати їх кваліфікаційні ознаки в контексті взаємодії.

У літературі визначається, що посередником може бути — 1) організація або фізична особа-підприємець, які надають послуги іншим організаціям і громадянам у вчиненні правочинів, наприклад, біржовий, митний брокер, агент в агентському договорі. З учасниками таких правочинів посередник пов'язаний тільки цивільно-правовими відносинами і не пов'язаний з ними організаційно. Як правило, метою посередника є укладання договору між зацікавленими особами; 2) приватна особа, організація або держава, при участі яких ведуться переговори, здійснюється вирішення яких-небудь спірних питань між сторонами [1, С. 661]. Відповідно до чинного законодавства посередник — фізична або юридична особа, яка в установленому законодавством порядку здійснює приймання, передавання (доставку), зберігання, перевірку цілісності електронних документів для задоволення власних потреб або надає відповідні послуги за дорученням інших суб'єктів електронного документообігу [2]. Такий загальний огляд розуміння посередництва дозволяє окреслити його як діяльність, пов'язану з наданням послуг третім особам за їх дорученням.

Загалом до категорію посередництва варто зарахувати різні види посередницької діяльності. Важливо, однак, те, що вони виникають з різних

договірних форм. Очевидно, що сюди можна відносити і комісію, і агентський договір, і договір доручення. Разом з тим, в юридичній літературі в ході аналізу представництва та посередництва, категорія посередництва часто відмежовується від комісійної діяльності та агентування, що на наш погляд є спірним. Адже з юридичної точки зору як комісія, так і агентський договір та доручення мають посередницький характер. Інше питання аналіз поняття «посередництво» як явище комерційної діяльності.

Відмітимо, що у чинному законодавстві України посередництво передбачається для здійснення багатьох видів діяльності. Знаходимо його і у митній справі — митні брокери, митні перевізники [4; 5], страховій — страхові (перестрахові) посередники, брокери, страхові агенти [6], на ринку фінансових послуг [7], при працевлаштуванні (в т. ч. за кордоном) [8] тощо. На підтвердження сказаного щодо принципів розмежування посередництва а представництва у наведених актах містяться положення, які вказують на сутність посередництва.

Аналогічні положення має й інший акт, яким регулюється діяльність на ринку працевлаштування. Відповідно до Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з посередництва у працевлаштуванні на роботу за кордоном діяльність з посередництва у працевлаштуванні на роботу за кордоном [8] надання суб'єктами господарювання послуг з пошуку роботи відповідно до заявок роботодавців щодо незайнятих робочих місць (вакантних посад) та надання інформаційно-консультативних послуг щодо можливостей працевлаштування, умов та розмірів оплати праці, найменування та місцезнаходження роботодавців. В даному випадку в акті сутність посередницької діяльності розкривається через *сутність діяльності* — «з пошуку роботи відповідно до заявок роботодавців щодо незайнятих робочих місць (вакантних посад) та надання інформаційно-консультативних послуг щодо можливостей працевлаштування, умов та розмірів оплати праці, найменування та місцезнаходження роботодавців». Як бачимо, описана діяльність не передбачає вчинення право чинів та інших юридично значимих дій і стосується лише «пошуку роботи», «надання інформаційно-консультативних послуг» тощо.

Таким чином, загальний аналіз співвідношення інституту представництва та посередництва показав, що основні відмінності полягають у тому від чийого імені здійснюються дії, характер таких дій, тобто чи вони мають юридичну значимість чи є суто фактичними діями, а також у галузевій належності відносин та складі їх учасників.

Вбачається, що названі критерії дозволять більш точно кваліфікувати названі види відносин та кваліфікувати сутність правовідносин. Адже представництво, передбачаючи оформлення не тільки цивільно-правових відносин, є полі галузевим інститутом і точне розуміння його сутності потрібне для правильної кваліфікації і оформлення відносин між учасниками.

Перспективним напрямом дослідження цієї проблематики є аналіз окремих видів посередництва на предмет їх співвідношення із представництвом та виявлення проблем правозастосовної практики у цих сферах.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Тихомиров М. Ю., Тихомирова Л. В. Юридическая энциклопедия / М.Ю. Тихомиров, Л.В. Тихомирова — М. : Издательство М. Ю. Тихомирова. 2010. — 1088 с.
2. Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003 р. № 815-IV // Відомості Верховної Ради. — 2003. — № 36. — Ст. 275.

3. Андреева Л. Торговое посредничество: понятие и правовые формы осуществления // Российская юстиция. — 1994. — № 7. — С. 15–16.

4. Про затвердження Ліцензійних умов провадження посередницької діяльності митного брокера: Наказ Держкомпідприємництва, Держмитслужби України від 13.05.2009 р. № 89/445 // Офіційний вісник України. — 2009. — № 41. — Ст. 1386.

5. Про затвердження Ліцензійних умов провадження посередницької діяльності митного перевізника: Наказ Держкомпідприємництва, Держмитслужби України від 25.03.2004 р. № 34/212 // Офіційний вісник України. — 2004. — № 13. — Ст. 914.

6. Про затвердження порядку та вимог щодо здійснення посередницької діяльності на території України з укладання договорів страхування із страховиками нерезидентами: Розпорядження Державної комісії України з регулювання ринків фінансових послуг від 25.10.2007 р. № 8170 // Офіційний вісник України. — 2007. — № 89. — Ст. 3285.

7. Про затвердження Інструкції щодо умов і правил здійснення посередницької діяльності з приватизаційними паперами та контролю за їх дотриманням Наказ Фонд державного майна від 19.02.1997 р. № 190/ЛП-7 // Офіційний вісник України. — 1997. — № 13. — Ст. 201.

8. Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з посередництва у працевлаштуванні на роботу за кордоном і Порядку контролю за додержанням Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з посередництва у працевлаштуванні на роботу за кордоном: Наказ Мінпраці України та соціальної політики від 06.09.2010 р. № 272 // Офіційний вісник України. — 2010. — № 78. — Ст. 2786.



### **Чалий Юрій Іванович**

*доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент*

## **ВИКЛЮЧНА ПРАВОЗДАТНІСТЬ ВИЩИХ НАВЧАЛЬНИХ ЗАКЛАДІВ**

1. Не зважаючи на чинність низки нормативно-правових актів різної юридичної сили, правовий статус вищих навчальних закладів (ВНЗ) в Україні є недостатньо визначеним. Такий висновок буде справедливим як щодо державних ВНЗ, так і стосовно ВНЗ, створюваних Автономною Республікою Крим, органами місцевого самоврядування, окремими організаціями чи фізичними особами. Дане положення не в останню чергу пояснюється відсутністю в Україні послідовного розуміння політики вищої освіти. Отже, встановлення загальноправового та цивільно-правового статусу ВНЗ тісно пов'язане з виробленням чіткої парадигми сучасної розбудови освіти взагалі та вищої освіти зокрема.

2. Проблема визначення правового статусу ВНЗ має не тільки глобальний (політико-парадигмальний), а й локальний (юридико-доктринальний) рівень свого вирішення. Зокрема, без вирішення проблеми правової природи відносин з надання ВНЗ освітніх послуг, встановлення адекватного правового статусу самих ВНЗ є неможливим. Втім, вирішення цієї локальної проблеми також залежить від наслідків політичної реформації освіти в цілому.

З приводу визначення правової природи відносин, що опосередковують надання (здобуття) вищої освіти, в науці існує дві основні контрпозиції. Прихильники першої позиції вказують на те, що відносини між ВНЗ та студентом (або іншою особою, яка навчається у ВНЗ) є беззаперечно цивільно-правовими, тобто видом зобов'язальних правовідносин з надання послуг (Астахов В.В. [1], Карчевський К.А. [2], Куров С.В. [3], Малєїна М.Н. [4, С. 60], Загородній С.А. [5], Токмовцева М.В. [6] та ін.). Представники другої позиції зазначають, що дані відносини переважно мають регулюватися нормами публічно-правового характеру, а тому такі відносини ототожнювати з цивільно-правовими немає підстав (Спаська В.В. [7, С. 89-102], Сирих В.М. [8, С. 43-58], Шкатулка В.І. [9, С. 40], Южакова О.В. [10, С. 104] та ін.).

3. Незалежно від наслідків реформи освіти в Україні та вирішення означених вище доктринальних проблем, існування ВНЗ поза такої правової форми як юридична особа є неможливим.

Дослідники правових проблем вищої освіти роблять висновок про визнання за ВНЗ (як за юридичною особою) спеціальної правоздатності [1, С. 15; 6, С. 6]. Аргументація, що наводиться авторами такої позиції, є цілком слушною. Разом з тим, нами пропонується теза про необхідність закріплення в законодавстві не просто спеціальності, а саме виключної правоздатності ВНЗ.

Поняття виключної правоздатності не є новим у правовій думці та, не зважаючи на це, можна зустріти різні інтерпретації визначення його змісту.

На наш погляд, виключна правоздатність є різновидом спеціальної правоздатності. Відповідно до спеціальної правоздатності юридична особа може набувати тільки ті права та обов'язки, котрі відповідають її статутним положенням та не суперечать заборонам, встановленим у законодавстві. Виключна ж правоздатність встановлює можливість займатися певною діяльністю тільки («виключно») певним видам юридичних осіб. В якості ілюстрації до сказаного можна пригадати приклад з комерційними банками: банківське законодавство дозволяє здійснювати банківську діяльність тільки тим юридичним особам, які створені у вигляді банку (комерційного банку). Страхова діяльність, діяльність торгового посередника забороняється банкам.

За аналогією принципово подібні вимоги законодавства необхідно встановити й щодо діяльності з надання вищої освіти (освітніх послуг), закріпивши правило про можливість займатись наданням освітніх послуг (з подальшою сертифікацією такої освіти як вищої) тільки ВНЗ, та встановивши заборону для цих юридичних осіб займатись іншою діяльністю, безпосередньо не пов'язаною із забезпеченням надання освітніх послуг.

Основним аргументом на користь запропонованої нами позиції є необхідність чіткого й послідовного законодавчого закріплення обмеження здійснення підприємницької діяльності ВНЗ.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Астахов В.В. Правове регулювання функціонування в Україні вищих учбових закладів, заснованих на недержавній формі власності: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / . — Х., 1999. — 21 с.

2. Карчевський К.А. Платні послуги вищих закладів освіти МВС України: цивільно-правовий аспект: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. — Х., 2001. — 19 с.

3. Куров С.В. Гражданско-правовое регулирование образовательных услуг: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. — М., 1999. — 23 с.

4. Малина М.Н. Договор о подготовке специалиста с высшим профессиональным образованием // Государство и право. — 2004. — №8. — С. 57 — 66.

5. Загородній С.А. Договір про професійну підготовку у вищому навчальному закладі: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. — Х., 2007. — 20 с.

6. Токмовцева М.В. Высшее учебное заведение как субъект отношений в сфере предпринимательства: Автореф. дис...канд. юрид. наук: 12.00.03. — М., 2000. — 26 с.

7. Спасская В.В. К вопросу о специфике образовательных правоотношений // Право и образование. — 2005. — №2. — С. 89-102.

8. Сырых В.М. Предмет правового регулирования образовательного права // Право и образование. — 2001. — № 3. — С. 43-58.

9. Шкатулка В.И. Образовательное право: Учебник для вузов. — М.: НОРМА, 2001. — 688 с.

10. Южакова О.В. Об определении образовательной услуги // Право и образование. — 2005. — №5. — С. 102-108.



**Шимон Світлана Іванівна**

*завідувач кафедри цивільного та трудового права Національного педагогічного університету імені М. П. Драгоманова, кандидат юридичних наук, доцент*

## **ЗДІЙСНЕННЯ ПЕРЕВАЖНОГО ПРАВА КУПІВЛІ ЧАСТКИ У МАЙНІ (МАЙНОВОМУ ПРАВІ)**

Переважні права є певним юридичним феноменом, який в усі часи був і є предметом дискусій цивілістів, які намагаються дати відповідь на низку питань: якою є юридична природа переважних прав, чи належать вони до так званих секундарних прав, що саме є об'єктом таких прав, чи можуть встановлюватися переважні права договором тощо. Видається не зайвим з'ясувати питання про те, чи може існувати переважне право купівлі майнових прав, а якщо так, то чи поширюються на такі випадки загальні правила щодо переважного права купівлі.

Зазначимо, що загалом поняття переважних прав виходить за межі відносин купівлі-продажу, адже існують також переважні права оренди, переважні права задоволення вимог за рахунок майна, на яке звертається стягнення, тощо. Отже, переважні права є досить поширеним явищем, та незалежно від цього, їх особливості залишаються недостатньо дослідженими, а теоретичні оцінки щодо них — різноманітними: від твердження, що вони є абсолютними правами до повного заперечення за ними природи суб'єктивних прав.

До аналізу сутності таких прав вдавалися вчені різних періодів розвитку цивілістики. В самостійну групу переважні права виділив знаний цивіліст В.П. Грибанов [2, С. 295], який вважав їх окремим видом суб'єктивних цивільних прав. Аналогічної позиції дотримуються сучасні вчені В.А. Белов [1, С. 130], Л.Ю. Леонова [4, С. 18], В.І. Нагнибіда [5, С. 172-177] та ін., які розглядають переважні права як такі, що існують поряд з речовими, зобов'язальними, корпоративними чи є видами таких прав.

Переважне право купівлі є специфічною правовою можливістю, якою відповідно до закону наділені визначені суб'єкти цивільних правовідносин. ЦК України встановлює таке право для: 1) особи, що є *співвласником* майна, — щодо купівлі частки у праві спільної часткової власності, яка відчужується іншим співвласником (ст. 362); 2) особи, яка *має право оплатного користування* (оренди) майном на підставі договору, — у разі продажу речі (ч.2 ст. 411, ч.2 ст.777, ч.2 ст. 822 ЦК України); 3) *члена підприємницького товариства* — щодо набуття відчужуваної частки (її частини) в складеному капіталі командитного товариства (п. 3 ч.2 ст. 137), товариства з обмеженою відповідальністю (ч. 2 ст. 147); щодо купівлі паю (його частини) виробничого кооперативу (ч. 3 ст. 166). Також відповідно до Закону України «Про акціонерні товариства» від 17 вересня 2008 р. *акціонери* приватного АТ мають переважне право на придбання акцій, що продаються іншими акціонерами цього АТ; якщо акції продаються іншими суб'єктами, то переважне право акціонерів на їх придбання існує у разі, якщо воно передбачено статутом АТ (ст. 7); переважне право акціонерів на придбання акцій, що додатково розміщуються товариством, діє лише в процесі приватного розміщення акцій та встановлюється законодавством (ст. 15).

Підставою *виникнення* переважного права купівлі частки у праві спільної часткової власності (частки у майні) є сукупність юридичних фактів: 1) перебування особи, у якої виникатиме таке переважне право, у відповідних правовідносинах (статусі) — вона є співвласником відчужуваного майна на умовах спільної часткової власності; 2) наявність відповідної норми закону, яка встановлює переважне право купівлі (ст. 362 ЦК України); 3) волевиявлення власника щодо здійснення правомочності розпорядження шляхом продажу (міни) відповідного майна (що виявляється у направленні оферти, укладенні договору купівлі-продажу). Наявність цих трьох умов у сукупності зумовлює виникнення переважного права купівлі частки; за відсутності хоча б однієї з них переважного права купівлі не виникає.

Відповідно до закону у разі продажу частки у праві спільної часткової власності співвласник має переважне право перед іншими особами на її купівлю за ціною, оголошеною для продажу, та на інших рівних умовах, крім випадку продажу з публічних торгів (ч. 1 ст. 362 ЦК України). Продавець частки у праві спільної часткової власності зобов'язаний письмово повідомити інших співвласників про намір продати свою частку, вказавши ціну та інші умови, на яких він її продає (ч. 2 ст. 362). Науковці розцінюють подібні дії продавця як направлення ним оферти особі, яка має переважне право купівлі. [6] Таке твердження не викликає заперечень, особливо з позиції того, якими закон бачить подальші дії особи, котрій таке повідомлення надіслано. Відповідно до ч. 3 згаданої статті ЦК України вона може здійснити своє переважне право купівлі щодо нерухомого майна протягом одного місяця, а щодо рухомого майна — протягом десяти днів від дня отримання повідомлення.

Отже співвласник, якому належить переважне право купівлі, має право укласти договір купівлі-продажу частки на тих умовах, які визначено продавцем у надісланій йому письмовій пропозиції; остання, що очевидно, містить всі істотні умови договору купівлі-продажу. Продавця у такій ситуації закон вважає зобов'язаним відповідно до надісланого ним повідомлення (оферти). І лише у разі, якщо особа відмовляється від здійснення переважного права купівлі частки чи не здійснить цього права у вказані строки, продавець має право продати свою частку іншій особі.

В той же час в літературі висловлюється думка, що виконання продавцем обов'язку направлення оферти особі, що наділена таким переважним правом купівлі, слід розглядати як необхідну суспензивну умову здійснення цього права, а суб'єктів вважати «умовно зобов'язаною» та «умовно управомоченою» особою.[3]

На нашу думку, направлення такої оферти не виступає умовою здійснення переважного права з таких міркувань. Надсилання продавцем будь-якій особі оферти щодо продажу відповідного майна є однією зі згаданих вище умов виникнення переважного права купівлі (входить до відповідного фактичного складу). У випадку правомірної поведінки продавця і направлення оферти суб'єкту переважного права, воно може бути здійснене шляхом укладення договору купівлі-продажу між ними. У разі ж, якщо таку оферту не надіслано і продавець здійснив продаж частки у праві спільної часткової власності третій особі з порушенням переважного права купівлі, суб'єкт такого переважного права в змозі здійснити його примусово шляхом подання до суду позову про переведення на нього прав та обов'язків покупця (при цьому зобов'язаний внести на депозитний рахунок суду грошову суму, яку за договором повинен сплатити покупець — ч. 4 ст. 362). Отже й за умови ігнорування продавцем свого обов'язку надіслати оферту суб'єкту переважного права купівлі останнє може бути здійснене.

При цьому надсилання оферти особі, яка має переважне право купівлі частки, слід визнати умовою правомірного здійснення власником правомочності розпорядження відповідним майном шляхом продажу. Адже у разі порушення цієї вимоги продавець нестиме негативні наслідки переведення прав покупця на особу, якій належить переважне право: сторона, з якою укладено договір купівлі-продажу з порушенням переважного права, у разі понесення у зв'язку з цим збитків має право пред'явити до продавця вимоги щодо їх відшкодування.

Відомо, що ЦК України у ст. 190 визнає майнові права неспоживною річчю і таким чином поширює на них правовий режим речей. Відповідно до ч. 2 ст. 656 до договору купівлі-продажу майнових прав застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не впливає зі змісту або характеру цих прав. Звідси слідує висновок, що на випадки продажу майнових прав поширюються правила щодо переважного права купівлі частки у праві спільної часткової власності.

Отже, у випадку, коли предметом купівлі-продажу є частка у майновому праві, продавець зобов'язаний повідомити іншого співвласника про продаж з усіма наслідками, встановленими ст. 362 ЦК України. Що є природним і зрозумілим, уточнення ж потребує питання про переведення прав і обов'язків покупця на особу, яка має переважне право купівлі.

У випадку відчуження речі покупець має право одержати річ у фактичне володіння — вона має бути передана йому продавцем, після чого, за загальним правилом, покупець набуває права власності на неї, а також він має обов'язок забрати річ, сплатити за неї відповідні кошти тощо. Допоки ці права та обов'язки існують, вони можуть бути переведені на особу, чие переважне право купівлі порушено, за її заявою. Після здійснення усіх прав та обов'язків покупця, він втрачає такий статус і стає власником майна. З цього моменту, як стверджують деякі науковці [6], переведення прав та обов'язків покупця на іншу особу вже нездійсненне, оскільки формально переведення можливе лише до тих пір, поки зобов'язання ще не припинилося, наприклад, належним виконанням.

З цією позицією можна було б погодитися, але в такому разі слід було б констатувати недоцільність існування переважного права купівлі частки взагалі. Адже на практиці, якщо продавець порушує таке переважне право, то його суб'єкт

дізнається про факт продажу в останню чергу, зазвичай, коли продавець здійснив фактичне передання речі, а новий власник (покупець) вступає у володіння. Унеможливити захист переважного права купівлі частки у такій ситуації означало б позбавити це право сенсу взагалі.

Проблема, думається, полягає в буквальному тлумаченні понять «права та обов'язки *покупця*», які в баченні прихильників наведеної думки можуть застосовуватися до осіб, які уклали договір купівлі-продажу, виключно до тих пір, поки зобов'язання не здійснене повністю. Однак, формулювання положення ч. 4 ст. 362 «у разі *продажу* частки у праві спільної часткової власності з порушенням переважного права купівлі» дає підстави вважати, що законодавець, використовує термін «продажу» не лише в значенні укладення договору (інакше саме це терміносполучення і було б застосоване), але й його реалізації. Називаючи набувача майна «покупцем», законодавець вказує на його статус як сторони договору купівлі-продажу не на момент пред'явлення вимоги про переведення прав та обов'язків на суб'єкта переважного права (яка може бути подана й після виконання сторонами договору всіх обов'язків), а на момент укладення цього договору з порушенням переважного права купівлі. В іншому випадку захист переважного права купівлі був би неможливим. Попри це, означення учасника, який вже набув право власності на майно, «покупцем» уточнює, які саме права та обов'язки переводяться на нового суб'єкта.

У випадках купівлі-продажу частки у майновому праві, внаслідок неприйнятності щодо таких відносин правила про «фактичне передання» майна, покупець набуває майнове право (частку в ньому) в момент набуття чинності договором купівлі-продажу. Переважне право купівлі частки (у майновому праві), на нашу думку, підлягає захисту у такій самий спосіб; з моменту набуття чинності судовим рішенням про задоволення вимоги суб'єкта переважного права (про переведення на нього прав та обов'язків покупця) відповідне майнове право (відчужене з порушенням переважного права купівлі) припиняється у колишнього покупця і виникає у суб'єкта переважного права купівлі.

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Белов В. А., Пестерева Е. В. Хозяйственные общества / Белов В.А., Пестерева Е.В. / [Под общ. ред.: Белов В.А.] — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. — 333 с.
2. Грибачов В.П. Осуществление и защита гражданских прав / Грибачов В.П. / [Науч. ред.: Ем В.С.; Редкол.: Козлова Н.В., Корнеев С.М., Кулагина Е.В., Панкратов П.А.] — М.: Статут, 2000. — 411 с.
3. Кузнецова Л.В. Преимущественное право: понятие и правовая природа // Журнал российского права. — 2004. — № 10. — С. 46-54
4. Леонова Л.Ю. Преимущественное право покупки: история возникновения, осуществление и защита // Законодательство. — 2002. — № 9. — С. 18-26.
5. Нагнибіда В.І. Речові права на чуже майно: порівняльно-правовий аспект. Дис... канд.юрид.наук. 12.00.03. — К., 2010. — 231 с.
6. Скловский К., Смирнова М. Институт преимущественной покупки в российском и зарубежном праве (Начало) // Хозяйство и право. — 2003. — № 10. — С. 88-98 (Продолжение — 2003. — № 11. — С. 103-108)





**Яновицька Галина Богданівна**

*завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Львівського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент*

**УЧАСТЬ ГРОМАДЯН ТА ЇХ ОБ'ЄДНАНЬ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ЗАХИСТУ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ**

З метою захисту своїх законних прав та інтересів громадяни мають право об'єднуватись на добровільних засадах у громадські організації споживачів (об'єднання споживачів).

Створення громадських об'єднань споживачів передбачено у всіх державах. Правове положення цих об'єднань в Україні регулюється, як Законом «Про захист прав споживачів» [1], так і спеціалізованим законодавством про об'єднання громадян. При цьому, Закон «Про захист прав споживачів» лише містить визначені доповнення до загальних правил громадських організацій і надає деякі виключні права, що іншим суспільним об'єднанням належати не можуть (наприклад, право на пред'явлення позову в інтересах невизначеного кола споживачів).

Громадський рух споживачів з'явився у нашій державі наприкінці 1970 року. Перші споживчі центри утворились в Одесі, Києві, Донецьку, Дніпропетровську, Харкові. Крім того, у 1989 році була заснована громадська, неурядова і неполітична організація «Українська асоціація споживачів (УАС)», що діє і сьогодні, вирішуючи такі завдання:

- створення в Україні консультативно-експертної бази, лабораторій і центрів якості в регіонах;
- незалежне вивчення якості споживчих товарів;
- інформаційне обслуговування споживачів;
- надання професійної юридичної допомоги громадянам;
- розвиток руху споживачів за свої права на всій території України.

В Україні постійно виконується певна робота щодо розвитку правової бази споживчого руху, накопичується власний досвід діяльності недержавних організацій. Консьюмерська освіта та правовий захист споживачів є основними напрямками діяльності громадських об'єднань споживачів. Державні консьюмерські структури та громадські організації споживачів, що діють на території нашої держави, беруть активну участь у міжнародних заходах, що свідчить про інтеграцію до міжнародної спільноти у сфері захисту прав споживачів.

Нині в Україні створена система та організаційно-правові засади діяльності недержавних організацій у сфері забезпечення прав споживачів. До них належать:

- Український союз споживачів;
- Українська асоціація споживачів;
- Інститут споживацьких програм;
- Науково-дослідний центр незалежних споживчих експертиз «Тест»;
- Українська асоціація якості — громадська професійна організація в галузі якості та сертифікації;
- Українська асоціація рекламистів;
- Українська партія захисту прав споживачів;
- Всеукраїнський прес-клуб споживачів;

- Незалежні об'єднання споживачів: обласні та міські клуби, центри, товариства, асоціації та інші.

Українська асоціація споживачів (УАС) є активним членом Всесвітньої організації прав споживачів (Consumers International (CI) Лондон) та «КонфОП» — Міжнародної конфедерації товариств споживачів (Москва). Крім цього, УАС підписала угоди про співпрацю і постійний обмін інформацією з організаціями захисту прав споживачів із Польщі, Угорщини, Словаччини та ін.

Тісна співпраця з Consumers International, КонфОП, сприяє УАС оперативному отримувати свіжу інформацію про неякісні товари та послуги, неналежну поведінку іноземних чи національних фірм і дає можливість проводити колективні міжнародні заходи.

З 1995 року УАС бере участь у міжнародному проекті «Розвиток консультативно-методичних центрів захисту споживачів», який діє під егідою ООН. Такі центри створені у Львові, Харкові, Донецьку, Дніпропетровську та інших містах України. Метою їх створення є активізація руху споживачів на захист своїх прав та інтересів. У цих центрах громадяни отримують усю необхідну інформацію про свої права, якість найбільш поширених товарів та послуг.[2, С. 165]

Закон України «Про захист прав споживачів» чітко визначає основні права громадських організацій споживачів (об'єднань споживачів). Так, об'єднання споживачів мають право:

1) вивчати споживчі властивості продукції, попит на неї, проводити опитування населення для виявлення громадської думки про якість товарів, що випускаються і реалізуються, та ціни на них;

2) проводити самостійно або звертатися до уповноважених державних органів щодо проведення експертизи та випробування продукції;

3) одержувати від органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування інформацію, необхідну /для реалізації своїх цілей і завдань;

4) сприяти відповідним державним органам у здійсненні контролю за якістю продукції та обслуговування;

5) надавати юридичну і консультаційну допомогу споживачам згідно із законодавством;

6) вносити пропозиції щодо розроблення нормативних документів, які встановлюють вимоги до якості продукції;

7) представляти і захищати інтереси споживачів в органах виконавчої влади та органах місцевого самоврядування згідно із законодавством;

8) вносити органам виконавчої влади і суб'єктам господарювання пропозиції про заходи щодо підвищення якості продукції, про тимчасове зупинення випуску та реалізації продукції, яка не відповідає встановленим вимогам щодо якості, про припинення виробництва, вилучення з реалізації продукції, що становить небезпеку для життя, здоров'я та майна громадян або завдає шкоди навколишньому природному середовищу, фальсифіковану та дефектну продукцію, а також про коригування цін, встановлених із порушенням законодавства;

9) звертатися з позовом до суду про визнання дій продавця, виробника (підприємства, що виконує їх функції), виконавця протиправними щодо невизначеного кола споживачів і припинення цих дій.

При задоволенні такого позову суд зобов'язує порушника довести рішення суду у встановлений ним строк через засоби масової інформації або іншим способом до відома споживачів.

Рішення суду, що набрало законної сили, про визнання дій продавця, виробника (підприємства, що виконує їх функції), виконавця протиправними щодо невизначеного кола споживачів є обов'язковим для суду, що розглядає позов споживача щодо цивільно-правових наслідків їх дій з питань, чи мали місце ці дії і чи були здійснені вони цими особами;

10) відповідно до законодавства захищати у суді права споживачів, які не є членами громадських організацій (об'єднань споживачів);

11) звертатися до правоохоронних органів та органів виконавчої влади про притягнення до відповідальності осіб, винних у випуску та реалізації продукції неналежної якості;

12) інформувати громадськість про права споживачів;

13) сприяти розвитку міжнародного співробітництва у сфері захисту прав та інтересів споживачів.

Таким чином, в Україні була створена система недержавних органів, покликаних здійснювати захист прав і законних інтересів споживачів, що базується на тих же принципах, що і подібні системи в інших країнах, а також враховує і використовує їхній досвід.

### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.1991 р. (у ред. від 01.12.2005 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 30. — ст.379.

2. Селезнев В. В. Как защищать свои права потребителя: Издание третье. — Х.: Одиссей, 2008. — 496 с.



### **Бутрин Наталія Степанівна**

*аспірантка Прикарпатського національного університету імені В. Стефаника,  
викладач кафедри цивільного права і процесу юридичного факультету  
Тернопільського національного економічного університету*

## **ПРОБЛЕМАТИКА ЗАКРІПЛЕННЯ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ**

Нормативні визначення корпоративних прав містяться у Законі «Про акціонерні товариства», Господарському кодексі України і Законі «Про оподаткування прибутку підприємств». Вперше нормативне визначення терміну «корпоративні права» з'явилося саме в законі про оподаткування.

Закон «Про акціонерні товариства» визначає корпоративні права як сукупність майнових і немайнових прав акціонера — власника акцій товариства, які впливають з права власності на акції, що включають право на участь в управлінні акціонерним товариством, отримання дивідендів та активів акціонерного товариства у разі його ліквідації відповідно до закону, а також інші права та правомочності, передбачені законом чи статутними документами [2].

Господарський кодекс визначає корпоративні права як права особи, частка якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами.

Згідно з податковим законодавством, корпоративні права — це право власності на статутний фонд (капітал) юридичної особи або його частку (пай), включаючи права на управління, отримання відповідної частки прибутку такої юридичної особи, а також активів у разі її ліквідації відповідно до чинного законодавства, незалежно від того, чи створена така юридична особа у формі господарського товариства, підприємств, заснованого на власності однієї юридичної або фізичної особи, або в інших організаційно-правових формах.

Останнє визначення не зовсім точно передає правову природу терміну. Статутний фонд (капітал) юридичної особи належать тій же юридичній особі, а не особі, яка володіє корпоративними правами. Втім, пальму першості у конкурсі незграбності формулювань слід все ж таки надати Господарському кодексу, який для визначення цього терміну оперує «частками особи» [5, С. 27].

В юридичній літературі з приводу питання про поняття корпоративного права та корпоративних прав також зустрічаються різні точки зору. Проблеми корпоративного права дедалі більше привертають увагу юристів-практиків та науковців і стають предметом вивчення останніх. Безперечно, ці поняття не є одновимірними; правовідносини, які регулює корпоративне право, за своєю правовою природою є складними, різноплановими, і цивілістика радянських часів такими дослідженнями не займалася. Тому, зрозуміло, сьогодні виникла нагальна потреба дати правовий аналіз цим поняттям, з'ясувати юридичну природу корпоративних відносин, визначити їх місце в системі цивільного права.

Розглядаючи питання про поняття корпоративного права, варто відзначити відсутність однакових критеріїв серед українських науковців у підході до цього питання, а звідси — і різноманіття поглядів, починаючи від отождолення корпоративного права з акціонерним правом. Або інша крайність — віднесення до корпоративних відносин питань регулювання внутрішніх організаційних правил, правил трудового розпорядку, преміювання тощо. Своєрідно підходить до визначення поняття корпоративного права російський вчений Т. В. Кашаніна. На її думку, корпоративне право — це система внутрішньоорганізаційних правил певної організації, яка заснована на членстві та об'єднанні капіталів. Іншими словами, це сукупність локальних нормативних актів цієї організації. Необхідно зазначити, що такі норми регламентують внутрішнє «життя» організації, вони є управлінськими і більшою мірою побудовані на загальнодержавних нормативних актах, зокрема нормах публічно-правового характеру, які не можуть бути змінені за волею засновників. Аналізуючи такий підхід до визначення поняття корпоративного права, не варто забувати і про права найманих працівників, трудового колективу та виникнення правовідносин, які регулюються трудовим правом і за своєю правовою природою тяжіють до адміністративних відносин. Безперечно, такий підхід призвів би нас до розгляду як предмета регулювання корпоративного права таких правовідносин, які за своєю природою не є приватноправовими, або ж до створення нового полісистемного інституту.

Перш за все необхідно наголосити, що у моїй роботі корпоративне право розглядається як цивільно-правовий інститут, який входить до предмета регулювання цивільного права, але особливості цих суспільних відносин визначають їх внутрішню диференціацію і потребують відповідного правового регулювання. Отже, для регулювання корпоративних відносин застосовується цивільно-правовий метод регулювання — метод юридичної рівності сторін. У результаті врегулювання нормами права ця група суспільних відносин набуває форми цивільного правовідношення.

Автори, які професійно займаються розробкою термінологічного апарату корпоративного права в Україні, пропонують такі визначення корпоративних прав:

Корпоративні права — це сукупність прав учасника юридичної особи, зміст яких визначається її організаційно-правовою формою та установчими документами. Це визначення оперує іншим терміном, який також потребує визначення, — «учасник юридичної особи». Автор, який запропонував це визначення, а саме В. М. Кравчук, визнає однак, що визначення терміну «учасник юридичної особи» (тобто суб'єкту корпоративних відносин) в українському законодавстві немає. Натомість, українське законодавство оперує термінами «засновник», «учасник», «член», «вкладник», «власник майна», «власник підприємства». До цього переліку слід додати і іншого важливого суб'єкта корпоративних відносин — акціонера [4, С. 51].

У частині 1 ст. 167 ГК України наводиться перелік основних корпоративних прав, але залежно від організаційно-правової форми господарської організації, відносно якої виникають корпоративні права, їх зміст та порядок реалізації можуть суттєво відрізнятися [1].

За змістом корпоративні права підрозділяються на майнові й організаційні. До майнових корпоративних прав можуть бути віднесені:

1. Право на отримання певної частки прибутку (дивідендів) господарської організації. Дане право за своїм характером належить до категорії потенційних. Реалізувати його власник корпоративних прав може лише при виконанні двох умов: а) наявності в господарської організації прибутку за результатами фінансового року; б) прийняття органом управління або учасниками господарської організації рішення про розподіл між ними частини отриманого прибутку.

Таким чином, майнове зобов'язання з виплати дивідендів у господарської організації виникає тільки з моменту прийняття рішення про нарахування та виплату дивідендів (розподіл прибутку) уповноваженим органом або учасниками господарської організації. Із цього ж моменту і власники корпоративних прав набувають право вимагати виплати їм дивідендів.

2. Право на отримання активів у разі ліквідації господарської організації. Це право також належить до категорії потенційних. Для його реалізації необхідно виконання цілої низки умов: а) ухвалення рішення про ліквідацію товариства; б) дотримання встановленої законом процедури ліквідації; в) погашення господарською організацією заборгованості перед усіма кредиторами; г) наявності після розрахунків із кредиторами коштів або майна, які підлягатимуть розподілу між власниками корпоративних прав. Порядок розподілу між учасниками майна визначається законодавством і установчими документами господарської організації. Власники привілейованих акцій в АТ і вкладники в КТ при розподілі майна товариства між учасниками мають право на першочергове одержання належної їм частки (ч. 3 ст. 83 Закону «Про господарські товариства») [3].

Відповідно до ч. 1, 2 ст. 135 ГК України до організаційно-установчих повноважень належать:

а) право визначати в установчих документах правовий статус господарської організації, а саме: мету і предмет діяльності утвореної господарської організації, структуру господарської організації, склад і компетенцію її органів управління та порядок прийняття ними рішень, закріплення майна за господарською організацією на праві власності або праві господарського відання; склад і порядок використання майна, інші умови господарювання.

б) право здійснювати безпосередньо або через уповноважені органи в межах, встановлених законом, інші управлінські повноваження щодо заснованої організації (брати участь та голосувати на загальних зборах, вносити пропозиції щодо порядку денного, брати участь у формуванні органів управління господарської організації та особисто входити до їх складу, отримувати інформацію про діяльність господарської організації тощо);

в) право приймати рішення про припинення діяльності господарської організації відповідно до вимог ГК України та інших законів [1].

Таким чином, проаналізувавши вищезгадане, можна сказати, що на сьогодні в законодавстві, більш-менш, створені умови для забезпечення ефективного управління державними корпоративним правами. Однак залишаються дискусійними поняття, пов'язані із здійсненням корпоративних прав.

### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. // Офіційний Вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 462
2. Про акціонерні товариства: Закон України від 17.09.2008 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 50-51. — Ст. 2432.
3. Про господарські товариства: Закон України від 19.09.1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 49. — Ст. 682.
4. Кравчук В. М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах. — Львів: Край, 2009. — С. 51.
5. Федькович О. Корпоративні права за законодавством України // Правовий тиждень. — 2009. — № 16 (142).



**Гладкая Екатерина Николаевна**

*студентка Учреждения образования Федерации профсоюзов Беларуси  
«Международного института трудовых и социальных отношений»*

### **НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНЫЕ СДЕЛКИ. ПОСЛЕДСТВИЯ ПРИЗНАНИЯ СДЕЛОК НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНЫМИ**

Сделка — одно из основных понятий гражданского законодательства любого государства. Ежеминутно в мире и в каждой стране совершается множество сделок, порождающих, изменяющих или прекращающих гражданские права или обязанности участников сделки.

Сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей [1, ст. 154].

Сделки используются в самых различных сферах общественной жизни. В повседневной жизни граждане и организации совершают разнообразные сделки, такие как, например, садясь в общественный транспорт и приобретая билет, тем самым мы совершаем сделку и даже не задумываясь об этом, покупаем в магазине товар, заказываем в ателье костюм, обращаемся в сберегательный банк и т.д., за один лишь день мы можем заключать по несколько разных сделок.

Таким образом, сделки — это одно из наиболее распространенных оснований возникновения гражданских прав и обязанностей. При выяснении оснований их возникновения следует обратиться к ст. 7 ГК. Согласно этой статье гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законодательством, а также из действий граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены им, но в силу основных начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности.

В соответствии с этим гражданские права и обязанности возникают: из договоров и иных сделок, предусмотренных законодательством, а также из договоров и иных сделок, хотя и не предусмотренных законодательством, но не противоречащих ему; из актов государственных органов и органов местного управления и самоуправления, которые предусмотрены законодательством в качестве основания возникновения гражданских прав и обязанностей; из судебного решения, установившего гражданские права и обязанности; в результате создания и приобретения имущества по основаниям, не запрещенным законодательством; в результате создания произведений науки, литературы, искусства, изобретений и иных результатов интеллектуальной деятельности; вследствие причинения вреда другому лицу; вследствие неосновательного обогащения; вследствие иных действий граждан и юридических лиц; вследствие событий, с которыми законодательство связывает наступление гражданско-правовых последствий.

Сделка признается действительной, если: по своему содержанию соответствует закону; форма сделки соответствует требованиям закона; сделка совершена дееспособным лицом (сделка юридического лица должна соответствовать его правоспособности); волеизъявление соответствует подлинной воле сторон [2, С. 458].

Недействительная сделка — это действие, направленное на возникновение, изменение или прекращение гражданских правоотношений, но не порождающее правовых последствий желаемых сторонами.

Сделка является недействительной по основаниям, установленным Гражданским кодексом Республики Беларусь либо иными законодательными актами, в силу признания ее таковой судом (оспоримая сделка) либо независимо от такого признания (ничтожная сделка).

Требования об установлении факта ничтожности сделки и о применении последствий ее недействительности могут быть предъявлены любым заинтересованным лицом. Суд вправе установить факт ничтожности сделки и по своей инициативе. В этом случае суд применяет последствия недействительности ничтожной сделки.

Требования о признании оспоримой сделки недействительной могут быть предъявлены лицами, указанными в Гражданском кодексе Республики Беларусь либо в ином законодательном акте, устанавливающем оспоримость сделки.

Статья 182 ГК устанавливает следующие сроки исковой давности по недействительным сделкам: 1) иск об установлении факта ничтожности сделки и о применении последствий ее недействительности может быть предъявлен в течение десяти лет со дня, когда началось ее исполнение; 2) иск о признании оспоримой сделки недействительной или о применении последствий ее недействительности может быть предъявлен в течение трех лет со дня прекращения насилия или угрозы, под влиянием которых была совершена сделка [1, п. 1 ст. 180], либо со дня, когда истец узнал или должен был узнать об иных

обстоятельствах, являющихся основанием для признания сделки недействительной.

Основанием признания сделки недействительной является: не соблюдение сторонами хотя бы одного из условий для действительности сделок влечет их недействительность. В зависимости от того какое из условий действительности сделок нарушено выделяются следующие виды недействительных сделок: 1. с пороками субъектного состава: сделки, совершенные несовершеннолетним до 14 лет; сделки, совершенные несовершеннолетним от 14 до 18 лет без согласия родителей; сделки по распоряжению имуществом без согласия попечителя гражданином ограниченным в дееспособности; гражданином признанным недееспособным; 2. с пороками воли: сделка, совершенная под влиянием заблуждения. Заблуждение должно иметь существенное значение; под влиянием обмана — преднамеренное введение лица в заблуждение относительно обстоятельств, влияющих на решение лица совершить сделку; под влиянием насилия; под влиянием угрозы; под влиянием злонамеренного соглашения представителями одной стороны с другой стороной; совершение сделки в следствие стечения тяжелых обстоятельств на крайне не выгодных условиях, а вторая сторона при этом намерено использует эту ситуацию; 3. с пороками содержания: сделки, которые не соответствуют требованиям законодательства; сделки совершение, которых запрещено законодательством; 4. с пороками формы: оспоримая (к таким сделкам относят сделки, совершенные несовершеннолетним от 14 до 18 лет; сделки юридических лиц, выходящие за пределы их правоспособности; сделки, совершенные ограниченным в дееспособности гражданином); сделки, совершенные под влиянием обмана, угрозы, насилия и т. д.; ничтожная (к таким сделкам можно отнести сделки, совершенные недееспособным, сделки, совершенные несовершеннолетним до 14 лет, сделки с несоблюдением формы и регистрации; сделки совершение которых запрещено законодательством и т.д.); мнимая — это сделка, которая совершена лишь для вида, без намеренья создать какие-либо юридические последствия; притворная — это сделка, которая совершена с целью прикрытия другой сделки.

Недействительная сделка не влечет юридических последствий, за исключением тех, которые связаны с ее недействительностью, и недействительна с момента ее совершения. Однако если из содержания сделки вытекает, что она может быть лишь прекращена на будущее время, суд, признавая сделку недействительной, прекращает ее действие на будущее время [2, С. 468].

При недействительности сделки каждая из сторон обязана возвратить другой все полученное по сделке, а в случае невозможности возвратить полученное в натуре (в том числе тогда, когда полученное выражается в пользовании имуществом, выполненной работе или предоставленной услуге) — возместить его стоимость в деньгах, если иные последствия недействительности сделки не предусмотрены Гражданским кодексом Республики Беларусь либо иными законодательными актами.

Последствия признания сделки недействительной: 1) недействительность сделки, не соответствующей законодательству — сделка, не соответствующая требованиям законодательства, ничтожна, если законодательный акт не устанавливает, что такая сделка оспорима или не предусматривает иных последствий нарушения; 2) недействительность сделки, совершение которой запрещено законодательством — сделка, совершение которой запрещено законодательством, ничтожна. При наличии умысла у обеих сторон такой сделки — в случае исполнения сделки обеими сторонами — в доход Республики Беларусь



взыскивается все полученное ими по сделке, а в случае исполнения сделки одной стороной с другой взыскивается в доход Республики Беларусь все полученное ею и все причитающееся с нее первой стороне (в возмещение полученного) [3, С. 45]. При наличии умысла лишь у одной из сторон такой сделки все полученное ею по сделке должно быть возвращено другой стороне, а полученное последней либо причитавшееся ей в возмещение исполненного взыскивается в доход Республики Беларусь; 3) недействительность мнимой и притворной сделок — мнимая сделка, то есть сделка, совершенная лишь для вида, без намерения создать соответствующие ей юридические последствия, ничтожна. Притворная сделка, то есть сделка, которая совершена с целью прикрыть другую сделку, ничтожна; 4) недействительность сделки, совершенной гражданином, признанным недееспособным — сделка, совершенная гражданином, признанным недееспособным вследствие психического расстройства, ничтожна. Каждая из сторон такой сделки обязана возвратить другой все полученное в натуре, а при невозможности возвратить полученное в натуре — возместить его стоимость в деньгах. Дееспособная сторона обязана, кроме того, возместить другой стороне понесенный ею реальный ущерб, если дееспособная сторона знала или должна была знать о недееспособности другой стороны; 5) недействительность сделки, совершенной несовершеннолетним, не достигшим четырнадцати лет — сделка, совершенная несовершеннолетним, не достигшим четырнадцати лет (малолетним), ничтожна. Каждая из сторон такой сделки обязана возвратить другой все полученное в натуре, а при невозможности возвратить полученное в натуре — возместить его стоимость в деньгах. Дееспособная сторона обязана, кроме того, возместить другой стороне понесенный ею реальный ущерб, если дееспособная сторона знала или должна была знать о недееспособности другой стороны; 6) недействительность сделки юридического лица, выходящей за пределы его правоспособности — сделка, совершенная юридическим лицом в противоречии с целями его деятельности либо юридическим лицом, не имеющим специального разрешения (лицензии) на занятие соответствующей деятельностью, может быть признана судом недействительной по иску учредителя (участника) этого юридического лица или государственного органа, осуществляющего контроль или надзор за деятельностью юридического лица, если другая сторона в сделке знала или в силу акта законодательства обязана была знать о ее неправомерности, но заключила такую сделку умышленно или по неосторожности; 7) недействительность сделки, совершенной несовершеннолетним в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет — сделка, совершенная несовершеннолетним в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет (кроме полностью дееспособного) без согласия его родителей, усыновителей или попечителя, в случаях, когда такое согласие требуется; 8) недействительность сделки, совершенной гражданином, не способным понимать значение своих действий и руководить ими — сделка, совершенная гражданином, хотя и дееспособным, но находящимся в момент ее совершения в таком состоянии, когда он не был способен понимать значение своих действий или руководить ими, может быть признана судом недействительной по иску этого гражданина либо иных лиц, чьи права или охраняемые законодательством интересы нарушены в результате ее совершения. Сделка, совершенная гражданином, впоследствии признанным недееспособным, может быть признана судом недействительной по иску его опекуна, если доказано, что в момент совершения сделки гражданин не был способен понимать значение своих действий или руководить ими. Если сделка признана недействительной на основании настоящей статьи, соответственно каждая из сторон такой сделки

обязана возвратить другой все полученное в натуре, а при невозможности возвратить полученное в натуре — возместить его стоимость в деньгах. Дееспособная сторона обязана, кроме того, возместить другой стороне понесенный ею реальный ущерб, если дееспособная сторона знала или должна была знать о недееспособности другой стороны; 9) недействительность сделки, совершенной гражданином, ограниченным судом в дееспособности — сделка по распоряжению имуществом, совершенная без согласия попечителя гражданином, ограниченным судом в дееспособности вследствие злоупотребления спиртными напитками, наркотическими средствами или психотропными веществами, может быть признана судом недействительной по иску попечителя. Если такая сделка признана недействительной, применяются следующие последствия: Каждая из сторон такой сделки обязана возвратить другой все полученное в натуре, а при невозможности возвратить полученное в натуре — возместить его стоимость в деньгах. Дееспособная сторона обязана, кроме того, возместить другой стороне понесенный ею реальный ущерб, если дееспособная сторона знала или должна была знать о недееспособности другой стороны [2, С. 470].

Сделки, совершенные под влиянием заблуждения или совершенные под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной или вследствие стечения тяжелых обстоятельств могут быть признаны недействительными по иску стороны, действовавшей под влиянием выше указанных факторов.

Таким образом, можно сделать несколько выводов, а именно: действительной является сделка, если она по своему содержанию и по форме соответствует закону, если сделка совершена дееспособным лицом (сделка юридического лица должна соответствовать его правоспособности), а также, когда волеизъявление соответствует подлинной воле сторон. В свою очередь недействительная сделка — это действие, направленное на возникновение, изменение или прекращение гражданских правоотношений, но не порождающее правовых последствий желаемых сторонами. Последствия признания сделки недействительной могут быть весьма разнообразны. По общему правилу такие сделки признаются ничтожными.

### **ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:**

1. Гражданский кодекс Республики Беларусь: принят Палатой представителей 28 октября 1998 г.: одобрен Советом Республики. 19 ноября 1998 г.: текст Кодекса по состоянию на 15 марта 2010 г. — Мн. : Амалфея, 1999. — 704 с.
2. Гражданское право: Учебник. В 2 ч. Ч. 1 / [под общ. ред. В. Ф. Чигира. — Мн. : Амалфея, 2000. — 976 с.
3. Маньковский И. А. Способы участия организации со статусом юридического лица в гражданско-правовых отношениях: проблемные вопросы теории и практики // Юстыцыя Беларусі. — 2011. — № 3. — С. 44–47.



**Гринько Павло Олександрович**

*асистент кафедри спеціально-правових дисциплін Полтавського юридичного інституту Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*

## **ДО СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ПРАВозДАТНІСТЬ», «СУБ`ЄКТИВНЕ ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО» ТА «СЕКУНДАРНЕ ПРАВО»**

1. До складних питань, що виникають у вітчизняній науці цивільного права, відноситься проблема правової природи секундарних прав, яка на сьогодні є однією з найменш розробленою. Безумовно, це суто теоретична проблема, але розв'язання її допоможе розширити знання щодо того обсягу правових можливостей, які мають суб'єкти цивільних відносин при наявності тих чи інших обставин. У свою чергу це дозволить обрати адекватні способи захисту усіх правових можливостей суб'єктів цивільних відносин у разі їх порушення.

Труднощі, пов'язані з дослідженням категорії секундарних прав носять, перш за все, суто методологічний характер, оскільки довгий час в доктрині права перемагала точка зору, що немає практичної необхідності в «примноженні сутностей», оскільки відносини усіх учасників можуть бути пояснені за допомогою звичних конструкцій (правоздатності, суб'єктивного права — П. Г.) [1, С. 22-23]. Проте, найбільш продуктивною слід вважати точку зору тих правників, які вважають, що в приватному праві юридичні конструкції покликані не тільки забезпечувати визначеність і надійність юридичного регулювання, а й широкий діапазон юридичних можливостей суб'єктів. Саме тому в рамках діючого правопорядку існує загальний дозвіл конструювання «своїх» (нових — П. Г.) моделей, але, як уточнює С. С. Алексєєв, належного їх рівня [2, С. 13-14]. Тобто, будь-яка запропонована юридична модель (конструкція), категорія повинні сприяти поглибленій розробці основних проблем науки цивільного права, а також можливості вирішення конкретних практичних завдань.

2. Поділяючи позитивний погляд на виокремлення такої правової можливості як секундарні права, слід зазначити, що на сьогодні в цивілістиці існують дві опозиційні доктрини щодо категорії секундарних прав: *негативна*, представники якої заперечують їх існування, та *позитивна*, представники якої наполягають на тому, що окрім вже добре відомих правових можливостей суб'єктів (правоздатності, суб'єктивного права) до останніх слід відносити і секундарні права. Проте, навіть і для цієї групи вчених питання щодо правової природи секундарних прав залишається спірним, і залежить від розуміння суб'єктивного права.

У цивільно-правовій думці склалися два протилежних погляди на розуміння суб'єктивного права, а екстраполювання їх на сутність секундарних прав дала наступні результати. Заперечення окремими ученими можливості існування суб'єктивних цивільних прав, не забезпечених обов'язками, вимагає від них визнання секундарних прав чимось іншим у порівнянні з суб'єктивними цивільними правами, зокрема, правомочністю, що спрямована на зміну юридичного положення особи; проявом динамічної правоздатності; особливою правовою можливістю; правомочністю, пов'язаною з дією зобов'язального правовідношення; певною часткою суб'єктивного права, яка становить основу для здійснення односторонніх волевиявлень, спрямованих на зміну або припинення правовідносин; особливою правомочністю, яка стоїть між правоздатністю і суб'єктивним правом; подібним, але не тотожним суб'єктивному праву поняттям;

самостійною, проміжною між правоздатністю і суб'єктивним правом категорією; прообразом права і т. ін. (А. Вормс, М. М. Агарков, О. Г. Певзнер, М. І. Брагінський, В. Ф. Яковлев, С. С. Алексеев, Е. М. Денісевич, Ф. О. Богатирьов, К. І. Скловський, І. А. Михайлова, І. Й. Красько та інші).

Між тим можливість існування суб'єктивних цивільних прав, не забезпечених в правовідношенні обов'язками, яку відстоює певна група учених (В. А. Белов, О. Б. Бабаєв та інші), дає змогу розглядати секундарні права як суб'єктивні цивільні права (С. М. Братусь, Б. Б. Черепакін, О. Б. Бабаєв, О. Томарова).

3. Для того, щоб дати відповідь на запитання, що ж представляє собою секундарне право як суб'єктивна правова можливість, необхідно з'ясувати, що слід розуміти під суб'єктивним цивільним правом? В свою чергу відповідь на це питання залежить від розуміння такої правової можливості суб'єкта як правоздатність.

Відомо, що римське право не знало таких категорій як правоздатність та суб'єктивне право, між тим здатність (можливість) людини бути суб'єктом права (правоздатність у сучасному розумінні) не була її біологічною властивістю, вона стала належати людині у силу приписів закону. Як зазначається у літературі, правоздатність — продукт юридичної техніки, категорія права [3, С. 42]. Поступово коло продуктів юридичної техніки (категорій) зростало, що на певному етапі привело до виокремлення такої правової можливості особи як суб'єктивне право.

Слід зазначити, що дореволюційні російські вчені характеризували правоздатність як незмінну абстрактну можливість особи мати права і обов'язки. У 20-х роках минулого століття П. І. Стучка вказував, що особа, перш за все, повинна бути правоздатною, тобто мати законне право бути суб'єктом права, а звідси правоздатність її — це властивість (право), яка делегована, передоручена людині державою [4, С. 183]. Пізніше вже М. М. Агарков зазначав, що будь-яка особа в силу закону володіє правоздатністю як абстрактною можливістю мати права, котра при наявності певних юридичних фактів перетворюється у повноцінне суб'єктивне право, яке і стає елементом відповідного правовідношення [5, С. 70-73]. Поділяючи такий підхід, С. М. Братусь вказував, що правоздатність це ще не суб'єктивне право, а лише здатність особи бути суб'єктом прав та обов'язків, а саме загальна передумова правоволодіння [6, С. 5-6, 13]. О. О. Красавчиков, погоджуючись із цим, додавав, що відсутність (обмеження) правоздатності свідчить про неможливість набуття прав не тільки взагалі, але навіть частково [7, С. 39-40, 42-43].

У сучасних умовах зазначена точка зору є усталеною і при останній кодифікації цивільного законодавства України була врахована розробниками Цивільного кодексу України 2003 р. (далі — ЦК України), в ч. 1 ст. 25 якого зазначається, що цивільна правоздатність, яку мають усі фізичні особи, це їх здатність мати цивільні права та обов'язки. За певним виключенням це відноситься і до юридичних осіб (ч. 1 ст. 91 ЦК України).

Проте у доктрині права зустрічається визначення правоздатності як свого роду самостійного суб'єктивного права, змістом якого є юридична можливість мати будь-які права і обов'язки, що дозволені законом. Правда, прибічники цієї точки зору одночасно зазначають, що правоздатність як суб'єктивне право не можна ототожнювати із конкретними суб'єктивними правами, які виникають у результаті її реалізації відповідно до закону і на підставі конкретних юридичних фактів [8, С. 6]. Вважаємо, що для розуміння правоздатності як продукту юридичної техніки

сьогодення, такий підхід є неприйнятним, оскільки одразу ж виникає питання щодо того навіщо під одним терміном об'єднувати різні правові можливості особи, а потім роз'яснювати, у яких випадках йдеться саме про правоздатність як суб'єктивне право, а у яких — про конкретне суб'єктивне право особи, яке вже їй належить?

Безумовно, правоздатність і суб'єктивне право пов'язані між собою і, перш за все тим, що входять до такого елементу структури цивільно-правового механізму регулювання як правові можливості суб'єктів. Ми поділяємо точку зору Б. М. Мезріна, що структурі цивільно-правового механізму регулювання притаманні не тільки динамічні, а й статичні стани, а також моменти переходу від одного стану до іншого, тобто структура зазначеного механізму містить такі елементи (динамічні, перехідні й статичні): правові наслідки, можливості їх наступу, правові можливості суб'єктів [9, С. 188-189]. Але це самостійні правові можливості суб'єктів цивільно-правових відносин. Саме реалізація правоздатності як абстрактної правової можливості при наявності певних юридичних фактів породжує у особи суб'єктивне право (суб'єктивний обов'язок), тобто зовсім іншу правову можливість. Правоздатність це зовнішня і самостійна правова можливість по відношенню до суб'єктивного права (обов'язку) особи, це правоволодіння, але, як зазначається у літературі, у абстрактному, нереальному вигляді. При цьому хоча правоздатність рівною мірою належить усім без винятку особам, кожна з цих осіб окремо володіє рівною за обсягом і змістом правоздатністю.

Вважаємо, що до характерних ознак правоздатності як самостійної правової можливості слід віднести: *по-перше*, її загальний характер, оскільки в однаковій мірі вона проявляється по відношенню до виникнення будь-яких суб'єктивних прав і обов'язків особи і завжди є необхідним елементом для цього; *по-друге*, її неконкретизованість, яка полягає у тому, що здатність мати цивільні права і обов'язки ще не породжує автоматичного набуття певного суб'єктивного права (обов'язку), оскільки відсутня прив'язка абстрактної здатності мати суб'єктивне право до юридичного факту, який і є тією підставою, що породжує виникнення певних суб'єктивних прав (обов'язків) особи; *по-третє*, вона не породжує права вимоги відповідної поведінки від інших осіб, що є ознакою конкретного суб'єктивного права особи.

Щодо суб'єктивного права, то у доктрині права усталеним є погляд на цю правову категорію як юридично визначену міру можливої поведінки управомоченої особи з метою задоволення потреб (інтересів) останньої. Проте існують й інші точки зору. Так, О. О. Поротікова вважає суб'єктивне право сферою зовнішньої свободи особи, яка окреслена правовими нормами [8, С. 13]. Але, на наш погляд, навіть зауваження вченої, що поняття права як свободи відноситься до тих понять, які не потребують роз'яснення, оскільки тлумачиться однозначно, не додають нічого до того, що свобода — це усвідомлена необхідність розпоряджатися своїми можливостями. Тому, навряд чи існує різниця між розумінням суб'єктивного права як юридично визначеної міри можливої поведінки управомоченої особи і розумінням його як сфери зовнішньої свободи особи, що окреслена правовими нормами.

Вважаємо, що *суб'єктивне право — це існуюча у силу приписів закону правова можливість конкретної поведінки управомоченої особи з метою задоволення своїх потреб (інтересів), яка забезпечена обов'язками інших осіб*. Саме таке визначення у контексті характеристики секундарних прав дозволяє віднести до характерних ознак суб'єктивного права як правової можливості наступне: 1) приналежність особі права у силу закону; 2) повноваження

управомоченої особи (конкретна поведінка в здійсненні дій або утриманні від здійснення таких дій), за правило, чітко визначені в законі, що забезпечує реалізацію їх у певних межах або, якщо інше не передбачено ним, визначаються самою особою; 3) можливість поведінки управомоченої особи по здійсненню правомочностей (варіативність поведінки) повністю залежить від її волі, тобто суб'єкт розглядається як особа, що управляє своїм правом; 4) призначення суб'єктивного права — задоволення потреб (інтересів) управомоченої особи із дотриманням прав й інтересів інших осіб, що характеризує спрямованість цієї правової можливості; 5) включає до свого складу можливість вимагати належної поведінки від зобов'язаних осіб та можливість його захисту при порушенні.

На відміну від правоздатності, яка є властивістю кожного з суб'єктів права, суб'єктивне право виникає в учасників того чи іншого правовідношення, при наявності визначених юридичних фактів, і вимагає належної поведінки від зобов'язаних осіб. Звідси, не можна погодитися з тим, що існують суб'єктивні цивільні права, не забезпечені в правовідношенні обов'язками, і, як наслідок, розглядати секундарні права як суб'єктивні цивільні права.

4. Вважаємо, що секундарні права — це окрема група прав (правових можливостей) особи втручатися в чужу правову сферу шляхом одностороннього волевиявлення з метою досягнення правового результату (пропозиція особи укласти договір (оферта); право на прийняття спадщини; одностороннє заволодіння річчю з наміром привласнення; право вибору в альтернативному зобов'язанні; право на односторонню відмову від зобов'язання тощо). Причому, якщо елементом правоздатності є можливість особи своєю дією змінювати лише власну правову сферу, зміст секундарного права становить можливість в односторонньому порядку змінювати чужу правову сферу, породжуючи певні юридичні наслідки або запобігаючи настанню невігідних юридичних наслідків.

До характерних ознак секундарного права як правової можливості слід віднести наступне: 1) зазначеному праву не протистоїть обов'язок, як це має місце у класичній моделі правовідношення; 2) його реалізація відбувається через одностороннє волевиявлення особи; 3) воно спрямовано на виникнення, зміну чи припинення суб'єктивних прав; 4) наслідки його здійснення відбиваються на інтересах визначеної особи, яка перебуває у стані «претерпівання».

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Захаров Ю., Фогельсон Ю. Право требования кредитора в договорах в пользу третьего лица // Хозяйство и право. — 2001. — № 10. — С. 21-24.
2. Алексеев С. С. Юридические конструкции — ключевое звено права // Цивилистические записки. Межвузовский сборник научных трудов. — М.: Статут, 2002. — С. 5-20.
3. Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. — Рига: Зинатне, 1976. — 231 с.
4. Стучка П. И. Курс советского гражданского права. — М., 1927 — Т. I. — 223 с.
5. Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. — М.: Юриздат НКЮ СССР, 1940 — 192 с.
6. Братусь С. Н. Курс советского гражданского права. Субъекты гражданского права. — М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1950. — 367 с.
7. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. — М.: Госюриздат, 1958. — 182 с.

8. Грибанов В. П. Основные проблемы осуществления и защиты гражданских прав: Автореф. дис. ... д-ра юрид. Наук: 12.00.03. — М.: Изд-во МГУ, 1970. — 28 с.

9. Мезрин Б. М. Место гражданской правосубъектности в механизме правового регулирования. Антология уральской цивилистики. 1925 — 1989: Сборник статей. — М.: Статут, 2002. — С. 183–190.

10. Поротикова О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. — М.: Волтерс Клувер, 2007. — 117 с.



**Гришина Ірина Ігорівна**

*викладач кафедри правових основ підприємницької діяльності Навчально-наукового інституту права та масових комунікацій*

## **ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АКЦІОНЕРНОГО ТОВАРИСТВА ТА ЇЇ ОСОБЛИВОСТІ**

Витрати майбутнього акціонера, пов'язані з інвестуванням в акціонерне товариство (далі — АТ), повинні в певній мірі компенсуватися обов'язками товариства по відношенню до акціонера. Існування прав акціонерів обумовлює наявність відповідних обов'язків з боку товариства, яке своїми діями повинно забезпечити реалізацію акціонерами своїх прав. Чинне законодавство приділяє мало уваги відповідальності такого важливого суб'єкта акціонерних правовідносин, як АТ. Корпоративне законодавство встановлює різні види корпоративних обов'язків товариства, але не передбачає при цьому відповідальність за їх невиконання. У зв'язку з цим акціонерам доволі складно здійснювати захист своїх прав у цивільно-правовому порядку. Це пов'язано зі складністю доказування наявності причинно-наслідкового зв'язку між діями товариства та спричиненням шкоди його акціонерам [1, С. 458].

Законодавчо закріплений принцип відповідальності товариства за своїми зобов'язаннями усім належним йому майном (ст. 96 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) [2], ч. 2 ст. 3 Закону України «Про акціонерні товариства» [3]). Крім того, встановлено, що товариство не відповідає за зобов'язаннями своїх акціонерів. Однак із загального принципу, що передбачає майнову незалежність АТ від зобов'язань акціонерів є виключення, що пов'язане з особливим періодом в діяльності товариства — його заснуванням. Товариство вважається створеним з дня внесення відповідного запису в Єдиний державний реєстр юридичних осіб (ч. 3 ст. 3 Закону України «Про акціонерні товариства»). Однак під час створення товариства його засновники можуть понести значні витрати, пов'язані з вчиненням відповідних дій. У зв'язку з цим законодавець передбачає можливість перенесення тягаря відповідальності безпосередньо на товариство, що є за можливим лише за умови схвалення дій засновників загальними зборами акціонерів (ч. 2 ст. 12 Закону України «Про акціонерні товариства»).

Особливе значення для акціонерних правовідносин має відповідальність АТ за ведення та збереження реєстру акціонерів. Саме товариство, а не реєстратор повинен відповідати за невиконання або неналежне виконання зобов'язання по веденню та збереженню реєстру акціонерів [1, С. 459]. За дії реєстратора перед своїми акціонерами відповідальність несе товариство, оскільки саме воно доручає

ведення реєстру реєстратору (характерні ознаки має договір доручення ст. 1000 ЦК України).

Акціонери як власники товариства повинні мати право вирішувати найважливіші питання діяльності товариства. Рішення з таких питань повинні прийматися вищим органом товариства — загальними зборами акціонерів. АТ повинно нести відповідальність за не проведення або несвоєчасне проведення загальних зборів акціонерів, за ненадання, несвоєчасне надання або надання неправдивої інформації та документів, що стосуються порядку денного загальних зборів акціонерів. Незважаючи на те, що Закон України «Про акціонерні товариства» (ч. 1 ст. 36) уточнює які саме документи відносяться до числа тих, що пов'язані з порядком денним загальних зборів, як, коли і де з такими документами може ознайомитися акціонер, відповідальності АТ за невиконання покладених на нього відповідних обов'язків не приділяється жодної уваги.

Законом та іншими нормативними актами передбачений обов'язок АТ по веденню, наданні та забезпеченню доступу до інформації про діяльність товариства. В юридичній науці [4, С. 123-124] існує думка про те, що АТ зобов'язане: здійснювати ведення, а також здійснювати контроль за достовірністю фінансових та інших документів товариства, зокрема тих, що надаються акціонерам та друкуються в засобах масової інформації; зберігати внутрішні документи товариства, в місці доступному та відомому акціонерам та іншим особам; забезпечувати доступ акціонерів до документів, з якими вони мають право ознайомлюватися; надавати на вимогу акціонерів копії документів; подавати на розгляд та затвердження ревізійної комісії (ревізора) товариства річний фінансовий звіт; опубліковувати в засобах масової інформації доступні для всіх акціонерів документи та іншу інформацію, передбачену законодавством.

Одним з основних питань, які підіймаються міноритарними акціонерами, є участь в розподілі прибутку і отримання дивідендів за підсумками роботи АТ. Як правило, власники великих пакетів акцій, не зацікавлені у виплаті дивідендів міноритаріям, що у свою чергу є грубим порушенням у сфері корпоративних правовідносин. В законі не передбачена відповідальність товариства як за порушення строків виплати дивідендів, так і за їх невиконання взагалі. А навпаки ЦК України та Закон України «Про акціонерні товариства» визначають навіть конкретні випадки, в яких товариству заборонено виплачувати дивіденди акціонерам. Виходячи з положень Закону, ризик не отриманого у процесі діяльності АТ прибутку несе акціонер у межах належних йому акцій. І оскільки право акціонера на отримання дивідендів не підкріплюється відповідальністю товариства за їх невиконання, то фактично його захист є проблематичним.

Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку (далі — ДКЦПФР) «Про затвердження Положення про порядок збільшення (зменшення) розміру статутного фонду акціонерного товариства» № 387 від 22.02.2007 р. передбачає неможливість у майбутньому порушення переважного права акціонерів на придбання додатково випущених акцій, але не передбачає в якому випадку і яку саме відповідальність повинно нести АТ за невиконання або неналежне виконання покладеного на нього обов'язку. Усі власники простих акцій мають однакове переважне право на придбання акцій нового випуску. Недотримання АТ переважного права акціонерів на придбання акцій додаткової емісії може стати підставою для відмови ДКЦПФР в реєстрації випуску акцій. Товариство не може встановлювати будь-які обмеження на відчуження акціонером своїх акцій або примушувати їх продавати.



Оскільки АТ є самостійним суб'єктом цивільно-правових, в тому числі й корпоративних, відносин, то, відповідно, така особа повинна самостійно відповідати за своїми зобов'язаннями. До проблемних аспектів відповідальності АТ в корпоративних відносинах можна віднести:

1) відсутність чіткої системи обов'язків перед акціонерами, що повинно бути відображено у відповідній статті Закону України «Про акціонерні товариства»;

2) відсутність механізму захисту прав акціонерів, що іноді має прояв у зловживанні правами посадовими особами органів управління АТ, що має безпосереднє відношення до зміни правового становища самого товариства.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Корпоративное право: учеб. для студентов вузов, обучающихся по направлению «Юриспруденция» / [отв. ред. И. С. Шиткина]. — М.: Волтерс Клувер, 2007. — 648 с.

2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40. — Ст. 356.

3. Про акціонерні товариства: Закон України від 17.09.2008 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 50, № 50-51. — Ст. 384.

4. Правовое регулирование деятельности акционерных обществ (Акционерное право): учебное пособие / [под ред. канд. юрид. наук, доцента Е. П. Губина]. — М.: Зерцало, 1999. — 256 с.



**Гужва Антон Миколайович**

*старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна*

#### **ЗАХИСТ ІНТЕРЕСУ ПОКУПЦЯ У ВИПАДКУ ЕВІКЦІЇ ЗА РИМСЬКИМ ПРАВОМ**

У сучасному цивільному праві України передбачається охорона інтересу покупця у разі відсудження у нього речі. Так, у ст. 661 ЦК України зазначено, що у разі вилучення за рішенням суду товару у покупця на користь третьої особи на підставах, що виникли до продажу товару, продавець має відшкодувати покупцеві завдані йому збитки, якщо покупець не знав або не міг знати про наявність цих підстав. Отже, розмір відповідальності продавця за позовом покупця у разі евікції обмежується у сучасному законодавстві України лише вказівкою на обов'язок відшкодування збитків. Але що можна зарахувати до складу збитків законодавець не згадує.

По-іншому це питання було вирішено римськими юристами. У римському праві питання відповідальності продавця за позовом внаслідок евікції має довгу історію. Тому для належної оцінки цього питання у сучасності варто звернутись до вивчення досвіду права Стародавнього Риму.

Евікція речі у покупця могла відбутися через те, що отримавши річ не у власника (напр., від наймача), він відповідав за віндикаційним позовом перед власником, внаслідок чого позбавлявся володіння річчю. Відоме римське правило «*Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam, ipse habet*» — «Ніхто не може

передати іншому більше прав, ніж має сам» — було непорушним. Той, хто купляв річ не у власника, не отримував права власності на річ.

Виключеннями з цього правила були ті випадки, коли річ продавав представник (напр., опікун) або кредитор, який реалізовував своє право розпорядитися предметом застави. Але навіть ці випадки не можна назвати виключенням, бо тут продавець був уповноважений на це власником і реалізовував річ немовби від імені останнього. Однак римське право передбачало також захист володіння покупця, який отримав річ від неуповноваженого традента. Мається на увазі випадки, коли річ переходила від імператорської скарбниці (фіску). Юстиніан розповсюдив цей привілей також на імператорів та імператриць. У джерелах римського права не говориться, що у цьому випадку вказані особи мали право на відчуження речі: покупцю лише гарантовано, що власник не може подавати до останнього позови. Натомість до фіску, який неправомірно продав річ, мав право упродовж чотирьох років подавати позови про відшкодування збитків сам власник [1, С. 14, 15].

Спочатку у римському праві відповідальність за евікцію виникала на підставі позовів з манципації чи стипуляції. Якщо купівлю-продаж було здійснено шляхом манципації або продавець надав обіцянку покупцеві сплатити подвійну вартість речі у разі її евікції (подвійну стипуляцію), то питань щодо розміру відшкодування не могло виникнути: продавець внаслідок евікції за позовами з манципації чи з подвійної стипуляції повинен був відшкодувати покупцеві подвійну вартість речі. Якщо речі не мали великої вартості, то продавець у разі евікції обіцяв сплатити просту вартість речі (*stipulatio habere licere*), тобто надавав стипуляцію про дозвіл володіти. У римському праві покупець не був зобов'язаний передати за договором купівлі-продажу річ у власність, а повинен лише гарантувати безтурботне володіння (*vacua possessio*). Володіючи річчю, покупець міг стати власником через набувальну давність. Тобто, відповідальність у продавця виникала у випадку втрати володіння купленої речі покупцем внаслідок судового процесу. До втрати володіння дорівнювався випадок, коли покупцеві необхідно було зробити витрати, щоб залишити річ за собою.

У класичний період римського права відповідальність ґрунтувалася безпосередньо на позові з купівлі. Він був можливий за наявності умислу, тобто коли продавець знав, що об'єкт продажу йому не належить чи є обтяжений іншим правом, або коли продавець окремо гарантував, що товар є вільний від певних прав інших осіб. З часів юриста Юліана, позов з купівлі був можливий у разі евікції незалежно від того, чи був умисел з боку продавця.

На відміну від позовів, які ґрунтувалися на манципації або стипуляції, де розмір відшкодування був точно визначений подвійною вартістю речі, позов з купівлі був направлений на відшкодування інтересу, або точніше буде сказати, що римські юристи визначали розмір відшкодування формулами «*quanti interest*», «*quod interest*» — у розмірі інтересу, наскільки є інтерес<sup>9</sup>.

Отже, відповідь на питання про межі відповідальності продавця внаслідок евікції можна отримати через з'ясування змісту «*quanti interest*».

Найбільш розповсюджений результат евікції полягав у тому, що покупець втрачав куплену річ. Продавець відповідав за позовом, як вказано у джерелах, «*quanti interest*», тобто у розмірі інтересу покупця у тому, щоб річ не було витребувано за евікцією. Однак питання про те, чи міг покупець вимагати

<sup>9</sup> D. 21.2.70 Paulus 5 *quaest.*: Evicta re ex empto actio non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit: ergo et, si minor esse coepit, damnum emptoris erit. — (Внаслідок евікції позов з купівлі спрямований не на повернення ціни, але на те, що складає інтерес, оскільки, якщо покупець отримав менше, то він зазнає збитку).

вартість речі на момент евікції або базою для оцінки втрати покупця була ціна продажу залишається відкритим у романістиці. У текстах вказується, що покупець міг вимагати у судовому порядку «*quanti tua interest rem evictam non esse*» — наскільки у твоєму інтересі, щоб річ не було вилучено за евікцією, або «*omne quod interest emptoris servum non evinci*» — весь інтерес покупця у тому, щоб раба не було вилучено за евікцією. Наприклад, римський юрист Юліан, розглядаючи випадок з евікцією рабів, зараховує до змісту інтересу покупця не лише володіння рабом, але й те що можна було отримати через цього раба<sup>10</sup>.

Сучасні правознавці і романісти називають це «позитивний інтерес», тобто те, що суддя повинен був оцінити інтерес позивача (покупця) у володінні річчю. На думку Р. Цімермана, у результаті судового процесу треба було з фінансової точки зору повернути покупця у той стан, у якому він би залишився, якщо б річ не було у нього вилучено за евікцією [2, С. 299].

Крім того, ціна купівлі була непоганим індикатором вартості проданого товару, і подвійна покупна ціна, як правило, компенсувала усе те, що він сподівався отримати за договором. Але внаслідок евікції позов покупця був направлений не лише на повернення ціни, але й на те, що складало інтерес. Якщо ціна речі зменшувалась з часу її продажу, то інтерес був менше за покупну ціну, внаслідок чого покупець зазнавав збитку. Якщо мала місце евікція не повна, а часткова, то і відшкодування покупцеві надавалося у відповідному розмірі (D. 21.2.1). Якщо буде витребувана за евікцією частина земельної ділянки, то при задоволенні позову враховувалася якість тієї частини ділянки, яку втрачав покупець<sup>11</sup>.

На думку Б. Віндшейда [3, С. 344], для визначення інтересу мав значення час евікції і відраховувалося усе те, що покупець вже отримав від користування річчю. Внаслідок евікції речей, визначених родовими ознаками, покупець міг вимагати за вибором або відшкодування збитків у розмірі інтересу або надання аналогічної речі.

Якщо покупець здійснив витрати за час володіння купленою річчю, ці витрати також входили до змісту інтересу за позовом з купівлі<sup>12</sup>. Якщо володіння річчю втрачає вже не сам покупець, а той, кому він річ вже передав, то за покупцем зберігається право вимоги до продавця за умови, що у покупця є інтерес до володіння річчю третьою особою (наприклад, якщо куплена річ була надана покупцем у якості приданого: *interest enim patris filiam dotatam habere*) [3, С. 343].

Евікція могла завдати шкоду не лише покупцю, але також його правонаступникам. Для цього у преторській практиці існувала ексцепція (застереження) про продану й передану річ. Вона захищала покупця, який мав манциповані речі лише у володінні, проти продавця, який міг звернутись до віндикації. Ця ексцепція переходила також до правонаступників та наступних покупців. Гермогеніан стверджує, що, навіть якщо річ не передано, ексцепція про

<sup>10</sup> D. 21.2.8, Iulianus libro 15 *digestorum*: Venditor hominis emptori praestare debet, quanti eius interest hominem venditoris fuisse. Quare sive partus ancillae sive hereditas, quam servus iussu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest: et sicut obligatus est venditor, ut praestet licere habere hominem quem vendidit, ita ea quoque quae per eum adquiri potuerunt praestare debet emptori, ut habeat. — (Продавець раба повинен був надати покупцеві, наскільки у його інтересі, щоб цей раб належав продавцю. Оскільки або плід рабині або спадок, володіння яким прийняв раб за наказом покупця, можна витребувати за позовом з купівлі, то продавець зобов'язаний надати як володіння рабом, якого він продав, так і те, що покупець через цього раба міг отримати).

<sup>11</sup> D. 21.2.66.3, Papinianus libro 28 *quaest.*: ...ut quanti sua interest actor consequatur, scilicet ut melioris aut deterioris agri facti causa finem pretii, quo fuerat tempore divisionis aestimatus, deminuat vel excedat. — (... позивач буде вимагати за позовом у розмірі свого інтересу; звичайно, він зменшить або збільшить ціну, за яку була оцінена ділянка під час розділу, в залежності від того, чи буде справа стосуватися кращої ділянки поля або гіршої).

<sup>12</sup> C. J. 8.44.9: Sin autem evictum erit, a venditrice successorisve eius consequeris, quanti tua interest: in quo continetur etiam eorum persecutio, quae in rem emptam a te, ut melior fieret, erogata sunt. — (Якщо буде витребувано за евікцією, ти будеш вимагати за позовом продавця або його правонаступників у розмірі твого інтересу: судове переслідування їх полягає у тому, щоб твої витрати, зроблені на куплену річ, були відшкодовані).

продану та передану річ захищатиме правонаступників. Інтерес першого покупця у цьому випадку буде у тому, щоб річ у наступного покупця не було витребувано за евікцією<sup>13</sup>.

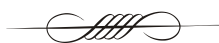
Треба вказати, що відшкодування інтересу — одна з характеристик позову з купівлі як позову доброї совісти (*bonae fidei*). В одному з фрагментів Дигест Юстиніана прямо вказується на відшкодування інтересу як властивість позову з купівлі (D.21.2.60). С. А. Муромцев, як представник історичної школи, пов'язує таке співвідношення з розвитком індивідуалізму у римській юриспруденції. У випадку розгляду суддями позовів *bonae fidei* суддям було надано можливість оцінювати за справедливістю і доброю совістю (*ex bono et aequo aestimandi*) (Inst. J.4.6.30). Зокрема, він писав: «В противоположность стоимости вещи (формула: *quanti ea res est* и др.), судья должен был оценить совокупность всех невыгодных (для истца) последствий неправомерного события, ответственность за которое право возлагало на ответчика; другими словами, определению подлежала отрицательная цена сказанного события. Эту последнюю мысль выражала обычная формула: *quanti interest*» [4, С. 475].

Отже, римські юристи ретельно, з урахуванням усіх деталей розробляли можливі варіанти захисту інтересу покупця внаслідок евікції. У різні періоди історії римського права вказана мета досягалася різними правовими засобами: здійсненням манципації, подвійною стипуляцією, стипуляцією про дозвіл володіти, позовом з купівлі. Причому у судовому рішенні за позовом з купівлі, яке було рішенням доброї совісти, враховувався саме інтерес покупця у володінні річчю, який римські юристи виражали формулою «*quanti interest*», змістом якої була не лише проста вартість речі, але й те, що покупець міг отримати, якби евікції не відбулося. Так, приймалися до уваги як неотримані доходи, так і судові витрати, які зробив покупець задля судового процесу, а також чи був витребуваний увесь товар, чи лише частина, доходи, отримані покупцем за час користування річчю, вартість товару на момент евікції. Було також передбачено порядок притягнення і участі продавця у судовому процесі.

Досвід римської юриспруденції щодо захисту інтересу покупця внаслідок евікції речі може бути взірцем захисту інтересів кредитора у договірних зобов'язаннях для сучасного цивільного права України.

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Трепицын И. Н. Приобретение движимостей в собственность от лиц, не имеющих права на отчуждение. — Варшава: Тип. Варш. Учеб. Округа, 1907 — 592 с.
2. Zimmermann R. The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition. — Oxford: University Press, 1990. — 588 p.
3. Виндшейд Б. Об обязательствах по римскому праву. — СПб.: Тип. А. Думашевского, 1875. — 593 с.
4. Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима / [отв. ред. А. Д. Рудоквас]. — М. : Статут, 2003. — 684 с.



<sup>13</sup> D. 21.3.3pr., Hermogenianus 6 iuris *epit.*: Exceptio rei venditae et traditae non tantum ei cui res tradita est, sed successoribus etiam eius et emptori secundo, etsi res ei non fuerit tradita, proderit: interest enim emptoris primi secundo rem non evinci. — (Експеція про продану та передану річ не тільки допоможе тому, кому ця річ передана, але також його правонаступникам і наступному покупцю, навіть якщо річ не передано: інтерес першого покупця є у тому, щоб у наступного річ не було витребувано за евікцією).

**Жорнокуй Валентина Григорьевна**  
*преподаватель кафедры гражданско-правовых дисциплин учебно-научного  
института права и массовых коммуникаций Харьковского национального  
университета внутренних дел*

## **ОСОБЕННОСТИ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВОМОЧИЯ НА ПОЛУЧЕНИЕ ИНФОРМАЦИИ В АКЦИОНЕРНЫХ ОБЩЕСТВАХ**

Правомочие на получение информации о деятельности общества обеспечивает возможность участнику общества осуществлять контроль за деятельностью организации и является гарантией надлежащего осуществления ним других корпоративных правомочий в рамках акционерных правоотношений и эффективного управления обществом. Оно обеспечивается обязанностью общества по требованию акционера предоставить ему для ознакомления документы, определенные ч. 1 ст. 77 Закона Украины «Об акционерных обществах» [1], кроме документов бухгалтерского учета, не касающихся значительных сделок и сделок с заинтересованностью, если иное не предусмотрено законами. Следует учесть, что существует несколько форм предоставления акционерам информации: публичное предоставление информации; предоставление информации при подготовке общего собрания общества; предоставление информации на запрос акционера.

Правомочие на получение информации может обеспечиваться различными способами. Действующее законодательство предусматривает наличие значительного количества ведомственных актов, которые регулируют порядок предоставления информации. Поэтому для уточнения предмета информации и с учетом положений законодательства, регулирующего способы предоставления того либо иного вида информации, необходимым является закрепление перечня объектов информации, предоставляемой участникам, во внутренних документах общества (уставе, положении об информации).

П. Филимошин [2, С. 42] указывает, что раскрытие информации на рынке ценных бумаг имеет целью предоставить потенциальным потребителям ценных бумаг возможность принимать взвешенные, обоснованные, продуманные и ответственные инвестиционные решения. Однако раскрытие информации на рынке ценных бумаг ни в коем случае не предусматривает предоставление таких сведений об АО, которые могли бы негативно повлиять на его конкурентоспособность.

Акционер также имеет право ознакомиться с официальными документами общества путем предоставления информационного запроса. Методические рекомендации в отношении доступа акционеров к информации об АО утверждены решением Государственной комиссии по ценным бумагам и фондовому рынку (далее — ГКЦБФР) № 27 от 26.01.2005 года. На протяжении 10 дней с момента поступления письменного требования акционера корпоративный секретарь, а в случае его отсутствия — исполнительный орган АО обязан предоставить ему заверенные копии документов, определенных ч. 1 ст. 77 Закона Украины «Об акционерных обществах», с учетом ограничений, предусмотренных ч. 1 ст. 78 Закона Украины «Об акционерных обществах». Какой-либо акционер, при условии уведомления исполнительного органа общества не позднее чем за два рабочих дня, имеет правомочие на ознакомление с документами, предусмотренными ст. 78 Закону Украины «Об акционерных обществах», в помещении общества по его местонахождению в рабочее время. За предоставление копий документов общество

может устанавливать плату, размер которой не может превышать стоимости расходов на изготовление копий документов и расходов, связанных с пересылкой документов по почте.

Информация о собственниках крупных пакетов акций (10 % и более) является открытой и обнародуется ГКЦБФР путем размещения в общедоступной информационной базе данных ГКЦБФР о рынке ценных бумаг (ст. 39 Закона Украины «О ценных бумагах и фондовом рынке» [3]). В разделе V указанного Закона детально регламентированы и определены виды раскрытия информации на фондовом рынке. В соответствии со ст. 39 Закона Украины "О ценных бумагах и фондовом рынке" на эмитента, осуществляющего открытое (публичное) размещение ценных бумаг, возлагается обязанность своевременно и в полном объеме раскрывать информацию о: финансово-хозяйственном состоянии и результатах деятельности эмитента в сроки, установленные законодательством; какие-либо действия, которые могут повлиять на финансово-хозяйственное состояние эмитента и повлечь значительное изменение цены на его ценные бумаги; собственников значительных пакетов (10 % и более) акций.

Следует обратить внимание на определенные ограничения относительно реализации правомочия на получение информации. Так, акционер не имеет права на получение информации в отношении других зарегистрированных лиц-акционеров и принадлежащих им ценных бумаг. Доступ к системе реестра ограничен кругом лиц, имеющих право получать информацию из системы реестра: эмитент, зарегистрированные лица и государственные органы в пределах предоставленных им полномочий. Право доступа к информации из системы реестра имеют также работники регистратора в пределах, определенных в должностных инструкциях. Всем другим лицам доступ к информации системы реестра запрещается [4, С. 169-170].

И. В. Спасибо-Фатеева считает, что необходимо установить ответственность учредителей перед АО, созданное ими, за предоставление в информации о выпуске акций неправдивых сведений, исходя из которых лицам, подписавшимся на акции, нанесен ущерб. Ученой [5, С. 25] предлагается в таких случаях предоставить акционерам возможность требовать от АО выкупа принадлежащих им акций, а обществу — право осуществить в порядке регресса иск к учредителям о возмещении ему причиненных убытков в виде разницы в сумме между уплаченной по таким требованиям стоимостью акций и полученными во время подписки акций средствами.

Правомочие на получение информации о деятельности общества является возможностью доступа и ознакомления со сведениями о его деятельности, а также возможность их получения в незапрещенной законом форме. В связи с этим, по мнению, А. А. Кулика [6, С. 24], обязанность общества по предоставлению участникам информации может возникать как в силу закона, так и в результате заявления ими соответствующего требования.

Поэтому осуществление правомочия на получение информации, кроме совершения соответствующих действий АО, может быть поставлено в зависимость от актов самого акционера. В связи с чем возможны две ситуации. В первом случае акционер выступает как пассивное лицо, поскольку осуществление правомочия на получение информации обусловлено главным образом действиями самого АО (например, подача запроса о предоставлении информации). В другом случае акционер является активным субъектом, поскольку для осуществления указанного правомочия недостаточно действий общества, требуются соответствующие действия самого акционера.

Первая директива от 9 мая 1968 года, среди прочего, регламентирует вопросы публичного раскрытия информации относительно всех компаний, включая 1) устав и внутренний регламент; 2) сведения о должностных лицах компании; 3) сведения об оплаченной части акционерного капитала компании; 4) баланс и счет прибыли и убытков; 5) сведения о ликвидации компании. Р. С. Кравченко [7, С. 11] отмечает, что раскрытие информации должно осуществляться путем публикации в официальном национальном печатном органе. Другой важной формой раскрытия корпоративной информации является механизм, обеспечивающий возможность ознакомления акционеров и других заинтересованных лиц с информацией, предоставляемой самим обществом. Характерным является то, что, например законодательство Англии, регламентирует такие вопросы, как состав лиц, имеющих доступ к информации в компании, место хранения и ознакомления с такой информацией, возможность взыскания платы за ознакомление с корпоративной информацией, а также возможность получения копий с такой информации [7, С. 11].

Относительно вопросов получения информации акционерами в связи с проведением общего собрания О. Н. Сыроедова [8, С. 55-57] указывает существование ряда проблем в сфере акционерных правоотношений США. При этом особенно выделяются две проблемы, которые являются наиболее характерными и для украинской действительности: 1) проблема рациональной апатии и 2) «проблема желающих покататься за чужой счет». При этом первая проблема состоит в том, что многие из акционеров считают, что расходы на то, что они будут постоянно информированы о текущих делах общества, будут выше, чем возможная выгода от собственно действий акционеров, базирующихся на получении информации и направленных на принятие наиболее рациональных решений. Как следствие акционеры часто и не хотят быть информированными. Вторая проблема состоит в том, что, если даже акционер считает, что ознакомление с информацией о делах корпорации было бы целесообразным, поскольку могло бы помочь в принятии наиболее выгодных решений для корпорации, акционер все равно обычно не станет перегружать себя, рассчитывая, что это сделают за него другие.

Способы предоставления участникам и получения ими информации зависят, прежде всего, от ее вида. В определенных случаях (например, доступ к системе реестра собственников именных ценных бумаг) реализация этого права может ограничиваться запрещающими нормами законодательства. Часто акционеры, не желая глубоко вникать в дела общества, теряют контроль за деятельностью органов управления. Это, как правило, вызывает возникновение конфликтных ситуаций и злоупотреблений их правами. Одна из основных причин — это сокрытие руководящими органами от акционеров и государства необходимой информации, либо предоставление недостоверной информации. Без получения информации осуществление других корпоративных правомочий акционерами может оказаться невозможным.

#### **ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:**

1. Про акціонерні товариства: Закон України від 17.09.2008 р. № 514-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 50-51. — Ст. 384.
2. Филимошин П. Раскрытие информации // Журнал для акционеров. — 2000. — № 1. — С. 42-48.
3. Про цінні папери та фондовий ринок: Закон України від 23.02.2006 р. № 3480-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 31. — Ст. 268.

4. Здійснення та захист корпоративних прав в Україні (цивільно-правові аспекти): Монографія / [за заг. ред. В. В. Луця]. — Тернопіль, Підручники і посібники, 2007. — 320 с.

5. Спасибо-Фатеева І. В. Цивільно-правові проблеми акціонерних правовідносин: Дис. ... д-ра. юрид. наук : 12.00.03. — Х., 2000. — 390 с.

6. Кулик А. А. Корпоративные право в системе гражданских прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — М., 2009. — 35 с.

7. Кравченко Р. С. Обеспечение и защита прав акционеров на информацию в процессе корпоративного управления: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — М., 2001. — 24 с.

8. Сыроедова О. Н. Акционерное право США и России (сравнительный анализ). — М.: Спарк, 1996. — 112 с.



**Карнаух Богдан Петрович**

*аспірант кафедри цивільного права № 1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*

## **ФІЛОСОФІЯ ВИНИ В ПРИВАТНОМУ ПРАВІ**

Право, як і мораль чи інша нормативна система, виконує дві базові функції: регулювання та оцінювання (або кваліфікації). Перша є перспективною за напрямком дії. Вона спрямована в майбутнє по вісі часу: норма, ухвалена сьогодні, скеровує поведінку людей завтра. Друга — ретроспективною, бо норма сьогодні слугує мірилом правомірності того, що відбулося вчора. Здійсненням першої функції є правопорядок, другої — правосуддя.

Парадигмальним, хоча й не єдиним, утіленням функції оцінювання є інститут юридичної відповідальності. Він становить собою складний правовий механізм, для «запуску» якого потрібна система передумов, що їх заведено називати умовами відповідальності або елементами складу правопорушення. Серед них найскладнішою для розуміння й визначення є вина.

Мета цього дослідження — запропонувати нове бачення вини в приватному праві, альтернативне стосовно класичних теорій, якими є психологічна й поведінкова. Формування такого підходу засноване на застосуванні до проблем приватного права методу філософсько-правової рефлексії. Річ у тім, що труднощі визначення змісту вини пов'язані насамперед з тим, що за власне юридичним поняттям вини криються глибинні антропологічні основи права. Не виявивши їх, не можна обґрунтувати чому право ставить людині її вчинок за вину. Тому проблема визначення сутності вини не може бути розв'язана інакше, як за допомогою методу філософської рефлексії й звернення до природи *homo iuridicus* (людини правової).

Почати слід з того, що принцип відповідальності за вину є предметом гордості сучасного права. Юриспруденція небезпідставно *пишається* ним. Коли ми хочемо довести, що сучасне право справедливе, що воно гуманне, що воно, зрештою, розвинене, ми, крім іншого, неодмінно згадаємо, що воно засноване на принципі винної відповідальності.

Як відзначає Андре Танк (Andrй Tunc), у примітивних суспільствах відповідальність виникала з самого лише причинного зв'язку між дією й шкодою,



незалежно від того була дія винною, чи ні. Але історичний розвиток змісту справедливості призвів до розмежування між винними й безвинними вчинками, що завдають шкоди. Дотепер вважається, що вина як критерій відповідальності є свідченням перемоги справедливості після довгих століть розвитку [11, С. 64].

На нашу думку, щоб відповісти на запитання «Що таке вина в праві?», необхідно з'ясувати, чим саме ми пишаємося, коли кажемо, що справедливе право засноване на принципі вини.

Ми гордіємо насамперед тим, що сучасне право ставить людині за вину лише ті порушення, які вона скоїла вільно, маючи вибір і проявивши в ньому власну свободу. З урахуванням цього, очевидно стає відповідь на питання про те, *що* в бутті людини (екзистенції) дозволяє судити її. Це, поза всяким сумнівом, — свобода, адже, як писав Г.Гегель, людина є предметом права лише як вільна істота [1, С. 36]

Звідси слідує, що коли суд встановлює наявність вини, він встановлює те, чи була особа вільною у своєму вчинку, чи був він проявом її свободи. Тому **вину, на нашу думку, слід визначати як констатування свободи стосовно діяння, яким порушено норму права.** Ураховуючи, що таке констатування здійснюється в процесі реалізації ретроспективної за напрямком функції оцінювання, **вина має розумітися як свобода *ex post facto***<sup>14</sup>.

З нашого боку було б недобросовісно стверджувати, що ця ідея артикульована нами вперше. Учені побіжно відзначали її. Так, на думку С.Н. Кожевнікова, «правопорушенням визнається тільки винна поведінка суб'єкта права, коли в нього *була можливість обирати...* скоювати чи не скоювати правопорушення» [6, С. 42]. Є.Н. Єфімов відзначав, що «людині належить *свобода вибору* між мотивами, якою зумовлюється порушуваність і дійсні права» [2, С. 64]. Уже згадуваний А. Танк, писав, що «деліктне право, яке постулює вину за критерій відповідальності, визнає *свободу людини...* її здатність поводитися соціально або асоціально, її спроможність обирати між добром і злом» [11, С. 65]. Однак ці та інші схожі твердження висловлювалися лише побіжно, «між іншим». Складається враження, що дослідник, наполегливо шукаючи сутність вини в найпотаємніших схованках людської думки, ненароком натрапив на ідею свободи, яка лежала на видному місці, окинув швидким поглядом і відставив убік. До слова згадати Л. Фуллера, який казав, що «люди зазвичай не бачать потреби в тому, щоб пояснювати чи обґрунтовувати очевидне» [9, С. 121].

Ми ж вважаємо, що свобода вчинку — це головна ідея принципу вини, його сутність. Немає вини там, де до цього не було свободи. Однак нам можна дорікнути тим, що визначати вину через свободу — це визначати складне через іще складніше. Запропоноване нами визначення вини буде лише метафізичною гадкою, якщо ми не з'ясуємо, як слід розуміти *свободу* в праві.

Як писав Ш. Л. Монтеск'є, «немає слова, яке б отримало стільки різноманітних значень, і справляло б настільки різне враження на розум людей, як слово «свобода» [8, С. 288]. «Світ, — казав А. Лінкольн, — ніколи не мав гарного визначення слова «свобода». Уживаючи одне і теж слово ми маємо на увазі різні речі» [10, С. 13]. Навіть у самій лише сфері права це слово може набувати різних значень. Одна річ, коли ми говоримо про свободу особистості як рубікон, що його не може переступати державна влада, і зовсім інша — коли говоримо про свободу як критерій відповідальності за скоєне.

<sup>14</sup> «виходячи з того, що було потім» (лат.)

Справді, дати визначення свободи непросто. Утім щоб це зробити, — стверджує Б. Леоні, — необхідно насамперед з'ясувати з якою метою ми це робимо [7, С. 41]. Наша мета — визначити свободу як антропологічну передумову відповідальності в приватному праві. Причому результат визначення має бути придатним для правозастосовної практики, тобто таким, щоб наявність або відсутність свободи в кожному випадку можна було б встановити доступними для права інструментами.

У такому контексті свободу слід розуміти як здатність до недетермінованого вибору. Звідси випливає важливий висновок про те, що вина може бути констатована лише в тому разі, коли особа була вільною обирати з-поміж кількох альтернативних варіантів поведінки, принаймні один з яких був правомірним. Послугуючись мовою екзистенційної філософії, можемо сказати, що вина — це втрачена можливість правильного вибору. Що більшою була така можливість, то більшою є вина. Якщо ж самої можливості не було, то немає й вини.

Визначимо тепер коло необхідних передумов, які дають змогу стверджувати, що вибір був *вільним*<sup>15</sup>.

Першим елементом вільного вибору є **автономія волі**. Воля є іманентною властивістю людської істоти і тим живим органом, завдяки якому втілюється образ дійсної свободи. І. Кант риторично запитує: «чим же іншим може бути свобода волі, як не автономією, тобто властивістю волі самою бути законом для себе?» [4, С. 105]. У праві ця іманентна людська якість постає як здатність усвідомлювати значення своїх дій і керувати ними. Кримінальне право називає її осудністю, цивільне — дієздатністю. Якщо особа не здатна усвідомлювати значення своїх дій, або керувати ними, вона не може бути суб'єктом відповідальності через те, що в такому разі немає свободи, а значить, і вини. Крім того, «автономія волі, — як визначає І. О. Ільїн, — полягає у відсутності фізичного та психічного примусу» [3, С. 58], які закон також визнає підставами для звільнення від відповідальності, як ми вважаємо, з тих же причин.

Другим елементом свободи вибору є наявність **варіативного ряду**, тобто об'єктивно зумовленого *існування кількох варіантів поведінки*, принаймні один з яких є правомірним. Така множина альтернатив є матеріальною передумовою вибору й описує простір можливостей, що зумовлюється незалежними від суб'єкта факторами (законами природи, обстановкою вибору, діями інших осіб, фізичними можливостями та ін.). Відсутність вибору, що зумовлена об'єктивно, називається в праві непереборною силою. Іноді вона може також поставати як випадок, але з деякими застереженнями. Цивільне право наперед виключає з кола *об'єктивних* такі обставини як відсутність у боржника необхідних коштів, відсутність на ринку товарів, потрібних для виконання зобов'язання, недодержання своїх обов'язків контрагентом боржника. У цьому разі маємо справу з правовою формалізацією дійсності.

Зрештою, не можна вважати вибір зробленим вільно, якщо агент дії «обирає kota в мішку», тобто не знав *що* він обирає і *які наслідки потягне* за собою його вибір. Тому третьою передумовою свободи вибору є **наявність знань**. Вибір є вільним лише в тому разі, коли особа володіла достатніми знаннями про 1) можливі варіанти поведінки; 2) про недопустимість, або обов'язковість окремих із них, тобто про норму права, та 3) про наслідки власних дій. Ця складна умова при проекції на площину права стає *юридично-формалізованою*. Так, наявність знань про норму права презюмується. Щодо знань про можливі варіанти поведінки та

<sup>15</sup> Сукупність таких передумов детально описана нами в роботі «Діалектика свободи: синтез вибору і необхідності» [5]. Тут ми інтерпретуємо їх зміст з точки зору права.

знань про наслідки вибору, то їх наявність вивчається судом не стосовно конкретної особи, а, за загальним правилом, стосовно абстрактної розумної людини. Однак в окремих випадках суд може зважити на *виняткові* особливості конкретної особи, які можуть бути доказані й унеможливають застосування до неї цього стандарту.

Ураховуючи вищевикладене, вину слід розуміти як юридичну конструкцію, змістом якої є констатація того, що діяння було вчинено в умовах недетермінованого (вільного) вибору за наявності автономної волі, варіативного ряду, принаймні один з елементів якого був правомірним, та достатніх знань для прийняття правового рішення.

Наступне питання, яке слід вирішити — це питання про форми вини в праві. Якщо ми наполягаємо, що вина — це свобода, то нам слід узгодити це визначення з тим, що «формами вини є умисел і необережність».

У цьому контексті першорядного значення набуває той факт, що поняття «форми вини» актуалізовано лише в кримінальному та інших галузях публічного права. Натомість у цивільному праві форма вини, як правило, не береться до уваги й не впливає на розмір відповідальності. З цього слідує важливий висновок про те, що можна встановити вину, не визначивши при цьому її форми. Отже *форма* вини як категорія — це щось додаткове до того, що можна було б назвати *сутністю* вини. Вина як така є *інтелектуально-вольовою* характеристикою вчинку. Форми ж вини (умисел і необережність) розрізняються залежно від того, чи *бажала* особа настання конкретних наслідків своєї дії. Отже, поняття форми вини доповнює *інтелектуально-вольову* характеристику діяння параметром, що належить *чуттєвій* частині душі, тобто *емоційним* аспектом. Тому, ми вважаємо, що поняття форми вини слід розглядати як *епіфеномен* — явище супровідне до поняття вини як свободи *ex post facto*.

У світлі вищезначеного стає зрозумілим і місце мотивів у суб'єктивній характеристиці діяння. Мотив може існувати лише при умисній формі вини, а отже, є похідним від неї поняттям. Тому й мотиви слід так само вважати епіфеноменами, що супроводжують головне для відповідальності поняття вини.

Таким чином, суб'єктивну характеристику діяння в праві можна уявити у формі трьох концентричних кругів. Ядром змісту вини *iuris* є поняття вини як свободи *ex post facto*, далі її епіфеномени: форми вини й мотиви.

Насамкінець слід зауважити, що право не завжди актуалізує всі три елементи. Для цивільного права найбільш характерною ситуацією є релевантність центрального феномену, часткова (в окремих випадках) релевантність форм вини та повна іррелевантність мотивів поведінки. Потреба в актуалізації того чи іншого епіфеномену зумовлюється раціонально: зважаючи на прагматичну доцільність, складність встановлення та значимість для досягнення цілей конкретного виду відповідальності.

### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Гегель Г. В. Ф. Философская пропедевтика : пер. с нем. // Работы разных лет : в 2 т. [сост., общ. ред. А.В. Гулыги]. — М.: Мысль, 1971. — Т. 2. — С. 7–209.
2. Ефимов Е. Н. Курс законовещения. Ч. 1: Элементарные понятия о государстве и праве. — М., 1917. — 128 с.
3. Ильин И. А. Путь духовного обновления // Путь духовного обновления. Работы разных лет. — СПб. : Библиополис, 2006. — С. 9–251.

4. Кант И. Основы метафизики нравственности: пер. с нем. // Сочинения в 6 т. — СПб.: Наука, 2007. — Т. 4, Ч. 1, 2. — С. 53-120
5. Карнаух Б. П. Діалектика свободи: синтез вибору і необхідності // Філософські обрії. — 2010. — № 23. — С. 124–135.
6. Кожевников С. Н. Правовое поведение и правонарушения: сущность и содержание: Учебно-метод. пособ. — Н. Новгород, 2001. — 72 с.
7. Леони Б. Свобода и закон; пер. с англ. В. Кошкина / [под ред. А. Куряева]. — М.: ИРИСЭН, 2008. — 308 с.
8. Монтескье Ш.-Л. О духе законов : пер. с фр. // Избранные произведения; [ред. И. Щербина]. — М. : Государственное издательство политической литературы, 1955. — С. 159-733.
9. Фуллер Л. Л. Мораль права; пер. с англ. Т. Даниловой / [под ред. А. Куряева]. — М. : ИРИСЭН, 2007. — 308 с.
10. Cranston M. Freedom. — London : Longmans, Green & Co., 1953. — 177 p.
11. Tunc A. International Encyclopedia of Comparative Law.. — Brill: Martinus Nijhoff Publishers, 1983 — Vol. 11: Torts. — 766 p.



### **Ковальов Іван В'ячеславович**

*здобувач кафедри господарського права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*

## **ВИДИ ПЕРЕТВОРЕННЯ АКЦІОНЕРНИХ ТОВАРИСТВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ**

У ч. 1 ст. 59 Господарського кодексу України зазначається, що реорганізація суб'єкта господарювання, включаючи перетворення, може здійснюватися «за рішенням власника (власників) чи уповноважених ним органів, за рішенням інших осіб — засновників суб'єкта господарювання чи їх правонаступників, а у випадках, передбачених законами, — за рішенням суду».

Відповідно до ч. 1 ст. 106 Цивільного кодексу України «Злиття, приєднання, поділ та перетворення юридичної особи здійснюються за рішенням його учасників або органу юридичної особи, уповноваженого на це установчими документами, а у випадках, передбачених законом, — за рішенням суду або відповідних органів державної влади».

Схожа норма міститься й у Законі «Про акціонерні товариства», ст. 80 якого передбачає, що злиття, приєднання, поділ, виділ та перетворення акціонерного товариства здійснюються за рішенням загальних зборів, а у випадках, передбачених законом, — за рішенням суду або відповідних органів влади.

Положення про реорганізацію передбачає, що «у випадках *примусової реорганізації* товариств це Положення застосовується в частині, яка не суперечить умовам примусової реорганізації, передбаченої чинним законодавством України» (абз.3 п.1.2.).

Аналіз вищезазначених норм дозволяє дійти висновку, що в українського законодавстві існує два види припинення суб'єктів господарювання залежно від підстав припинення:

- *Добровільна* — за рішенням учасників або органу юридичної особи;

– *Примусова* — за рішенням суду або відповідних органів державної влади.

Такі види припинення виділяються й у теорії господарського права [див.: 1, С. 66; 8, С. 200-201; 10, С. 100]. Втім, зазначені норми застосовуються до реорганізації у будь-якій формі. Чи може перетворення як форма реорганізації бути добровільним та примусовим? У науці господарського права це питання взагалі не досліджувалося.

Щодо добровільного перетворення питань не виникає, адже відповідно до п.23 ч.2 ст. 33 ст. Закону «Про акціонерні товариства» до компетенції загальних зборів акціонерного товариства належить вирішення питання про припинення товариства, зокрема його перетворення.

Примусова реорганізація може здійснюватися лише у випадках передбачених законом. Аналіз чинного законодавства України свідчить, що жодним законом не передбачена можливість ухвалення судом або органом влади рішення про примусове перетворення акціонерного товариства. Виключення складають норми банківського законодавства.

Ч. 1 ст. 26 Закону «Про банки та банківську діяльність» передбачає, що банк може бути реорганізований за рішенням власників банку, а у разі призначення тимчасової адміністрації — *за рішенням Національного банку України або тимчасового адміністратора, погодженим з Національним банком України.*

Проект Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України" (щодо застосування тимчасових адміністрацій як інструменту відновлення платоспроможності небанківських фінансових установ) передбачав відповідні повноваження й щодо небанківських фінансових установ, але не був погоджений Держкомпідприємництва (Рішення Держкомпідприємництва «Про відмову в погодженні проекту регуляторного акта» від 11 лютого 2011 року 3 175).

Таким чином, примусове перетворення акціонерних товариств можливо лише щодо банків, які створені у формі акціонерного товариства. Втім, враховуючи, що банк може мати лише дві організаційно-правові форми — публічне акціонерне товариство та кооперативний банк, навряд чи на практиці такий вид перетворення буде реалізований<sup>16</sup>.

Логічно можна дійти висновку що перетворення акціонерного товариства, крім банку, може бути виключно добровільним. Втім, із цим висновком можна посперечатися. Так, Закон «Про акціонерні товариства» передбачив скасування таких видів акціонерних товариств як відкриті та закриті, запровадивши замість них нові типи — публічні та приватні. Таким чином, акціонерні товариства змушені або трансформуватися у приватні та публічні, або реорганізовуватися у інші організаційно-правові форми. Таке перетворення не можна вважати абсолютно добровільним — адже товариство перетворюється у іншу форму тому, що цього вимагає законодавство — товариству заборонене подальше існування у його сьогоdnішній організаційно-правовій формі. Такий вид реорганізації слід визнати гібридною — *добровільно-примусовою, адже здійснюється вона за рішенням уповноваженого органу акціонерного товариства — загальних зборів, але під впливом норм чинного законодавства, які заборонили подальше існування такої форми.*

У чинному законодавстві можна знайти й інші випадки такого добровільно-примусового перетворення. Так, при перевищенні максимальної кількості учасників товариства з обмеженою відповідальністю (гранична межа — 10 осіб

<sup>16</sup> Норма скоріше розрахована на ті банки, які не привели свою ОПФ у відповідність до вимог Закону «Про банки та банківську систему» (товариства з обмеженою відповідальністю).

відповідно до ст. 50 Закону України «Про господарські товариства») товариство підлягає перетворенню на акціонерне товариство протягом одного року, а зі спливом цього строку — ліквідації у судовому порядку, якщо кількість його учасників не зменшиться до встановленої межі (ст. 140 Цивільного кодексу України). Втім, частиною другою статті 150 Цивільного кодексу України встановлено, що товариство з обмеженою відповідальністю може бути перетворене не тільки в акціонерне товариство, але й у виробничий кооператив. Більш того, у листі Держкомпідприємництва «Про надання роз'яснень з деяких проблемних питань товариств з обмеженою відповідальністю, кількість учасників яких перевищила встановлену законом межу» від 31.12.2008 р. № 11210 вказується, що оскільки прямої заборони на перетворення товариства з обмеженою відповідальністю в інші, не визначені частиною другою статті 150 ЦКУ організаційно-правові форми господарювання, чинне законодавство України не містить, Держкомпідприємництва вважає, що товариство з обмеженою відповідальністю, кількість учасників якого перевищила встановлену законом межу, за рішенням засновників може бути перетворено у будь-які інші, передбачені законом, організаційно-правові форми господарювання.

*Таким чином, пропонуємо виділення наступних видів перетворення акціонерного товариства:*

- 1) добровільне — за рішенням загальних зборів акціонерів;*
- 2) примусове — на підставі рішення органу влади;*
- 3) добровільно-примусове — за рішенням загальних зборів, що ухвалене під впливом норм чинного законодавства, які заборонили подальше існування відповідної організаційно-правової форми чи її виду/типу.*

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Вінник О.М. Господарське право: Курс лекцій. — К.: Атіка, 2004. — 624с.
2. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11 (28.03.2003). — Ст. 462
3. Положення про порядок реєстрації випуску акцій під час реорганізації товариств. затверджене рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 30.12.1998 р. № 221 // Офіційний вісник України. — 1999. — № 10 (26.03.99). — Ст. 398.
4. Про акціонерні товариства: Закон України від 17.09.2008 р. № 514-VII // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 50-5. — Ст. 384.
5. Про відмову в погодженні проекту регуляторного акта: Рішення Держкомпідприємництва від 11.02.2011 року № 175 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.dkrp.gov.ua/control/uk/publish/article?jsessionid=C683C95B43C1CB7CC459DDA44E482EF2?art\\_id=175074&cat\\_id=167079](http://www.dkrp.gov.ua/control/uk/publish/article?jsessionid=C683C95B43C1CB7CC459DDA44E482EF2?art_id=175074&cat_id=167079)
6. Про господарські товариства: Закон України від 19.09.1991 року № 1576-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 49. — Ст. 682.
7. Про надання роз'яснень з деяких проблемних питань товариств з обмеженою відповідальністю, кількість учасників яких перевищила встановлену законом межу: Лист Держкомпідприємництва від 31.12.2008р. № 11210 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.dkrp.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=123042&cat\\_id=37168](http://www.dkrp.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=123042&cat_id=37168)
8. Хозяйственный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / [Под общ. ред. А.Г. Бобковой]. — Харьков: Вапнярчук Н.Н., 2008. — 1296 с.

9. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — №40-44. — Ст. 356.

10. Щербина В.С. Господарське право: Підручник. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — 292 с.



### **Кочин Володимир Володимирович**

*молодший науковий співробітник відділу приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України*

## **УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ГРОМАДСЬКІ ОРГАНІЗАЦІЇ: ПЕРСПЕКТИВИ ВИЗНАЧЕННЯ СУСПІЛЬНО КОРИСНИХ ТОВАРИСТВ**

Серед гарантованих Конституцією України прав людини важливе місце посідає право на свободу об'єднання (ст. 36). З метою його реалізації був прийнятий Закон України «Про об'єднання громадян» (далі — Закон), який має сприяти розвитку політичної та громадської активності, творчої ініціативи громадян і створювати рівні умови для діяльності їх об'єднань.

Однак, практика застосування цього Закону свідчить, що він давно не відповідає сучасним умовам, потребам громадянського суспільства та міжнародним стандартам, зокрема статті 11 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а саме щодо критерії якості Закону [1, С. 119].

На сьогодні, Закон розрахований на свободу об'єднання у широкому сенсі цього права. Натомість громадянське суспільство це не лише громадська активність та ініціативність, а й можливість задоволення потреб виключно засновників (учасників) окремої громадської організації. У такому випадку, можна вести мову про приватно корисні та публічно корисні непідприємницькі товариства, які визначені у ст. 86 Цивільного кодексу України (далі — ЦК) лише одним видом — об'єднання громадян.

На нашу думку, положення Конституції України та Закону спрямовані на правове регулювання суспільно корисних товариств у зв'язку з історичним розвитком України, адже в умовах радянської влади неможливо було вести мову про громадські організації як суспільно корисні товариства у формі юридичних осіб приватного права, а лише загальне ж декларування права на свободу об'єднання під час будування нової держави могло привести до негативних наслідків.

На підтвердження цієї позиції варто зупинитися на визначенні громадської організації (ст. 3 Закону) як об'єднання громадян для задоволення та захисту своїх законних соціальних, економічних, творчих, вікових, національно-культурних, спортивних та інших спільних інтересів, а також на обмеження щодо правового регулювання цього Закону (частини 2 і 3 ст. 1) та щодо створення і діяльності об'єднання громадян (ст. 4).

В основі суспільно корисних товариств лежить суспільно корисний інтерес, тобто вони створюються для задоволення інтересів невизначеного кола осіб, об'єднаних за певною ознакою (віковою, соціальною, економічною тощо). У літературі можна зустрітися з думкою, що це коло осіб варто визначити поняттям

«дистенатори» [2, С. 118], хоча цей термін використовується лише у ч. 2 ст. 103 ЦК, при визначенні осіб, на користь яких створюється установа. На нашу думку, все ж доречніше вести мову не про конкретних осіб, а про інтерес, для реалізації якого створюється суспільно корисна організація у формі непідприємницького товариства.

Так, під суспільним інтересом розуміються відображені в праві відгармонізовані, збалансовані певним чином інтереси суспільних груп (частин чи прошарків), що захищаються чи можуть захищатися за державою за їх ініціативою, з метою відновлення порушеного правопорядку, попередження кризових явищ та забезпечення оптимальних умов для функціонування суспільства. Таке визначення базується на визначенні «публічний інтерес», яке було запропоноване О. М. Вінник [3, С. 14-15].

Законодавець намагався впорядкувати норми про непідприємницькі організації у єдиний нормативно-правовий акт, що мав би визначити принципи статусу та діяльності таких юридичних осіб. Так, з 14 березня 2000 року у Верховній Раді України перебував законопроект № 0961 «Про непідприємницькі організації», який в результаті отримав реєстраційний № 0909 і 23 листопада 2007 року був відкликаний, як такий, що втратив актуальність. Таким чином, досить якісний проект так і не був підтриманий протягом семи років його перебування у парламенті.

У висновку щодо згаданого законопроекту вказувалося, що запровадження критеріїв поділу непідприємницьких організацій на суспільно корисні та приватно корисні та встановлення економічних критеріїв, що вирізняють такі організації серед інших належно розмежувати неприбуткові організації, що в свою чергу надасть можливість більш обґрунтовано запроваджувати і надавати таким організаціям податкові пільги, застосовувати до них різні заходи державної підтримки.

Наступник кроком у розв'язанні окресленої проблеми стали законопроекти «Про громадські організації» № 7262 від 18.10.2010 р. (далі — Проект № 7262) та № 7262-1 від 01.11.2010 р. (далі — Проект № 7262-1), які мають на меті докорінно змінити концепцію створення й діяльності громадських організацій, а також визначити належні правові та організаційні основи реалізації прав осіб на свободу об'єднання, створення сприятливих умов для утворення і діяльності громадських організацій та розвитку громадянського суспільства в цілому.

Виходячи з зареєстрованого у парламенті Проекту Постанови про прийняття за основу проекту Закону України про громадські організації, більш вдалим, на думку законодавця, є Проект № 7262-1, а тому необхідно детальніше зупинитися саме на ньому щодо визначення громадської організації як суспільно корисного товариства.

Перш за все, Проектом № 7262-1 передбачені обмеження щодо утворення і діяльності громадських організацій, відповідно до ст. 37 Конституції України, тобто знову відслідковується спрямованість законодавчого регулювання на суспільно корисні товариства.

По-друге, частиною 1 ст. 1 Проекту № 7262-1 громадська організація визначена як добровільне об'єднання громадян для спільного задоволення законних інтересів, здійснення та захисту прав і свобод. Однак, таке визначення не дає змогу зрозуміти мету створення громадської організації, адже не окреслено коло осіб для задоволення потреб яких має створюватися така громадська організація.



По-третє, Проект № 7262-1 закріплює фундаментальний принцип невідприємницьких організацій, а саме можливість їх діяльності як у формі юридичної особи, так і як неформальної організації. Проте, абзацом 2 ч. 1 ст. 4 Проекту № 7262-1 передбачено, що документами громадських організацій без статусу юридичної особи є договори про спільну діяльність. Така норма не відповідає положенням ст. 1130 ЦК щодо юридичної природи договору про спільну діяльність. На нашу думку, неформальне товариство має організаційні зв'язки, які є більш ширшими ніж договірні, а подібне впровадження лише додасть невизначеність у реєстрації як договорів, так і організацій.

Загалом, можна стверджувати, що Проект № 7262-1, попри названі недоліки, все ж є необхідним, оскільки ліквідує значні проблеми чинного законодавства. Втім, варто зупинитися і на окремих положеннях Проекту № 7262, проаналізувавши принципи його положення щодо цивільно-правових проблем громадських організацій.

Так, цим законопроектом здійснюється спроба визначити усі суспільно корисні товариства, як будуть охоплюватися єдиним поняттям «громадська організація» (ст. 2), однак викликає сумнів щодо доречності доповнення чинного переліку такими видами як благодійні та фахові організації. Перші мають іншу мету діяльності, ніж громадська організація, хоча також є публічно корисними, натомість фахові організації навряд чи можна виділяти в окрему групу, якщо законодавством вже передбачені можливості створення та діяльності професійних спілок, які, на нашу думку, є тотожними до фахових організацій.

Проект № 7262 зберігає право бути засновниками лише за фізичними особами — громадянами України (ст. 8), що суперечить сучасному стану та практиці розвитку громадського руху у світі. Подібна недоречна норма міститься і у ст. 12 Проекту № 7262, яка передбачає механізм створення місцевих осередків громадської організації, а також щодо статусу всеукраїнської громадської організації.

Особливе занепокоєння викликають норми ст. 14 Проекту № 7262 щодо легалізації громадських організацій. На нашу думку, досить слушним є поділ громадських організацій на неформальні та ті, які мають статус юридичної особи, однак намагання законодавця врегулювати ці питання не принесуть корисних результатів. Так, процедура реєстрації мало чим відрізняється від процедури легалізації шляхом повідомлення про заснування. Таким чином, нівелюється принцип доступності створення невідприємницького товариства. Крім того законопроект не визначає обсягу прав та обов'язків неформального утворення, а тому відсутній механізм захисту суспільних інтересів такою організацією.

З огляду на згадані проблеми, варто зупинитися на напрямках удосконалення законодавства про громадські організації в частині визначення суспільно корисних товариств як юридичних осіб приватного права, оскільки такі товариства забезпечують реалізацію прав кожної людини, створюють умови для розбудови правової держави та громадянського суспільства.

На нашу думку, законодавство про громадські організації має:

- сприяти координації та партнерству між невідприємницьким та державним секторами для повноцінної діяльності громадянського суспільства;
- забезпечувати незалежність цих товариств від зовнішнього впливу (особливо від впливу підприємницького сектору);
- вирішувати питання щодо статусу та обліку цих організацій;
- забезпечувати можливість діяльності неформальних організацій;

- мінімізувати адміністративні механізми щодо створення та реєстрації, ліквідувати фактичну подвійну реєстрацію цих юридичних осіб;
- забезпечити виважену політику щодо оподаткування та звільнення від оподаткування окремих неспіриемницьких товариств.

Необхідно підкреслити, що проблема суспільно корисних товариств є міжгалузєвою, а отже потребує комплексного підходу до її вирішення. З цивілістичного погляду ці товариства повинні створюватися як юридичні особи приватного права, оскільки вони спрямовані на вирішення потреб широкого кола осіб, а отже організація, що не має правосуб'єктності, не здатна вирішувати такі проблеми як надання матеріальної допомоги, волонтерства, надання соціальних послуг тощо.

Особливостями суспільно корисних товариств, які мають бути закріплені у законодавстві, є:

- реалізація інтересів кількісно невизначеного кола осіб, об'єднаних за ознакою певного інтересу (професійного, соціального, творчого, екологічного тощо);
- засновники (учасники) та члени товариства не мають прав на майно юридичної особи в разі її припинення;
- майно суспільно корисного товариства формується шляхом сплати членських внесків, або шляхом здійснення підприємницької діяльності товариством чи на інших підставах, визначених законом.
- будь-який прибуток використовується виключно для реалізації суспільно корисної мети, визначеної установчими документами товариства.

Таким чином, на наш погляд, варто відобразити ці ознаки у відповідному законопроекті «Про громадські організації». Крім того, ключовим кроком удосконалення законодавства про громадські організації має бути прийняття єдиного Закону України «Про неспіриемницькі організації», а також внесення змін до ЦК шляхом його доповнення главою «Неспіриемницькі товариства», де слід закріпити поділ неспіриемницьких товариств на суспільно корисні, приватно корисні та неспіриемницькі кооперативи.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Права людини в Україні — 2008. Доповідь правозахисних організацій / [за ред. Є. Захарова, В. Яворського] / Українська Гельсінська спілка з прав людини. — Харків: Права людини, 2009. — 304 с.
2. Цивільне право України: підручник: У 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін. / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — 480 с.
3. Вінник О. М. Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарських товариствах: Автореф. дис дис. ... докт. юрид. наук. — К., 2004. — 32 с.
4. Про громадські організації: Проект Закону України від 18.10.2010 р. № 7262 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=38784](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=38784).
5. Про громадські організації: Проект Закону України від 01.11.2010 р. № 7262-1 [Електронний ресурс]. □ Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=38911](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=38911).



## **ДІЯЛЬНІСТЬ ОВС УКРАЇНИ Є ПІДПРИЄМНИЦЬКОЮ (КОМЕРЦІЙНОЮ) ЧИ НЕКОМЕРЦІЙНОЮ?**

Як відомо юридичні особи поряд зі своєю основною діяльністю можуть здійснювати підприємницьку діяльність, якщо ця діяльність відповідає меті, для якої вони були створені, та сприяє її досягненню (ст. 86 ЦК України). Не виключенням є і структурні підрозділи ОВС визнані юридичними особами, та на жаль дане положення ЦК України стосується лише юридичних осіб приватного права.

В повсякденному житті можна почути, що ОВС України займаються підприємницькою діяльністю, діяльністю з отримання прибутку та будь-якою іншою діяльністю. Така невизначеність та необізнаність у виді та специфіці діяльності юридичних осіб ОВС України призводить до плутанини та неправильного тлумачення норм цивільного законодавства на практиці. Тому є важливим здійснити порівняльний аналіз некомерційної господарської діяльності та підприємницької діяльності, при цьому визначити основні риси діяльності, яку здійснюють структурні підрозділи ОВС України, та встановити їх приналежність до одного із видів діяльності (підприємницької чи некомерційної господарської).

Проаналізувавши нормативно-правові акти ОВС України, в жодному із них не сказано про можливість займатись підприємницькою діяльністю. Натомість в Положенні про Державну службу охорони при Міністерстві внутрішніх справ, затвердженим постановою Кабінетом Міністрів України від 10.08.1993 р. № 615, діяльність якої безпосередньо передбачає участь у цивільно-правових зобов'язаннях, зазначено, що управління, відділи і підрозділи охорони проводять некомерційну господарську діяльність. ГК України містить легальне визначення некомерційної господарської діяльності та визначає її як самостійну систематичну господарську діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання, спрямована на досягнення економічних, соціальних та інших результатів без мети одержання прибутку. Така діяльність може здійснюватись суб'єктами господарювання державного або комунального секторів економіки у галузях, в яких забороняється підприємництво (ст. 52 ГК України).

Метою діяльності некомерційних організацій є досягнення соціального результату, при цьому вони можуть отримувати прибуток від своєї діяльності, але отримання прибутку є додатковою метою. Отриманий прибуток не розподіляється між його учасниками, а спрямовується на виконання мети та завдань створення такої організації.

Підприємницька діяльність — це самостійна, ініціативна, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку (ст. 42 ГК України). Підприємницька діяльність повинна відповідати меті та завданням, за для яких така організація була створена.

Іншими словами юридичні особи ОВС України не можуть займатись взагалі будь-якою діяльністю, яка в ап'орі суперечить меті їх створення та не визначена установчими документами. В основі відповідності такої діяльності юридичних осіб ОВС меті та завданням, за для яких вони були створені, лежить спеціальна правоздатність, яка в даному випадку є відправною точкою та гарантією того, що

вступаючи у цивільно-правові зобов'язання юридичні особи діють в межах закону і наслідки такої діяльності носитимуть цивільно-правовий характер .

Діяльність ОВС України характеризується тим, що по-перше, результат від такої діяльності повинен використовуватись для суспільної користі та для досягнення цілей, визначених установчими документами; по-друге, так звана «підприємницька діяльність ОВС» (як називають її на практиці) — це допоміжна діяльність, яка не повинна заважати здійсненню основної діяльності, а навпаки, покращувати її; по-третє, така діяльність повинна усувати недоліки та забезпечувати потреби, що виникають при реалізації основної діяльності.

Як відомо, основною діяльністю ОВС України є реалізація державної політики щодо боротьби зі злочинністю, діяльність ОВС, яка не пов'язана з їх основною діяльністю, носить допоміжний характер та напряму залежить від цивільної правоздатності, яка в юридичних осіб ОВС є спеціальною. Тому така діяльність має відповідні обмеження. Як зазначено вище, підприємницька діяльність — це самостійна діяльність, що ж стосується ОВС України, то спосіб здійснення їх діяльності залежить від волі держави-засновника, наприклад, начальник відповідного структурного підрозділу ОВС, визнаного юридичною особою, немає права самостійно змінювати профіль діяльності чи організаційно-правову форму без згоди на це вищестоящого керівництва; підприємницька діяльність — це ініціативна на власний ризик діяльність, на протипагу цьому можливість юридичним особам ОВС займатись діяльністю, не пов'язаною з їх основною діяльністю, визначено у нормативно-правових актах про відповідний структурний підрозділ ОВС України; підприємницька діяльність — це діяльність з отримання прибутку та подальшого його розподілу між учасниками, діяльність ОВС України теж передбачає отримання прибутку, але в даному випадку отримання прибутку не є метою, а лише засобом досягнення цієї мети, отриманий прибуток не розподіляється між керівними органами ОВС та іншими посадовими особами, а спрямовується на виконання поставлених перед ними завдань та акумулюється на спеціальних рахунках.

Тому аналізуючи вище наведені положення, з метою внесення ясності в дане питання, необхідно зазначити, що юридичні особи ОВС України займаються виключно некомерційною господарською діяльністю, яка перш за все не має на меті отримання прибутку, є допоміжною діяльністю та не суперечить основній діяльності ОВС України.

Говорячи про некомерційну господарську діяльність юридичних осіб ОВС України, потрібно сказати, що вона в основному реалізується завдяки участі структурних підрозділів ОВС в цивільно-правових зобов'язаннях. Вступаючи у такі зобов'язання юридичним особам ОВС потрібно враховувати те, що виконання даних зобов'язань повинно здійснюватись за рахунок бюджетних коштів в межах кошторису даної організації. Це означає, що юридична особа може укладати договори, виходячи із ліміту асигнувань, встановлених законом. Такий ліміт не може бути змінений самою юридичною особою та взагалі виходити за межі ліміту юридичної особи.

Не менш важливу роль відіграє відсутність єдиного нормативно-правового акту про непідприємницькі організації, який би чітко окреслив ознаки таких юридичних осіб, порядок створення та припинення, їх цивільно-правовий статус, специфіку участі у цивільно-правових відносинах та межі цивільно-правової відповідальності.

Отже, ОВС України, які визнані юридичними особами, займаються виключно некомерційною господарською діяльністю, яка не має на меті

отримання прибутку, а кошти від такої діяльності спрямовуються на виконання поставлених перед ними завдань та забезпечення потреб, що виникають при реалізації основної діяльності.



**Хоменко Михайло Михайлович**  
*аспірант кафедри цивільного права юридичного факультету Київського  
національного університету імені Тараса Шевченка*

## **ОСОБЛИВОСТІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ ЗА ДЕЛІКТНИМИ ЗОБОВ'ЯЗАННЯМИ**

1. Однією з основних гарантій захисту суб'єктивних цивільних прав та охоронюваних законом інтересів учасників цивільно-правових відносин є встановлений законом обов'язок держави відшкодувати завдану нею шкоду.

Особливість держави як суб'єкта права полягає, зокрема, в тому, що вона спроможна впливати на виникнення, зміну та припинення в межах її території будь-яких правовідносин, у тому числі й цивільних.

Варто зазначити, що визнання держави рівноправним учасником цивільних правовідносин не означає, що до такого утворення або ж до майна, яке виступає об'єктом державної власності, можуть бути повною мірою застосовані заходи примусу та відповідальності, які застосовуються до звичайних учасників цивільних відносин, наприклад, фізичних або юридичних осіб [5, С. 1].

Стаття 56 Конституції України гарантує кожному право на відшкодування шкоди, завданої органами державної влади, їх посадовими та службовими особами при здійсненні ними своїх повноважень.

Дане конституційне положення деталізується в актах цивільного законодавства, зокрема, в Цивільному кодексі України (*далі по тексту — ЦК України*).

Відшкодуванню шкоди, завданої органами державної влади, їх посадовими та (або) службовими особами присвячені ст. ст. 1173-1176 ЦК України. У нормах даних статей визначено особливості відшкодування шкоди, які відрізняють її від загальних правил деліктної відповідальності.

Зазвичай до таких особливостей відносять:

- а) суб'єктний склад заподіювачів шкоди;
- б) сферу завдання шкоди (при здійсненні владно-адміністративних повноважень);
- в) завдання шкоди незаконними діями владних суб'єктів [3, С. 881; 8, С. 657].

При аналізі даних законодавчих положень значна увага приділяється власне відшкодуванню шкоди як одній з форм цивільно-правової відповідальності. Разом з тим, часто поза увагою науковців залишаються проблеми правової природи відповідальності держави, специфіки умов такої відповідальності, правового статусу деліквента тощо.

Питання правової природи відповідальності публічно-правового утворення за завдану шкоду тривалий час залишається невирішеним у науковій літературі.

Визначення правової природи відповідальності держави за деліктними зобов'язаннями має вагоме практичне значення оскільки *надання даному*

*правовому інституту публічно-правової природи перетворює його на законодавчу фікцію: обов'язок держави відшкодувати шкоду трансформується в право [6, С. 128].*

Прихильники публічно-правового підходу наголошують на тому, що головною перешкодою для побудови відповідальності держави за правилами приватного права є вина. Таким чином, створюється перешкода для захисту особою, чії права порушено своїх прав через складність доказування вини. Разом з тим, не береться до уваги те, що основні цивілістичні концепції вини юридичної особи усувають цю неузгодженість.

Представники публічно-правового підходу вбачають його перевагу у тому, що дана теоретична конструкція допускає відшкодування шкоди у тих випадках, коли немає вини з боку посадових осіб, які здійснюють, наприклад, кримінальне переслідування. При цьому зазначається, що цивільне право неспроможне вирішити питання відшкодування шкоди за відсутності вини.

Дані теоретичні розробки базуються на фундаментальних працях дореволюційних науковців — І. Я. Фойницького, М. І. Лазаревського, П. І. Люблінського та ін. Необхідно зазначити, що на початку ХХ ст. питання цивільно-правової відповідальності без вини вважалося спірним і лише зрідка досліджувалося в науковій літературі.

Маючи на меті поновлення суб'єктивних цивільних прав особи, правовідносини з відшкодування шкоди, завданої здійсненням влади є цивільно-правовим способом захисту приватних, майнових та особистих немайнових прав, що спрямований на їх поновлення.

Слід зазначити, що від того чи будуть захищені та поновлені суб'єктивні права особи залежить і дотримання публічних інтересів.

Таким чином, публічні інтереси у даному випадку виступають вторинними по відношенню до приватних прав особи.

Варто зауважити, що порядок нормативного регулювання правовідносин не є визначальним для їх юридичної природи.

До того ж, як справедливо зазначає О. В. Михайленко, публічно-правове регулювання досліджуваних правовідносин у вигляді встановлення особливого публічного порядку визначення та відшкодування шкоди є перешкодою до реалізації конституційного права на вільний доступ до правосуддя [6, С. 128].

2. Визначивши юридичну природу відповідальності держави за деліктними зобов'язаннями вважаємо за необхідне зосередити увагу на специфіці змісту окремих умов цивільно-правової відповідальності держави.

Як слушно зазначає О. П. Сергєєв, серед загальних умов деліктної відповідальності за шкоду, завдану актом влади, найбільшою специфікою характеризується протиправність [7, С. 25].

Специфічною рисою публічного права є те, що владне діяння настільки віддалене від факту завдання шкоди, що у розумінні своєї правомірності стає самостійним та незалежним від факту завдання шкоди явищем. Для публічних правовідносин більш важливою є правомірність владної дії (бездіяльності), а не факт завдання шкоди. Зокрема, у нормах статей 1173 та 1174 ЦК України йдеться не про незаконне завдання шкоди (збитків), а про незаконні владні діяння, що завдали шкоду.

Таким чином, хоча завдання шкоди у будь-якому разі є протиправним, але воно не завжди є незаконним.

У досліджуваних нами правовідносинах має місце «подвійна», комплексна протиправність, що має як цивільно-правову, так і адміністративно-правову (кримінально-процесуальну) складові.

Оскільки дія (бездіяльність) має місце у сфері публічного, а не цивільного права, то питання правомірності чи протиправності завданої такою дією (бездіяльністю) шкоди в даних випадках повинно вирішуватися з позиції не цивільного, а публічного права. У цьому зв'язку, О. В. Михайленко зазначає, що «подвоювати» в подібних випадках вимогу протиправності немає підстав: якщо шкода завдана правомірним (законним) актом влади, цивільно-правова протиправність (тобто власне завдання шкоди) виявляється юридично неважливою, не викликає правових наслідків у сфері цивільної відповідальності (якщо інше не передбачено законом) [6, С. 152].

У цьому контексті можна зробити висновок, що при вирішенні питання настання деліктної відповідальності держави за шкоду, завдану здійсненням влади, цивільна протиправність завданої шкоди буде виражатися в публічній протиправності власне владного діяння, що завдало шкоду.

У досліджуваних правовідносинах факт завдання шкоди не є ознакою протиправності, а правомірність чи протиправність трансформується у законність чи незаконність відповідно.

Завдана здійсненням влади шкода завжди є винною, якщо вона завдана протиправним (незаконним) діянням і, навпаки: питання про вину втрачає будь-який сенс у випадку, якщо шкода завдана правомірною (законною) дією.

Вважаємо, що у даному випадку вина повинна визначатися не як вина у завданні шкоди, а як вина у здійсненні протиправного (незаконного) діяння.

Проведене наукове дослідження інституту цивільно-правової відповідальності держави за деліктними зобов'язаннями дає підстави для висновку, що у рамках досліджуваних правовідносин має місце конфлікт презумпцій протиправності та правомірності завдання шкоди в приватному (цивільному) та публічному праві.

Варто також зазначити, що однією з особливих умов настання деліктної відповідальності держави є обов'язкове попереднє оскарження незаконності владного діяння в порядку адміністративного судочинства.

Водночас, у досліджуваних правовідносинах презумпція правомірності владної дії докорінним чином змінює презумпцію вини.

*Виходячи із вищезазначеного, вважаємо, що вина і протиправність не повинні в даному випадку розглядатися з позицій генерального делікту.*

Специфікою публічного права зумовлене злиття вини та протиправності у правовідносинах з відшкодування шкоди, завданої актами влади. Отже, традиційне розуміння вини та протиправності в даному випадку не є прийнятним.

Вина повинна розглядатися не через ставлення посадової особи до завдання шкоди, а через ставлення цієї особи до правомірності чи протиправності власне владного діяння.

Виходячи з цього, протиправність повинна кореспондувати не факту завдання шкоди, а владній дії, якою завдано шкоду.

На відміну від цивільного права, в публічному праві не шкода вказує на протиправність владної дії, а протиправність владної дії вказує на протиправність шкоди, а відтак, і на можливість її відшкодування.

При цьому шкода, завдана правомірними діями, відшкодуванню не підлягає, оскільки вважається, що вона завдана правомірно.

Протиправність владних дій повинна оцінюватися через їх законність, тобто через їх відповідність публічним нормам, що регламентують їх здійснення.

*У цьому зв'язку вважаємо невдалою чинну редакцію статей 1173-1176 ЦК України. Застосування термінів «незаконний» та «незалежно від вини» є прийнятним лише для конструкції генерального делікту, відповідно до якої вина повинна розглядатися як вина у завданні шкоди, а протиправність — як протиправність власне завдання шкоди.*

У даному ж випадку «незаконність» є свідченням наявності вини. І, навпаки, якщо посадова особа діяла формально правильно, законно, то її вина у завданні шкоди відсутня.

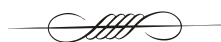
Слушною вбачається позиція тих науковців, які пропонують замість терміну «незаконний» застосовувати термін «неправомірний» або, навіть, «несправедливий» [6, С. 167].

Разом з тим, формальна правомірність (законність) кримінального переслідування не може і не повинна виключати можливість відшкодування шкоди, завданої невинуватій особі в силу особливості та виключності даного випадку завдання шкоди.

Приходимо до висновку, що існуюча проблема співвідношення вини та протиправності як умов деліктної відповідальності держави повинна вирішуватися шляхом їх «взаємопроникнення», що повинно призвести до відмови від їх презумпцій (а не відмови від принципу вини) [4, С. 96-97; 6, С. 167].

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради. — 1996. — № 30. — С. 141.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.
3. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / [за відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця]. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Т. II. — 1088 с.
4. Petit S. La responsabilité civile des agents des trois fonctions publiques. 2e edition. — Berger-Levrault. 2001. — 194 p.
5. Дзера Ю. М. Держава як учасник цивільних правовідносин. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — К., 2011. — 20 с.
6. Михайленко О. В. Имущественная ответственность за вред, причиненный осуществлением публичной власти: теоретические аспекты и проблемы ее реализации на практике. — М.: Волтерс Клувер, 2007. — 352 с.
7. Гражданское право: Учеб.: В 3 т. 4-е изд., перераб. и доп. / [под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого]. — М.: ТК Велби. Изд-во Проспект, 2004. — Т. 3. — 784 с.
8. Гражданское право: учеб. для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция» В 4 т. / [Витрянский В.В. и др.]; отв. ред. — Е. А. Суханов. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Волтерс Клувер, 2006. — Том 4: Обязательственное право. — 816 с.





**Чайковська Анастасія Володимирівна**  
*студентка 2 курсу 4 факультету 2 групи Національного університету*  
*«Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого»*

## **ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ШКОДУ ЗАВДАНУ НЕЗАКОННИМИ ДІЯМИ ОРГАНУ ДІЗНАННЯ, ПОПЕРЕДНЬОГО СЛІДСТВА, ПРОКУРАТУРИ ТА СУДУ**

Відшкодування шкоди є дієвим механізмом відновлення прав потерпілого, запобігання цивільно-правових порушень, стабілізації майнових відносин і підтримання економічного балансу у суспільстві. Конституційний принцип права на відшкодування шкоди передбачає безперечне зобов'язання держави відшкодувати заподіяну їй органами шкоду.

Досліджували інститут зобов'язань із відшкодування шкоди, в тому числі і завданої незаконними діями органу дізнання, попереднього слідства, прокуратури або суду Б. Антимонов, А. Белякова, О. Жуковська, С. Ківалов, О. Красавчиков, М. Малейн, Л. Могилянський, В. Примак та інші дослідники.

У ст. 1176 Цивільний кодекс України (далі — ЦК) визначено підстави відповідальності за шкоду, завдану незаконними діями (бездіяльністю) судових та правоохоронних органів. Суб'єктом відшкодування шкоди є держава, а відповідальність настає незалежно від вини посадових чи службових осіб. Т. С. Ківалова зазначає, що у випадках завдання шкоди незаконними діями (бездіяльністю) судових та правоохоронних органів визначальним є сам факт завдання шкоди, тоді як правомірність чи неправомірність дій, винність особи, яка завдала шкоду, тощо є обставинами факультативними: вони можуть мати, а можуть і не мати юридичного значення [3, С. 118]. Водночас держава має право звертатися з регресною вимогою до службових чи посадових осіб за відшкодованою нею шкодою. Покладення обов'язку на державу пояснюється і тим, що вона має могутні економічні можливості для ліквідації завданої шкоди. Крім того, це зумовлено і принциповими міркуваннями державно-правової політики, оскільки заподіяна шкода відшкодовується за рахунок державного бюджету. Як зазначає В. Примак, підвищені вимоги до держави обумовлюються ще й тим, що вона є первинним суб'єктом публічної правоохоронної функції та функції здійснення правосуддя [4, С. 52].

Виділяють такі риси цього зобов'язання, зокрема: виникає внаслідок порушення абсолютних прав; має недоговірний характер; відшкодування може полягати у відшкодуванні шкоди в натурі або в повному відшкодуванні завданих збитків; основна функція цього зобов'язання полягає у відновленні майнового стану потерпілого, який був до факту завдання шкоди та інші [5, С. 98].

ЦК передбачає відшкодування шкоди за вчинення протиправних діянь правоохоронними і судовими органами. До таких діянь віднесено: незаконне засудження; незаконне притягнення до кримінальної відповідальності; незаконне застосування як запобіжного заходу тримання під вартою; незаконне застосування як запобіжного заходу підписки про невиїзд; незаконне затримання та інше. ЦК та ЗУ «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду» передбачають підстави для відшкодування шкоди.

Завдана особі шкода відшкодовується незалежно від вини посадових і службових осіб органів дізнання, попереднього слідства і суду. В. Примак вказує, що підставою для безвинної відповідальності держави за шкоду, завдану особам

рішеннями, діями чи бездіяльністю органів влади, їх посадових і службових осіб є заздалегідь уразливе становище потерпілого у відповідних публічно-правових відносинах: відсутність юридичної рівності сторін цих правовідносин та особлива чутливість потерпілого до несправдження його законних сподівань на всемірне сприяння у реалізації й захисті прав цієї особи з боку органів влади [4, С. 52]. Крім того, якщо особа помирає, право на відшкодування шкоди набувають його спадкоємці. Стаття 11 Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду» зобов'язує орган дізнання, слідчого, прокурора або суд у разі наявності підстав для відшкодування шкоди роз'яснити особі порядок поновлення його порушених прав і відшкодування іншої шкоди. Згідно з чинним законодавством України є два способи відшкодування шкоди, як майнової, так і моральної: добровільний (за заявою працівника правоохоронних органів) та судовий (за рішенням суду).

Хоча ЦК передбачає відшкодування шкоди державою, однак питання про представника публічно-правових утворень у суді на законодавчому рівні не вирішено [6, С. 110]. Не достатньо врегульованим є питання і про джерела коштів на відшкодування, тобто питання їх виплат за рахунок відповідних бюджетів, що потребує узгодження з бюджетним законодавством [7, С. 282].

Інститут відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органу дізнання, досудового слідства, прокуратури або суду потребує більшого дослідження та вдосконалення, оскільки він є тим правовим засобом, гарантією охорони законних прав та інтересів осіб, основним завданням якого є звільнити від несправедливого обвинувачення невинного, поновити його добре ім'я, честь та відшкодувати шкоду, протиправно заподіяну посадовими і службовими особами цих органів.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Офіційний Вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461
2. Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду: Закон України від 01.12.1994 р. № 266/94-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 1. — Ст. 1.
3. Ківалова Т. С. Концептуальні засади визначення поняття та системи зобов'язань відшкодування шкоди за цивільним законодавством України // Часопис київського університету права — 2008. — № 1 — С. 116-123.
4. Примак В. Нормативний вимір цивільно-правової відповідальності // Юридична Україна. — 2005. — № 9 — С. 46-54.
5. Чернат В. А. Поняття та характерні риси зобов'язань відшкодування шкоди за ЦК України 2003 року // Митна справа — 2005. — № 1 — С. 94-99.
6. Ус М. Деякі процесуальні питання притягнення публічно-правових утворень до деліктної відповідальності // Розвиток української правової системи за роки незалежності. — Х.: НЮАУ, 2005. — С. 110-111.
7. Семенов В. С., Спасибо-Фатеева І. В. Стаття 56 // Конституція України: Науково-практичний коментар / [ред. кол. В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошевой та ін.] — Харків: Право; Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — С. 278-283.



**Черняк Олена Юріївна**

*молодший науковий співробітник Лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів ЄС Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України*

## **ЗАХИСТ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ У СФЕРІ ТЕЛЕКОМУНІКАЦІЇ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ**

Побудова в Україні орієнтованого на інтереси людей, відкритого для всіх і спрямованого на розвиток інформаційного суспільства неможлива без наявності досконалого правового регулювання сфери зв'язку та телекомунікацій. За часи, що минули з моменту набуття нашою державою незалежності, вже сформовано певні правові засади побудови інформаційного суспільства: прийнято ряд нормативно-правових актів, які, зокрема, регулюють суспільні відносини щодо створення інформаційних електронних ресурсів, захисту прав інтелектуальної власності на ці ресурси, впровадження електронного документообігу, захисту інформації та захисту прав споживачів у цій сфері.

Разом із тим ступінь розбудови інформаційного суспільства в Україні порівняно із європейськими тенденціями є недостатнім і не відповідає потенціалу та можливостям України, а однією з причин цього є недостатній розвиток нормативно-правової бази, яку регулює відносини у сфері зв'язку та комунікаційних технологій в цілому та прав споживачів, зокрема.

Правове регулювання захисту прав споживачів у сфері комунікації здійснюється відповідно до Директиви 2002/22 Європейського парламенту та Ради від 7 березня 2002 року про спільні правові рамки для електронних комунікаційних мереж та послуг (Рамкова Директива) [1], а також Директиви 97/66/ЄС Європейського Парламенту і Ради стосовно обробки персональних даних і захисту права на невтручання в особисте життя в телекомунікаційному секторі від 15 грудня 1997 року [2], Директиви 97/7/ЄС Європейського парламенту та Ради про захист прав споживачів в дистанційних контрактах від 20 травня 1997 року. Метою останньої Директиви є зближення законів, постанов та адміністративних положень держав-членів у сфері дистанційних контрактів, що укладаються між споживачами та постачальниками.

Споживач має право отримати письмове підтвердження чи підтвердження за допомогою будь-якого іншого надійного способу, доступного йому, інформації, протягом належного періоду часу під час виконання контракту і найпізніше — на час доставки, якщо залучені товари не для доставки третім сторонам у випадку, якщо інформація до того не була надана споживачеві до укладення контракту в письмовій формі або іншим надійним способом, йому доступним. У будь-якому випадку має бути надана наступна інформація: письмова інформація про умови та процедури реалізації права виходу із контракту, фактична адреса місцезнаходження підприємства постачальника, до якого споживач може подавати будь-які свої скарги; інформація про обслуговування на дому працівниками підприємства та про існуючі гарантії; умови анулювання контракту, якщо в ньому не вказаний особливий термін дії або термін його дії перевищує один рік.

Важливе значення для регулювання прав споживачів має також Директива № 97/66/ЄС Європейського Парламенту і Ради стосовно обробки персональних даних і захисту права на невтручання в особисте життя в телекомунікаційному

секторі від 15 грудня 1997 року. Директива передбачає гармонізацію положень держав–членів, необхідну для забезпечення однакового рівня захисту основних прав і свобод, зокрема, в тому, що стосується права на невтручання в особисте життя, при обробці персональних даних в телекомунікаційному секторі та для забезпечення вільного переміщення таких даних, а також телекомунікаційного обладнання і послуг в Співтоваристві. Положення цієї Директиви уточнюють та доповнюють Директиву 95/46/ЄС для цілей, вказаних в параграфі 1. Крім того, вони передбачають захист законних інтересів абонентів — юридичних осіб. Ця Директива не застосовується до діяльності, що виходить за межі права Співтовариства, такої як та, що передбачена в Розділах V і VI Договору про Європейський Союз, і, в жодному разі, до діяльності, що стосується громадського порядку, оборони, державної безпеки (включаючи економічний добробут держави, коли діяльність стосується питань безпеки держави), а також діяльності держави в сфері кримінального права.

Відповідно до положень вказаної Директиви «абонент» означає будь-яку фізичну чи юридичну особу, яка є стороною в контракті з постачальником загальнодоступних телекомунікаційних послуг стосовно надання таких послуг; «користувач» означає будь-яку фізичну особу, яка користується загальнодоступною телекомунікаційною послугою для особистих чи ділових цілей, при цьому передплата цієї послуги не є обов'язковою; «телекомунікаційна мережа загального користування» означає системи передавання і, у відповідних випадках, комутаційне обладнання та інші ресурси, що дозволяють передавати сигнали між визначеними кінцевими пунктами за допомогою телеграфу, радіо, оптичних чи інших електромагнітних засобів, які використовуються, повністю чи частково, для надання загальнодоступних телекомунікаційних послуг; «телекомунікаційна послуга» означає послуги, надання яких повністю чи частково полягає в передачі та маршрутизації сигналів в телекомунікаційних мережах, за винятком радіо — та телевізійного мовлення.

Постачальник загальнодоступної телекомунікаційної послуги повинен вживати відповідних технічних та організаційних заходів для гарантування безпеки своїх послуг, якщо потрібно, спільно з оператором телекомунікаційної мережі загального користування в тому, що стосується безпеки мережі. З врахуванням сучасного стану науки і техніки, а також вартості їхньої реалізації, такі заходи забезпечують рівень безпеки, що відповідає представленому ризику. У разі особливого ризику порушення безпеки мережі постачальник загальнодоступної телекомунікаційної послуги повинен повідомити абонентів про такий ризик та будь-які можливі засоби захисту, включаючи пов'язані з цим витрати.

Держави–члени забезпечують в національних положеннях конфіденційність зв'язку за допомогою телекомунікаційної мережі загального користування та загальнодоступних телекомунікаційних послуг. Зокрема, вони забороняють прослуховування, перехоплення, зберігання та інші види перехоплювання і нагляду за зв'язком, окрім того, що здійснюється користувачами, без згоди відповідних користувачів, за винятком випадків, коли на це існує законний дозвіл. Це не зачіпає жодного законно санкціонованого записування зв'язку в ході законної економічної діяльності з метою надання доказів комерційної транзакції чи будь-якого іншого економічного зв'язку.

Держави–члени застосовують національні положення для узгодження прав абонентів, які отримують деталізовані рахунки, з правом на невтручання в особисте життя користувачів, які з'єднуються, і абонентів, з якими з'єднуються,

наприклад, шляхом забезпечення того, що для таких користувачів і абонентів існують достатні альтернативні модальності.

Персональні дані, що містяться в друкованих чи електронних телефонних довідниках абонентів, які є загальнодоступними чи надаються через довідкову службу, повинні обмежуватися тим, що необхідно для визначення певного абонента, якщо тільки абонент не надав своєї недвозначної згоди на публікацію додаткових персональних даних. Абонент має право на безкоштовне випущення його даних з друкованого чи електронного телефонного довідника на його прохання, на вказування, що його особисті дані не можуть використовуватися для цілей прямого маркетингу, часткове випущення його адреси та невключення ознак, що свідчили б про його стать, якщо це можливо з лінгвістичної точки зору. Держави-члени можуть дозволяти операторам вимагати оплати від абонентів, які бажають, щоб деталі, які їх стосуються, не включалися в довідник, за умови, що відповідна сума не слугувала перешкодою для здійснення цього права і що, враховуючи вимоги якості, які висуваються до загальнодоступного довідника з огляду на загальне обслуговування, вона не перевищувала дійсних витрат, яких зазнає оператор в разі адаптації і коригування списку абонентів, які не підлягають включення в загальнодоступний довідник.

Чинне вітчизняне законодавство передбачає певні гарантії захисту прав користувачів телекомунікацій. Закон про захист прав споживачів містить загальні норми, що застосовується до відносин між постачальниками послуг і їх споживачами. Закон України «Про телекомунікації» [3] регулює окремі питання діяльності операторів, постачальників телекомунікацій.

Відповідно до ст. 32 Закону України «Про телекомунікації» споживачі під час замовлення та/або отримання телекомунікаційних послуг мають право на: державний захист своїх прав; вільний доступ до телекомунікаційних послуг; безпеку телекомунікаційних послуг; вибір оператора, провайдера телекомунікацій; вибір виду та кількості телекомунікаційних послуг; безоплатне отримання від оператора, провайдера телекомунікацій вичерпної інформації щодо змісту, якості, вартості та порядку надання телекомунікаційних послуг; своєчасне і якісне одержання телекомунікаційних послуг; отримання від оператора, провайдера телекомунікацій наявних відомостей щодо наданих телекомунікаційних послуг; обмеження оператором, провайдером телекомунікацій доступу споживача до окремих видів послуг на підставі його власної письмової заяви; повернення від оператора, провайдера телекомунікацій невикористаної частки коштів у разі відмови від передплачених телекомунікаційних послуг у випадках і в порядку, визначених правилами надання і отримання цих послуг; відмову від телекомунікаційних послуг у порядку, встановленому договором про надання телекомунікаційних послуг; відшкодування збитків, заподіяних унаслідок невиконання чи неналежного виконання оператором, провайдером телекомунікацій обов'язків, передбачених договором із споживачем чи законодавством; оскарження неправомірних дій операторів, провайдерів телекомунікацій шляхом звернення до суду та уповноважених державних органів; відмову від оплати телекомунікаційної послуги, яку вони не замовляли; отримання відомостей щодо можливості та порядку відмови від замовленої телекомунікаційної послуги; безоплатне отримання від оператора, провайдера телекомунікацій рахунків за надані телекомунікаційні послуги. За особистим зверненням споживача з урахуванням технічної можливості обладнання телекомунікаційної мережі нарахована до оплати сума за надані послуги повинна бути розшифрована тільки за той розрахунковий період, до якого споживач має

претензії, із зазначенням номера абонента, якого викликав споживач, виду послуги, часу початку і закінчення кожного сеансу зв'язку, обсягу наданих послуг, суми коштів до сплати за кожний сеанс зв'язку. Телекомунікаційні послуги, які надаються знеособлено (анонімно), розшифровці не підлягають; інші права, визначені законодавством України та договором про надання телекомунікаційних послуг.

Споживачі телекомунікаційних послуг зобов'язані дотримуватися Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг, затверджені Кабінетом Міністрів України [4]. Оператор, провайдер телекомунікацій, який припиняє діяльність з надання телекомунікаційних послуг, зобов'язаний попередити споживачів не пізніше, ніж за три місяці до припинення надання телекомунікаційних послуг. У разі анулювання чи визнання недійсною ліцензії, вилучення номерного та/або радіочастотного ресурсу внаслідок порушення оператором, провайдером телекомунікацій законодавства такий оператор, провайдер зобов'язаний відшкодувати абоненту витрати, пов'язані з припиненням надання телекомунікаційних послуг, у встановленому законом порядку.

Проаналізувавши національне законодавство, яке регламентує захист прав споживачів у сфері телекомунікацій ми дійшли висновку, що ступінь відповідності його правовим актам ЄС є низьким та в деяких випадках національне законодавство не відповідає і не враховує положень *acquis* ЄС. Зокрема, нормами матеріального права національного законодавства не враховано право споживача, до укладання будь-якого дистанційного контракту, на забезпечення інформацією про суттєві вимоги дистанційного контракту. Національним законодавством не передбачено, що споживач повинен отримувати письмове підтвердження чи підтвердження за допомогою будь-якого іншого надійного способу, доступного йому, інформації, про суттєві вимоги дистанційного контракту.

Діюче законодавство України не враховує положення, закріпленого у ч. 1 ст. 6 Директиви 97/7/ЄС Європейського парламенту та Ради відповідно до якого споживач має у своєму розпорядженні період обсягом щонайменш сім робочих днів, протягом якого він може оголосити про свій вихід з будь-якого дистанційного контракту без повідомлення причини та без понесення стягнень. Єдиною відповідальністю, яку може понести споживач внаслідок реалізації свого права на вихід з контракту, є компенсація безпосередніх витрат на повернення товарів.

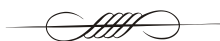
#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive) // Official Journal. — L 108. — 24.04.2002. — P. 51–77.

2. Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector // Official Journal. — L 24. — 30.01.1998. — P. 1–8

3. Про телекомунікації: Закон України від 18.11.2003 р. № 1280–IV // Офіційний вісник України. — 2003. — № 51. — Ст. 2644.

4. Про затвердження Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг: постанова Кабінету Міністрів України від 09.08.2005 р. № 720 [Текст] // Офіційний вісник України. — 2005. — № 32. — Ст. 1935



**Шалиганова Анна Сергіївна**  
*ад'юнкт кафедри цивільного права та процесу Харківського національного  
університету внутрішніх справ*

## РЕЛІГІЙНА САМОБУТНІСТЬ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ

Загальна декларація прав людини (1948 р.), Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.), Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права (1966 р.), Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (1966 р.), Декларація про права осіб, що належать до національних або етнічних, релігійних та мовних меншин (1992 р.), Рамкова конвенція про захист національних меншин (1995 р.) та інші міжнародно-правові документи визнають право особи на реалізацію своїх світоглядних переконань, вказуючи, зокрема, що кожен має право на свободу думки, совісті та релігії. Це право включає свободу змінювати свою релігію або переконання, а також свободу сповідувати свою релігію або переконання під час богослужіння, навчання, виконання та дотримання релігійної практики і ритуальних обрядів як одноособово, так і спільно з іншими, як прилюдно, так і приватно (ст. 9 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). Конституція України у ст. 11 гарантує право особи зберігати свою національну, культурну, релігійну, мовну самобутність, а у ст. 35 закріплює право на свободу світогляду і віросповідання.

Галузевим розвитком названих вище міжнародно-правових та конституційних положень є право на збереження релігійної самобутності, а також право на вільний вибір форм та способів її прояву, яке знаходить своє відображення у ст. 300 ЦК України, що закріплює право фізичної особи на індивідуальність. Згідно з цією нормою, право на збереження особою своєї релігійної самобутності має розглядатися як одна з правомочностей права на індивідуальність, а релігійна самобутність особи — у якості однієї із складових індивідуальності як об'єкту відповідного особистого немайнового права.

У загальному вигляді релігійну самобутність, як і будь-яку іншу самобутність (національну, культурну, мовну) необхідно розглядати у контексті самовизначення стосовно власних релігійних переконань. Корелятом самобутності в англійській мові є ідентичність (identity) [1], яка розглядається в якості особистого немайнового блага та права. Право на особисту ідентичність (right to personal identity) розуміється як "a form of personal freedom as self-creation or self-determination — the freedom to be and become the person one chooses which happens in and through a social context"<sup>17</sup> [2, С. 144-145]. Таким чином, самобутність ототожнюється з самовизначенням особи і представляє собою «духовну та психологічну особливість фізичної особи, засновану на культурі, релігії, мові, національності» [3, С. 342]. На думку М. Л. Нохріної, благами як об'єктами відповідних правовідносин можуть виступати лише зовнішні для суб'єктів предмети матеріального і нематеріального світу [4, С. 30]. Стосовно даної ознаки варто зазначити, що релігійна самобутність фізичної особи також може виступати в об'єктивованій формі. Незважаючи на те, що вона створюється у свідомості людини, релігійна самобутність об'єктивується через деякі зовнішні прояви індивідуальності особи. До таких проявів, на думку Р. О. Стефанчука, відноситься низка особливостей фізичної особи, які виражаються у зовнішньому вигляді

<sup>17</sup> Форма особистої свободи як самоконструювання чи самовизначення, тобто свобода бути чи стати тим, ким особа бажає бути, що відбувається у межах та через соціалізацію.

фізичної особи, її голосі та мові, манері поведінки, інтелектуальному, культурному та освітньому рівні [5, С. 444-445]. Відповідно, і релігійна самобутність може проявлятися у зовнішньому вигляді фізичної особи, наприклад, у носінні певного одягу (хіджабу — одягу, що повністю відповідає нормам Шаріату, в тому числі й мусульманської головної хустки; пілеолусу — головного убору кліру Римсько-католицької церкви; сутани — верхнього довгого одягу католицького, коптського або англіканського духовенства); певної зачіски (пейсів — традиційного елемента зачіски ортодоксальних іудеїв; довгого волосся у православних священників); у манері поведінки особи, наприклад, у поводженні в стосунках з іншими особами (неможливості позашлюбних стосунків чоловіка та жінки в Ісламі; участі в різноманітних релігійних ритуалах), у ставленні до речей (відмові від певної їжі у зв'язку з релігійними переконаннями, наприклад, від свинини в Іудаїзмі та Ісламі) тощо.

Отже, релігійна самобутність як особисте немайнове благо фізичної особи та елемент її індивідуальності характеризується наступними складовими:

- 1) самовизначення особи у якості представника певної релігії;
- 2) зовнішні прояви релігійної самобутності.

Тож під релігійною самобутністю як немайновим благом фізичної особи пропонуємо розуміти соціально-психологічну особливість фізичної особи, засновану на її світогляді, яка є основою для самовизначення у якості представника тієї чи іншої релігії та в процесі цього самовизначення особистості об'єктивується у певні зовнішні прояви.

Оскільки норми права, враховуючи здатність об'єкта задовольняти потреби людини, повинні забезпечувати можливість здійснення певних дій відносно цього блага, то ч. 2 ст. 300 ЦК України і визначає міру такої дозволеної поведінки. Розкриваючи зміст суб'єктивного права на індивідуальність, ч. 2 вказаної статті встановлює можливість вчинення таких дій, як збереження релігійної самобутності та прояв її в будь-яких формах, способах, за виключенням заборонених законом або таких, що суперечать моральним засадам суспільства. Указані правомочності суб'єкта щодо власної релігійної самобутності носять позитивний аспект. Зміст суб'єктивного цивільного права на релігійну самобутність не позбавлений і негативного аспекту, який включає можливість уповноваженої особи вимагати поваги до її релігійної самобутності, а також вимагати не порушувати її з боку інших осіб.

Свобода у здійсненні прав, зокрема і права фізичної особи на індивідуальність та права на релігійну самобутність, як однієї з правомочностей вказаного права, має відбуватись у певних межах. Ці «межі здійснення прав» у приватноправовій сфері визначаються на основі загально диспозитивного припису: «Дозволено все, що не заборонено законом». Відповідно до ч. 2 ст. 300 ЦК України, прояв релігійної самобутності фізичної особи повинен здійснюватися також з дотриманням моральних засад суспільства. Крім того, у ч. 2 ст. 35 Конституції України зазначається, що здійснення права на свободу світогляду і віросповідання, галузевим втіленням якого є право на релігійну самобутність, може бути обмежене законом лише в інтересах охорони громадського порядку, здоров'я і моральності населення або захисту прав і свобод інших людей. Отже, підставою обмеження права фізичної особи на релігійну самобутність може бути лише пряма заборона закону (нормативно-правового акту, який має силу закону) на вчинення певних дій відносно релігійної самобутності як особистого немайнового блага фізичної особи у вичерпному переліку випадків:



- 1) у випадках невідповідності певної поведінки моральним засадам суспільства;
- 2) в інтересах охорони громадського порядку;
- 3) в інтересах охорони здоров'я і моральності населення;
- 4) у випадках захисту прав і свобод інших людей.

На сьогодні практика Європейського суду з прав людини та вітчизняних судів постійно поповнюється справами щодо оскарження обмежень у носінні мусульманської головної хустки (хіджабу) як прояву релігійної самобутності жінок-мусульманок (*Karaduman v. Turkey*, *Dahlab v. Switzerland*, *Leyla Sahin v. Turkey*, *Dogru v. France*, позов Сусанни Ісмаїлової до МВС України та ін.). Подібні справи, на думку Дж. Маршалл, визивають чимало питань, які є предметом для дослідження [2, С. 142].

У деяких європейських країнах як, наприклад, Франція та Туреччина, законодавець чітко визначив, де можна перебувати в мусульманській головній хустці, а де ні. У цих країнах існує чіткий конституційний розподіл між публічною та приватною сферами, а принцип світськості визнається одним із найважливіших [2, С. 143]. Відповідно до цього принципу, приватні релігійні переконання осіб не повинні відкрито проявлятися в публічній сфері, передусім у державних навчальних закладах та на роботі у публічному секторі зайнятості.

У справах Європейського суду з прав людини про оскарження заборони носіння мусульманської головної хустки в публічних місцях заявниці посилаються на порушення таких їхніх прав, передбачених Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, як:

- 1) права на свободу думки, совісті і релігії (ст. 9);
- 2) права на повагу до приватного і сімейного життя (ст. 8);
- 3) права на свободу вираження поглядів (ст. 10);
- 4) заборону дискримінації за ознакою релігії (ст. 14) та ін.

Так, у справі *Leyla Sahin v. Turkey* [6], заявниця просила визнати такими, що не відповідають нормам ст. ст. 8, 9, 10 і 14 Конвенції та ст. 2 Протоколу № 1, положення турецького законодавства, що забороняють жінкам носити мусульманські головні хустки в університетах. Суд не виявив порушення норм жодної із статей Конвенції, на які посилалася заявниця, у тому числі й положень ст. 8, яка закріплює право на повагу до приватного і сімейного життя. Зазначимо, що у правозастосовній практиці Європейського суду з прав людини фізична та соціальна ідентичність (самобутність) особи охоплюється статтею 8 Конвенції [2, С. 89]. Проте, Суд у своєму рішенні детально обґрунтовує, чому, на його думку, у забороні заявниці носити мусульманську головну хустку в університеті не було порушення її прав, передбачених ст. 9 Конвенції, натомість, з приводу заявленого нею порушення ст. 8 Суд лише зазначає, що правила щодо мусульманських головних хусток не спрямовані проти релігійної приналежності заявниці. Що стосується заявленого порушення ст. 9 Конвенції, Суд доходить висновку, що, хоча норми, які встановлюють обмеження щодо місця і способу реалізації права на носіння мусульманської головної хустки, дійсно є актом втручання держави в здійснення заявницею свого права на сповідування релігії, проте таке втручання є законним з огляду на наступне:

По-перше, Державна рада Туреччини задовго до досліджуваних подій прийняла рішення, що носіння мусульманської головної хустки є несумісним з фундаментальними принципами Республіки, серед яких одним з основних є принцип світськості. Таким чином, у турецькому праві існувала основа для цього

акту втручання держави у здійснення заявницею свого права на сповідання релігії.

По-друге, подібне втручання переслідувало законні цілі захисту прав і свобод інших осіб та охорони громадського порядку.

Крім того, дозвіл жінкам-студенткам носити мусульманську головну хустку на території університету суперечить розвитку і зміцненню ідей рівності жінок та чоловіків перед законом, принципу плюралізму.

На нашу думку, важко погодитися з рішенням Суду проти того, що були порушені права заявниці. Так, хоча обмеження щодо носіння мусульманської головної хустки в громадських місцях і були встановлені законом, як того вимагає ч. 2 ст. 9 Конвенції, проте навряд чи можна погодитися з тим, що подібне втручання переслідувало законні цілі захисту прав і свобод інших осіб та охорони громадського порядку. Крім того, суперечливим видається твердження Суду про те, що правила щодо мусульманських головних хусток не спрямовані проти релігійної приналежності заявниці. Носіння хіджабу, тобто одягу, що відповідає нормам Шаріату, є обов'язковим для жінок, які сповідують Іслам. Без хіджабу жінку можуть бачити лише її чоловік та найближчі родичі. У суспільстві хіджаб сприймається як один із символів Ісламу та прояв приналежності до цієї релігії. Крім того, як правильно зауважує Дж. Маршалл, у жодній із подібних справ немає доказів того, що носіння мусульманської головної хустки було чимось іншим, аніж вибором жінок [2, С. 142]. З огляду на це виявляється суперечливою відсутність аналізу Судом при розгляді справи таких понять, як особиста автономія (personal autonomy) та ідентичність (identity) особи у контексті релігійної свободи, які традиційно розглядаються Судом у межах ст. 8 Конвенції.

Питання щодо мусульманської головної хустки не обійшли і Україну. Так, громадянка Сусанна Ісмаїлова звернулася до Окружного адміністративного суду м. Києва з адміністративним позовом до МВС України про визнання недійсним п. 3 розділу 1 наказу Міністерства внутрішніх справ України «Про затвердження Порядку оформлення і видачі паспорта громадянина України» від 15.06.2006 р. № 600, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України від 07.07.2006 р. № 804/12678, а також визнання його таким, що не відповідає Конституції України та ст. 3 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» [7]. Відповідно до матеріалів справи [8], коли позивачці виповнилося 25 років, вона звернулася до Сектору громадянства імміграції та реєстрації фізичних осіб Бахчисарайського районного відділу ГУМВС України в АР Крим із заявою, у якій просила вклеїти фото, на якому вона зображена в хустці (хіджабі), при цьому на фотокартці чітко видно її обличчя. Проте, начальник СГІРФО їй відмовив, посилаючись на п. 3 розділу 1 наказу МВС України № 600 від 15.06.2006 р., згідно з яким фотокартки, що подаються для оформлення паспорта, мають бути із зображенням обличчя без головного убору. На думку позивачки, оскаржуваний акт порушує її право на сповідання Ісламу та примушує порушувати його обов'язкові канони, а вклеювання фотокартки в паспорт громадянина України, де вона буде зображена без хіджабу, порушить її право на свободу совісті та відправлення релігійних культів відповідно з вимогами мусульманської релігії. Судом було відмовлено у задоволенні даного позову. Таким чином, на сьогодні в Україні, не зважаючи на відсутність у законодавстві заборон щодо хіджабу, судова інстанція може визнати правомірним обмеження права на релігійну самобутність особи навіть тоді, коли таке обмеження встановлюється підзаконним нормативно-правовим актом.

### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Ерасов Б. С. Самобытность // Культурология. XX век: Энциклопедия / Гл. ред., сост. С. Я. Левит. — СПб.: Университет. кн., 1998. —Т. 2: М–Я. — 1998. — 446 с.
2. Marshall, Jill. Personal freedom through human rights law: autonomy, identity, and integrity under the European Convention on Human Rights / by Jill Marshall. — Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. — 233 p.
3. Сліпченко С. О. Індивідуальність фізичної особи, як об'єкт особистих немайнових прав // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія: Право. — 2010. — № 929. — С. 340-344.
4. Нохрина М. Л. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными / Марина Леонидовна Нохрина. — СПб: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. — 370 с.
5. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): монографія. — К.: КНТ, 2008. — 625 с.
6. Case of Leyla Sahin v. Turkey: Application no. 44774/98, 10 November 2005 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Islamic%20|%20headscarf&sessionid=70089668&skin=hudoc-fr>
7. Губань Р. Проблема з хіджабом виникла і в Україні // Юридичний журнал. — 2010. — № 8. — С. 131.
8. Справа № 2а-11386/09/2670 Київського апеляційного адміністративного суду [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/13310877>



# ВЕЩНОЕ ПРАВО

**Дзера Олександр Васильович**

*професор кафедри цивільного права Київського національного університету ім. Т. Шевченка, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Академії правових наук України*

## **ПРИНЦИП НЕПОРУШНОСТІ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ВИМАГАЄ ДОДАТКОВИХ ЗАКОНОДАВЧИХ ГАРАНТІЙ**

В умовах ринкової економіки ефективність суспільного виробництва, товарообігу багато в чому залежить від ступеня захищеності прав власників на продукцію, товари, інші майнові блага. Тому нині вкрай важливо законодавчо забезпечити стабільність відносин власності, створити механізми захисту права власності, які б відповідали європейським стандартам.

З 11 вересня 1997 року в Україні набула чинності Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод. В ст. 1 Протоколу цієї Конвенції, зокрема, записано: «Кожна фізична чи юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права.

Однак попередні положення ніяким чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які на її думку, необхідні для здійснення контролю над використанням майна відповідно з загальними інтересами або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів.»

Отже наведені положення Конвенції, по-перше, проголошують абсолютну непорушність права власності фізичних та юридичних осіб, вільне здійснення ними правомочностей власника; по-друге, припускається можливість позбавлення власника права власності на майно, але лише в суспільних інтересах і лише за підставами, передбаченими законом або міжнародними документами; по-третє, визнають право держави втручатися у використання власниками належного їм майна, але з метою контролю правомірності дій власників та виконання ними своїх обов'язків перед державою, суспільством.

Якщо проаналізувати українське законодавство про власність, то можна дійти висновку, що в ньому в тій чи іншій мірі знайшли формальне відображення зазначені принципи, а також позитивний досвід правових систем розвинених демократичних країн. Однак водночас необхідно відзначити, що в цілому норми різних галузей законодавства не завжди належно забезпечують реалізацію цих принципів.

Так, принцип непорушності (недоторканості) права власності досить повно і однозначно закріплений у статтях 319, 326 ЦК України. Згідно зі ст. 319 власник володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд (ч. 1), усім власникам забезпечуються рівні умови здійснення своїх прав (ч. 3). Отже усі власники самостійно здійснюють правомочності і не зобов'язані отримувати на це дозвіл інших осіб, у тому числі державних органів. Згідно ж зі ст. 321 ЦК (ч. 1) право власності є непорушним. Тут не розкривається зміст поняття «непорушність». На наш погляд, його зміст полягає в недоторканності як права

власності, так і самого майна власника. Всі інші особи зобов'язані утримуватися від заподіяння йому шкоди, від безпідставного вилучення його у власника.

Принагідно зауважимо, що ст. 41 Конституції України також передбачає принцип непорушності права власності, але лише щодо приватної власності громадян. Тобто, ст. 41 Конституції прямо не проголошує принцип непорушності права власності юридичних осіб, що певною мірою не узгоджується з Конвенцією. Однак ця прогалина може бути заповнена, якщо звернутися до ст. 13 Конституції, у якій, зокрема, записано, що держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і усі суб'єкти права власності рівні перед законом. Тобто, якщо давати наведеній нормі широке тлумачення, то дія принципу непорушності права власності має стосуватися як фізичних, так і юридичних осіб. Але це лише власне тлумачення конституційної норми, з яким можуть не погодитись інші автори, які будуть її аналізувати. А тому необхідно констатувати наявність в Конституції в цій частині істотної прогалини.

Дія принципу непорушності права власності не є абсолютною. Конвенція окреслює умови, за яких його дія може бути обмежена, а власник може бути позбавлений права власності на певне майно. Це можливо лише на підставах, передбачених законом. В українському законодавстві це загальне правило стало набувати реального змісту. Так, відповідно до ст. 41 Конституції України ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі та в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Наведена норма, яка дозволяє оплатне вилучення у власника майна, аж ніяк не суперечить Конвенції. Інша справа, як ця загальна норма реалізується в окремих законах. Стаття 346 ЦК передбачає перелік як добровільних, так і примусових (оплатних чи безоплатних) підстав припинення права власності, серед яких, до речі, не знайшлося місця націоналізації. В новому ЦК також є статті, які розвивають вищенаведені конституційні положення (статті 350-353). Наприклад, відповідно до ЦК можливий викуп земельної ділянки у зв'язку з суспільною необхідністю за згодою власника або за рішенням суду (ст. 350), допускається викуп у судовому порядку пам'ятки історії та культури, якщо їй загрожує пошкодження або знищення (ст. 352). Не суперечить Конвенції та іншим міжнародним документам примусове позбавлення права власності із застосуванням реквізиції, згідно з якою майно може бути примусово відчужене у власника на підставі та в порядку, встановлених законом з метою суспільної необхідності, у разі стихійного лиха, аварії, епідемії, епізоотії та за інших надзвичайних обставин за умови попереднього і повного відшкодування його вартості, а в умовах воєнного або надзвичайного стану — з наступним відшкодуванням його вартості (ст. 346, ст. 353 ЦК). Правомірність застосування такої санкції не викликає сумнівів, адже застосування реквізиції обумовлене суспільною необхідністю, конкретний зміст якої розкрито в самому законі, що забезпечує однозначність її тлумачення та максимальною мірою унеможливорює безпідставне позбавлення права власності за таких обставин. Отже таке оплатне припинення права власності за визначеними законом конкретними підставами відповідає Європейським стандартам.

Позитивним кроком у застосуванні положень статей 350-351 ЦК України має стати нещодавно прийнятий ЗУ «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» (від 17

листопада 2009 р.), у якому визначено порядок викупу перерахованих у цьому об'єктів, порядок їх примусового відчуження та ін..

Однак значно складнішою є ситуація щодо можливого примусового безоплатного позбавлення права власності (конфіскація), що також не суперечить Конвенції. Згідно зі ст. 41 Конституції України конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом. Оскільки ст. 41 розташована в розділі II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина», то цілком логічно вважати, що наведена конфіскаційна норма розрахована на громадян і не стосується юридичних осіб, що врешті є нелогічним, адже насправді конфіскація, яка є санкцією за скоєне правопорушення може в деяких випадках застосовуватися і до юридичних осіб (за винятком кримінальних злочинів, за скоєння яких відповідальність несуть лише громадяни).

Так, відповідно до ст. 354 ЦК до особи може бути застосовано позбавлення права власності на майно за рішення суду як санкція за вчинення правопорушення (конфіскація) у випадках, встановлених законом. На жаль, положення наведеної статті виявилися позбавленими реального змісту, адже у новому ЦК України відсутні норми, які б передбачали конкретні підстави для застосування "цивільно-правової конфіскації" майна. Законодавчий вакуум в ЦК щодо конкретних підстав конфіскації майна заповнений нормами інших галузей законодавства, зокрема кримінального, адміністративного, митного.

Так, ст. 59 КК України передбачає конфіскацію майна як покарання за вчинення злочину. Формально така міра покарання відповідає Конституції України та Європейській конвенції. Однак варто звернути увагу на те, що в КК не визначені конкретні обсяги конфіскації майна, хоча і допускається конфіскація частини майна засудженого. Так чи інакше подібна конструкція дозволяє конфісковувати майно в розмірах непропорційних скоєному злочину, заподіяній шкоді. Відтак, можливі випадки конфіскації майна у великих розмірах за умов заподіяння злочином незначної шкоди, що врешті суперечить принципам розумності, справедливості. Особливість цієї конфіскації полягає у тому, що вона застосовується лише щодо того майна, яке належить особі на **праві власності**, набутому на законних підставах.

Від конфіскації як міри покарання за скоєння злочину допускається конфіскація знарядь злочину, що передбачено ст. 81 Кримінально-процесуального кодексу України. Проте і у цьому випадку розмір конфіскованих знарядь злочину у вартісному вираженні не залежить від розміру шкоди, завданої скоєним злочином. Власне і в КК України є низка статей, які передбачають конфіскацію знарядь злочину. Наприклад, незаконне полювання карається штрафом або обмеженням волі на строк до трьох років, з конфіскацією знарядь і засобів полювання та всього добутого (ч. 1 ст. 248 КК України). На жаль, в цій статті визначена конфіскація знарядь і засобів незаконного полювання безвідносно до того факту хто є їх власником. Він взагалі може бути непричетний до неправомірного використання цих об'єктів порушником. Тобто за такою нормою може бути конфісковане майно, належне іншим особам, а відтак це суперечить принципу непорушності права власності.

У вищезгаданій статті КК передбачена також конфіскація «всього добутого» шляхом незаконного полювання. Таких статей, що передбачають конфіскацію незаконно добутих благ в КК України досить багато. Така санкція застосовується до порушників з огляду на те, що на ці блага у них не виникає право власності,

оскільки відповідно до ч. 1 ст. 328 ЦК України воно набувається на підставах, що не заборонені законом.

Аналіз перерахованих різновидів конфіскації може дати підстави також для висновку про певну юридичну некоректність у її законодавчому визначенні. Так, у ст. 41 Конституції України записано, що конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та в порядку, встановлених законом. Наведена конституційна норма знайшла своє закріплення та розвиток в ст. 354 ЦК, в якій визначається поняття конфіскації. В ч. 1 ст. 354 ЦК передбачено, що «до особи може бути застосовано позбавлення права власності на майно за рішенням суду як санкція за вчинення правопорушення (конфіскація) у випадках, встановлених законом». Тобто за ЦК України конфіскації має підлягати майно, яке належить на праві власності особі, яка вчинила правопорушення. Власне такий же підхід зафіксовано у ст. 59 КК України, згідно з якою покарання у виді конфіскації майна полягає в примусовому безоплатному вилученні у власність держави всього або частини майна, яке є **власністю засудженого**. Проте в особливій частині КК України містяться норми, які встановлюють конфіскацію майна за іншими підставами та конфіскацію майна, не належного засудженому на праві власності.

Митним кодексом України встановлено адміністративну відповідальність у формі конфіскації за порушення митних правил, яка полягає у примусовому вилученні товарів, транспортних засобів і безоплатній передачі їх у власність держави. При цьому така конфіскація застосовується незалежно від того чи є ці товари, транспортні засоби власністю особи, яка вчинила правопорушення (ст. ст. 319, 322, 326 МК України). Цілком очевидно, тут можна констатувати факт порушення прав тих власників, майно яких було переміщено з порушенням митних правил без їх згоди чи іншим чином поза їхньою волею (наприклад, перебувало на зберіганні у порушника, було викрадено у власника тощо).

За порушення митних правил може наступати також кримінальна відповідальність. Так, відповідно до ст. 201 КК України контрабанда, тобто переміщення товарів через митний кордон України або поза митним кордоном або з приховуванням від митного контролю, вчинене, зокрема, у великих розмірах, карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років з конфіскацією предметів контрабанди, а і ж самі дії, вчинені за попередньою змовою групою осіб або особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею, караються позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років з конфіскацією предметів контрабанди та з конфіскацією майна. Як видно із змісту наведеної статті, у ній також не встановлені гарантії для добросовісних власників товарів, що стали предметом контрабанди.

Отже, законодавча конфіскаційна політика, на наш погляд, потребує реформування. Зокрема, доцільно було б в ст. 387 ЦК України передбачити спеціальне застереження про те, що власник має право на витребування майна, що було знаряддям злочину, предметом контрабанди тощо, якщо вони були використані поза волею власника іншими особами, що вчинили правопорушення.

Доцільно було б також щодо незаконно одержаних майна та доходів застосовувати не конфіскацію, а безоплатне примусове їх вилучення в доход держави як безпідставно набутого внаслідок вчинення злочину, адміністративного чи іншого правопорушення.

Як відомо, до недавнього часу ЦК України не передбачав конфіскаційних санкцій за конкретні правопорушення. Однак ситуація змінилася у зв'язку з

прийняттям Закону України від 02.12.2010 р., яким було внесено зміни до ст. 228 ЦК України частиною третьою і яка фактично передбачила конфіскацію майна.

Стаття 228 у первісній редакції складалася з двох частин. У першій частині визначається перелік порушень публічного порядку. Усі вони можуть бути поділені на дві великі групи: а) правочини, спрямовані на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина (ст. 21-68 Конституції України); б) правочини, спрямовані на знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, АРК, територіальної громади та на незаконне заволодіння ним. В доктрині цивільного права такі порушення публічного порядку розглядаються як такі, що порушують основні засади державного правопорядку. Під дію цієї статті можуть також підпадати правочини, що суперечать моральним засадам суспільства, встановленим, наприклад, Законом України "Про захист суспільної моралі".

Відповідно до ч. 2 ст. 228, правочин, спрямований на зазначені порушення публічного порядку (антипублічний правочин) є нікчемним. При цьому в ч.1 ст.228 ЦК законодавець не ставить визнання правочину антипублічним у безпосередню залежність від факту наявності в діях його учасника (учасників) наміру (умислу) на досягнення протиправної мети. Не передбачала ст. 228 (в первісній редакції) також конкретних правових наслідків нікчемності антипублічного правочину та відсилочних норм до інших статей ЦК, які містять загальні правила про правові наслідки недійсності правочинів. Аналіз змісту ч.1 ст.228 ЦК дає підстави насамперед дійти висновку вважати, що в ній закладено надмірне коло підстав для визнання правочину таким, що порушує публічний порядок (антипублічний правочин). При цьому такі підстави не конкретизовані, носять оціночний характер, що завжди буде призводити і в науці і в судовій практиці до різного їх тлумачення.

Як відомо, ЦК УРСР передбачав норми про недійсність угод укладених з метою, суперечною інтересам держави і суспільства (ст. 49). Так, згідно зі ст. 49 ЦК УРСР за угодою, укладеною з метою, завідомо суперечною інтересам соціалістичної держави і суспільства та за наявності умислу у обох сторін, все одержане ними за угодою стягується в доход держави, а в разі виконання угоди лише однією стороною з другої сторони стягується в доход держави все одержане нею і все належне з неї першій стороні на відшкодування одержаного. При наявності ж умислу лише у однієї сторони все одержане нею за угодою повинно бути повернуто другій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного стягується в доход держави.

Таким чином, правові наслідки, встановлені ст. 49 ЦК УРСР фактично мали усі ознаки "цивільно-правової конфіскації" (двосторонньої чи односторонньої).

Стаття 228 нового ЦК є певним аналогом ст. 49 ЦК 1963 р., оскільки встановлює нікчемність правочинів, спрямованих на порушення конституційних прав та свобод громадян та на порушення основ правопорядку в суспільстві. Однак, на відміну від ст. 49 ЦК 1963 р., у ст. 228 не були визначені безпосередньо правові наслідки нікчемності "антипублічного правочину". За таких обставин в науці і судовій практиці вважалося, що судом мають застосовуватися загальні правові наслідки, передбачені ст. 216 ЦК, зокрема, двостороння або одностороння реституція та відшкодування збитків.

Досліджувана проблема ускладнюється і тим, що ч. 1 ст. 208 Господарського кодексу України майже повністю відтворює зміст ст. 49 ЦК УРСР. Так, в ст. 208 ГК України зазначається : "Якщо господарське зобов'язання визнано недійсним як таке, що вчинено з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і



суспільства, то за наявності наміру в обох сторін — у разі виконання зобов'язання обома сторонами — в доход держави за рішенням суду стягується все одержане ними за зобов'язанням, а у разі виконання зобов'язання однією стороною з другої сторони стягується в доход держави все одержане нею, а також все належне з неї першій стороні на відшкодування одержаного. У разі наявності наміру лише у однієї із сторін усе одержане нею повинно бути повернено другій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного стягується за рішенням суду в доход держави”.

Таким чином ч. 1 ст. 208 ГК майже повністю текстуально співпадає з ст. 49 ЦК УРСР, незважаючи на її істотні вади, з тією різницею, що в ст. 208 визнається недійсним господарське зобов'язання, а не господарський договір чи інший правочин. Юридична некоректність цього положення є очевидною, адже недійсним має визнаватися договір як лише одна з підстав виникнення господарського зобов'язання. Заради справедливості відзначимо наявність подібної нелогічності в ст. 548 ЦК, в якій застосовано термін «недійсність основного зобов'язання».

Такі розбіжності у врегулюванні схожих відносин в ЦК і ГК піддавалися критиці в юридичній науці, наголошувалося на відсутності юридичної логіки у такій правовій ситуації, неможливості формування єдності судової практики.

На вирішення цієї проблеми спрямовані зміни до ст.228 ЦК, яку було доповнено ч.3 такого змісту: у разі недодержання вимоги щодо відповідності правочину інтересам держави і суспільства, його моральним засадам такий правочин може бути визнаний недійсним. Якщо визнаний судом недійсний правочин було вчинено з метою, що завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, то при наявності умислу у обох сторін — в разі виконання правочину обома сторонами — в доход держави за рішенням суду стягується все одержане ними за угодою, а в разі виконання правочину однією стороною з іншої сторони за рішенням суду стягується в доход держави все одержане нею і все належне — з неї першій стороні на відшкодування одержаного. При наявності умислу лише у однієї із сторін все одержане нею за правочином повинно бути повернуто іншій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного за рішенням суду стягується в доход держави.

У зв'язку з цим постає цілком закономірне питання про те, що можливо введення ч. 3 до ст.228 ЦК, в основу якої покладено ст. 49 ЦК УРСР, є прогресивним рішенням. Однак аналіз практики застосування ст. 49 ЦК УРСР свідчить про наявність у її положеннях істотних вад.

Редакцію ст. 49 ЦК УРСР не можна визнати вдалою у зв'язку з відсутністю у її тексті конкретних критеріїв для класифікації угоди недійсною та застосування передбачених нею правових наслідків. Відповідно і в судовій практиці зміст цієї статті не набув чіткого тлумачення, у зв'язку з чим суди навіть в радянський період вкрай рідко визнавали недійсними угоди за правилами ст. 49 ЦК УРСР, вдаючись до застосування передбачених нею санкцій у тому разі, коли дії учасника недійсної угоди містили ознаки злочину. Тому позиція судів щодо застосування ст. 49 ЦК УРСР змінювалася залежно від соціально-політичної ситуації в країні.

Однак, як, на наш погляд, зміни до ст.228 ЦК не можна визнати продуманими і логічними, про що свідчить наступне.

**По-перше**, виникла певна неузгодженість між текстом ст.228 ЦК і її назвою, яка первісно мала назву «Правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок», а отримала нову — «Правові наслідки правочину,

який порушує публічний порядок, вчинений з метою, що суперечить інтересам держави та суспільства». З тексту ч.1 ст.228 ЦК випливає, що фактично «антипублічними» правочинами мають вважатися правочини, що порушують публічний порядок, але нічого не говориться про те, що вони одночасно є і такими, що суперечать інтересам держави і суспільства, хоча до такого визнання спонукає нова редакція назви цієї статті, але сама норма ч.1 ст.228 цього висновку не підтверджує.

Ця неузгодженість появляється також у застосуванні поряд з терміном «правочин» у ч.3 ст.228 ЦК терміну «угода», що свідчить про істотний прорахунок у використанні термінології, адже застосовані терміни нині не можуть розглядатися як тотожні. Очевидно термін «угода» був випадково запозичений з ЦК УРСР або з ГК України внаслідок поспішності у підготовці змін до ст.228 ЦК України, та відсутності науково-експертних оцінок цих змін.

**По-друге**, зміст ч.1 і зміст ч.3 ЦК виявився неузгодженим і не збалансованим, адже в ч.1 визначається перелік видів правочинів, що порушують публічний порядок, а в ч.3 визначаються правові наслідки правочинів, що не відповідають інтересам держави і суспільства та вчинених сторонами (стороною) з умислом. Тобто може створюватися враження про те, що законодавець не ототожнює усі перераховані в ст.228 ЦК правочини, що знову ж таки засвідчує суперечність між назвою ст.228 ЦК і її змістом. Не знімає цієї проблеми доповнення ч.1 ст.203 ЦК про те, що зміст правочину не повинен суперечити також інтересам держави, суспільства.

**По-третє**, у ч.3 ст.228 ЦК передбачені різноплщинні правові наслідки недійсності правочину. За загальним її правилом у разі недодержання вимоги щодо відповідності правочину інтересам держави і суспільства, такий правочин може бути визнаний недійсним. Очевидно у такому разі мають застосовуватися загальні правові наслідки, встановлені ст.216 ЦК. У тому ж разі, якщо такий правочин вчинений також з метою, що завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, то при наявності умислу в обох сторін або у однієї сторони застосовується відповідно двостороння або одностороння конфіскація одержаного за таким правочином. За таких обставин незрозумілою залишається роль ч.2 ст.228 ЦК, яка встановлює нікчемність правочину, який порушує публічний порядок, виникає питання яких правочинів вона стосується?

**По-четверте**, не відбулося гармонізації положень ст.228 ЦК і ст.208 ГК. Більше того, в певному сенсі суперечності між ними поглибились.

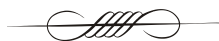
Розбіжності між ЦК та ГК України у врегулюванні питань недійсності правочинів та господарських зобов'язань можуть призводити до конкуренції норм цих актів, а врешті і до їх довільного застосування судами. По-різному будуть тлумачити досліджувані норми як сторони правочину (господарського зобов'язання) та інші особи, у тому числі податкові органи, зацікавлені у визнанні їх недійсними з застосуванням або незастосуванням конфіскаційних майнових наслідків.

У такій ситуації застосування ст. 208 ГК України буде супроводжуватися виникненням тих же проблем, які мали місце у застосуванні судами ст. 49 ЦК 1963 р., обумовлені її вищенаведеними змістовними вадами. Однак найбільш ефективним засобом усунення можливих колізій між ЦК і ГК є внесення до них відповідних змін.

У врегулюванні недійсності правочинів (господарських зобов'язань) за ЦК України та ГК України існують і інші проблеми. По-перше, по-різному буде тлумачитися питання недійсності господарського зобов'язання, укладеного з

порушенням господарської компетенції (ст. 207 ГК). По-друге, ГК не містить належного механізму визнання господарських договорів недійсними, а відтак ГК вимагає термінового доповнення нормою про те, що на ці відносини мають поширюватися відповідні норми глави 16 ЦК України. По-третє, в ГК не виправдано звужене коло осіб, які можуть звертатися з позовами про визнання господарських зобов'язань недійсними. За ст. 207 ГК таке право мають лише сторони або відповідний орган державної влади, в той час як за ст. 215 ЦК України правочин може бути визнаний недійсним на вимогу сторони або іншої зацікавленої особи.

Зважаючи на існуючі численні вади норм ЦК та ГК про недійсність правочинів та господарських зобов'язань в судовій практиці при розгляді справ даної категорії необхідно керуватися відповідними положеннями як ЦК, так і ГК з врахуванням висловлених застережень. Проте найбільш оптимальним вирішенням цієї проблеми може бути лише законодавчий перегляд норм ст.228 ЦК та ст.208 ГК з метою їх гармонізації та введення до них конкретних видів порушень укладання правочинів, які б слугували підставою застосування конфіскаційних санкцій. Лише у такому разі можна буде уникнути безпідставних порушень конституційного права фізичних і юридичних осіб на власність та дотримання визначального принципу непорушності права власності.



**Аврамова Ольга Євгенівна**

*доцент кафедри права Національного технічного університету «ХПІ», кандидат юридичних наук*

## **РЕКВІЗИЦІЯ, ЯК ПІДСТАВА ПОЗБАВЛЕННЯ ПРАВА ПРИВАТНОЇ ВЛАСНОСТІ: ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ**

Позбавлення права приватної власності є виключними випадками, які повинні бути системно регламентовані законодавством. Оскільки ці підстави зачіпають конституційні, цивільні права людини. Особливість застосування у цивільному праві реквізиції пояснюється тим, що ця підстава знаходиться на межі приватного і публічного права. При застосуванні реквізиції первинним є публічний інтерес, тобто задовольняються інтереси держави і суспільства. Для збереження розумного балансу публічних і приватних інтересів виникає необхідність встановити визначення, класифікацію реквізиції в цивільному праві. Тому, метою цього дослідження є встановлення різновидів реквізиції, підстав її застосування відповідно до діючого українського законодавства.

Реквізиція (від лат. requisitio — вимога) — це примусове вилучення державним органом майна в інтересах держави і суспільства з виплатою власнику вартості майна у випадках воєнних дій, стихійного лиха, аварії, епідемії, епізоотії та інших надзвичайних обставин [1, С. 570]. Вперше поняття реквізиції з'явилося в Цивільному кодексі УРСР 1922 року в ст. 69: «Реквізиція майна у власника допускається лише в порядку, встановленому Декретом про реквізицію і конфіскацію майна, з винагородою власнику за середніми ринковими цінами на момент вилучення» [2]. В Додатку 3 до ЦК УРСР 1922 р. у п. 2 закріплювалося: «Реквізицією вважається застосування у випадку державної необхідності примусового, платного відчуження або тимчасове вилучення державою майна, що

знаходиться у володінні приватних осіб і суспільства» [3, С. 312]. У Цивільному кодексі УРСР 1963 р. також передбачалася реквізиція [4]. Цивільний кодекс України в ст. 353 [5] передбачає, що реквізиція може застосовуватися у вигляді відчуження майна у випадках стихійного лиха, аварій, епідемій, епізоотій та інших обставин, що носять надзвичайний характер. В інтересах суспільства, за рішенням органів державної влади приватне майно може бути примусово відчужене у власника в порядку і на умовах, встановлених законом, за попереднього і повного відшкодування його вартості. Проте допускається, що в умовах надзвичайного стану майно може бути примусово відчужене без попереднього відшкодування з наступною повною виплатою його вартості. Реквізиція може призвести до переходу рухомого, нерухомого майна у власність держави (з виплатою його вартості) або використанню в інтересах суспільства з подальшим поверненням реквізованого майна власнику.

Підстави для застосування реквізиції наступні: проведення воєнних дій, введення надзвичайного стану; інші випадки, які загрожують життю людини і мають публічний інтерес. Слід зазначити, що обставини, що призвели до реквізиції, виходять за межі звичайної життєдіяльності суспільства та можуть призвести до масової загибелі людей, ушкодження здоров'я тощо. Реквізоване приватне майно може використовуватися з метою порятунку життя людей, оновленню або підтримки діяльності необхідних підприємств, а також для запобігання або ліквідації надзвичайних обставин і для інших потреб суспільства.

Застосування реквізиції при проведенні воєнних дій врегульовано міжнародним правом. Згідно зі ст. 52 Гаазької конвенції про закони і звичаї сухопутної війни від 18 жовтня 1907 р. реквізиція може здійснюватися лише для потреб окупаційної армії і не повинна здійснюватися для забезпечення воюючої держави взагалі [3, С. 312]. Реквізиція допускається лише в тій мірі, яка продиктована військовою необхідністю. Компенсація за майно повинна сплачуватися «військовими грошми»; якщо вартість майна неможливо сплатити в момент вилучення, то складається розписка, за якою виплата здійснюється у найкоротший строк. Реквізиція, проведена в період воєнних дій, найчастіше поширюється на рухоме майно, зокрема на автомобілі.

Реквізиція може проводитися при введенні режиму надзвичайного стану. Стаття 4 Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану» [6] закріплює, що цей режим вводиться під час аварій технологічного і природного характеру, які загрожують життю і здоров'ю людей, у разі здійснення масових терористичних актів, при міжнаціональних, міжконфесійних конфліктах, масовому безладді. Згідно з постановою Кабінету Міністрів України № 990 від 01.10.05 р. «Про затвердження Порядку відшкодування вартості примусово відчуженого майна у власника під час мобілізації в умовах воєнного стану» [7] реквізиція може проводитися і під час проведення мобілізації в умовах воєнного стану.

Таким чином, можна запропонувати виділяти види реквізиції в залежності від підстав введення: реквізиція, яка проводиться під час введення надзвичайного стану; реквізиція, яка проводиться під час проведення мобілізації в умовах воєнного стану; реквізиція, що здійснюється окупаційною армією. В залежності від об'єкта реквізиція поділяється на реквізицію рухомого та нерухомого майна.

Обов'язковою умовою проведення реквізиції, незалежно від обставин її проведення, є визначення порядку і розміру компенсаційних виплат. Так, у випадках технологічних, екологічних катастроф і за інших обставин надзвичайного характеру, як-то: стихійні лиха, аварії, епідемії, епізоотії, що

виключають можливість здійснення власником його прав по володінню, користуванню і розпорядженню майном, власнику відшкодовується вартість майна в повному обсязі відповідно до реальної вартості майна на момент позбавлення права власності, включаючи неoderжані доходи. Під реальною вартістю майна слід розуміти грошову суму, за яку воно може бути продано в цьому населеному пункті або місцевості (ринкова вартість). За умови виникнення спору, переданого до суду, для визначення вартості може призначатися експертиза. Особам, що втратили житло в зв'язку з обставинами надзвичайного стану, в тому числі з проведенням робіт з його запобігання або ліквідації, відповідно до Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану» надаються житлові приміщення, відшкодовуються матеріальні збитки [6].

Згідно з постановою Кабінету Міністрів України № 990 від 01.10.05 р. у разі проголошення воєнного стану рішення про примусове відчуження майна, необхідного для потреб оборони, приймає військове командування разом з органами виконавчої влади. Для отримання компенсації за примусово відчужене майно його власник після скасування воєнного стану звертається до військового командування із заявою, до якої додається акт разом з висновком про вартість майна. Розмір компенсації власнику за примусово відчужене майно коригується з урахуванням офіційно визначених індексів інфляції. Але норми вказаної постанови значно зачіпають права власників майна, зокрема житла, яке після скасування воєнного стану може залишитися у натурі. Тому можна запропонувати п. 8 постанови КМУ № 990 викласти в наступній редакції: «Власник примусово відчуженого майна, після скасування воєнного стану, звертається до військового командування з заявою про повернення нерухомого чи рухомого майна, що залишилося у натурі, та про сплату компенсації за погіршення стану цього майна та інших збитків. Якщо повернути вилучене майно неможливо, то власнику відшкодовується його грошова вартість з урахуванням індексу інфляції. До заяви про повернення майна чи про сплату компенсації додається акт вилучення, документ, що підтверджує особу власника».

При розгляді реквізиції постає питання: чи застосовувалася реквізиція в областях України, що постраждали від катастрофи на Чорнобильській атомній електростанції. В українській юридичній літературі не висловлювалася думка щодо правової ситуації з житловим фондом у зонах відчуження. Проте ця ситуація аналізувалася за білоруським законодавством І. П. Третьяковою, яка дійшла висновку, що в Білорусі в місцевостях, постраждалих від катастрофи на ЧАЕС, застосовувалася реквізиція [8, С. 11].

Згадаємо деякі факти. Катастрофа на ЧАЕС відбулася у 1986 р., але в жодному нормативному акті чи заяві зробленій владою, не міститься відомостей щодо правового режиму нерухомого майна у зонах виселення. Так, одним з правових наслідків аварії на ЧАЕС є зміна правового статусу територій, які зазнали радіоактивного забруднення. Згідно з постановою Кабінету Міністрів УРСР від 23.07.1991 р. № 106 ряду населених пунктів, віднесених до зон радіоактивного забруднення в результаті Чорнобильської катастрофи, були привласнені певні категорії залежно від ступеня радіоактивного забруднення [9]. Ці території стали зонами екологічного лиха:

1. Зона відчуження — до неї входить 76 населених пунктів, у яких була проведена евакуація в 1986 р.
2. Зона безумовного (обов'язкового) відселення — це 94 населені пункти.
3. Зона гарантованого добровільного відселення.
4. Зона посиленого радіологічного контролю.

Зона відчуження та зона безумовного (обов'язкового) відселення охоплюють понад 2600 кв. км. Довжина периметру зони становить 439 км. На території зони зосереджено 2,8 млн. кубометрів радіоактивних відходів (200 тис. кюрі, не враховуючи об'єкта «Укриття»). До аварії тут було 94 населені пункти, а тепер лише 13. Зараз у них проживають люди — 410 осіб, яких прийнято називати «самопоселенцями» [10, С. 15]. Офіційно проживання у перших двох зонах заборонено згідно зі ст. 12 Закону України «Про правовий режим територій, які зазнали радіоактивного забруднення в результаті Чорнобильської катастрофи» [11], а також заборонено вивозити з них майно без дозволу Міністерства України з питань надзвичайних ситуацій і у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи та без дозиметричного контролю.

Таким чином, в 1986 р. мешканці 169 населених пунктів були позбавлені права володіти, користуватися, розпоряджатися своїми нерухомим і рухомим майном. Громадяни, що проживали у першій і другій зонах, були відселені примусово, їхньої згоди на це не було потрібно. У першій зоні евакуація проводилася негайно, люди автоматично втрачали все майно: житло, автомобілі, одяг інше.

Відселеним особам держава забезпечувала матеріальне відшкодування втраченого майна, здоров'я. Згідно зі ст. 32 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, що постраждали в результаті Чорнобильської катастрофи» [12], евакуйовані або відселені громадяни безкоштовно забезпечуються житловими приміщеннями, як правило, у спеціально побудованих з цією метою селищах, будинках і квартирах, що передаються їм у власність.

Таким чином, держава офіційно в зонах відчуження і безумовного відселення ревізиції не проводила. Що ж сталося? Майно, яке знаходилось і знаходиться у перших двох зонах, існує. Воно не перейшло у власність держави. Правовий режим на це майно чітко не встановлено, за винятком вказівки, що вивозити і користуватися ним неможливо. Слід зазначити, що згідно зі ст. 179 ЦК України річчю є предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки. Речами у цивільному праві, за думкою В. Л. Яроцького, визнаються предмети матеріального світу, здатні задовольняти потреби учасників цивільних відносин завдяки своїм фізичним, хімічним, біологічним та іншим властивостям, щодо яких між ними можуть виникати визначені їх волевиявленням і не заборонені законом цивільні права та обов'язки [13, С. 170]. Тобто, змістом речі є її властивості, економічне призначення, інтерес суб'єктів до неї. Майно, що залишилося в зонах обов'язкового відселення, втратило якісні ознаки (у зв'язку з радіаційним забрудненням), воно втратило здатність задовольняти потреби людини, відносно нього не можуть виникати цивільні права та обов'язки. Предмети, які не мають якісних властивостей або ці властивості ще не розкриті, не можуть бути об'єктами цивільного права. І річ набуває правового статусу, якщо вона має властивості, що використовуються людиною, і навпаки, річ позбавляється статусу, якщо вона не потрібна. Тому майно, що фактично існує в зоні відчуження, юридично не може бути предметом правовідносин.

Стаття 349 ЦК України не містить поняття знищення майна, а тільки констатує, що право власності на майно припиняється в разі його знищення. Стверджувати, що річ (майно) є знищеною, можна тоді, коли вона перестане існувати у матеріальному світі або втратить якісні ознаки та не зможе виконувати свого цільового призначення, і людина втрачає до неї інтерес. Рухоме і нерухоме майно, що залишилося у зонах відчуження, втратило основне — якісні ознаки для задоволення інтересів людини, воно не має економічного змісту. Тому воно

може бути віднесене до знищеного майна, майна, яке не існує, яке не має правового статусу. Слід роз'яснити це особам, які володіли майном на розглянутих територіях.

Таким чином, реквізиція майна, зокрема житла в практиці України не відбувалася, але ж вона допустима. Під реквізицією слід розуміти примусове вилучення державним органом майна для задоволення публічного інтересу з виплатою власнику вартості майна у випадках воєнних дій, стихійного лиха, аварії, епідемії, епізоотії та інших надзвичайних обставин. Реквізиція може бути в залежності від підстав введення: реквізиція, яка проводиться під час введення надзвичайного стану; реквізиція, яка проводиться під час проведення мобілізації в умовах воєнного стану; реквізиція, що здійснюється окупаційною армією. В залежності від об'єкта реквізиція поділяється на реквізицію рухомого та нерухомого майна.

### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Юридичний словник-довідник. — К: Femina, 1996. — 694 с.
2. Цивільний кодекс УРСР 1922 р. // ЗУ УРСР. — 1922. — № 55. — Ст. 780.
3. Богданов Е. Ф. Право на жилище — конституционное право советских граждан // Проблемы правоведения. Респ. Межв.науч.сб., Вып. 37. — К., 1978. — С. 29-34.
4. Цивільний кодекс УРСР 1963 р. // Ведомости Верховного Совета УССР. — 1963. — № 30. — Ст. 463.
5. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — №№ 40-44. — Ст. 356.
6. Про планування і забудову територій: Закон України від 20.04.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 31. — Ст. 250.
7. Про затвердження Порядку відшкодування вартості примусово відчуженого майна у власника під час мобілізації в умовах воєнного стану: Постанова Кабінету Міністрів України від 01.10.05 р. № 990 // Збірник урядових нормативних актів України 2006. — № 1. — Ст. 27.
8. Третьякова И. П. Право частной собственности на жилой дом: Автореф. дис. ... к-та.юр. наук: 12.00.03. — Минск, 1998. — 20 с.
9. Про організацію виконання постанов Верховної Ради УРСР про порядок введення в дію законів УРСР «Про правовий режим територій, які зазнали радіоактивного забруднення в результаті Чорнобильської катастрофи» та «Про статус і соціальний захист громадян, що постраждали в результаті Чорнобильської катастрофи»: Постанова Кабінету Міністрів України від 23.07.91 р. № 106 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=106%E1-91-%EF>.
10. Чого чекати від Чорнобиля? // Урядовий кур'єр. — 2003. — 27.03. — № 57. — С. 15.
11. Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення в результаті Чорнобильської катастрофи: Закон України від 21.02.1991 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — № 16. — Ст. 19.
12. Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали в результаті Чорнобильської катастрофи: Закон України від 28.02.1992 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1992. — № 16. — Ст. 200.
13. Цивільне право України: Підручник / [за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — 480 с.



**Антонюк Елена Игоревна**

*доцент кафедры гражданского права и процесса Донецкого национального университета, кандидат юридических наук, доцент*

## **МОМЕНТ ВОЗНИКНОВЕНИЯ У ДОБРОСОВЕСТНОГО ПРИОБРЕТАТЕЛЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА ИМУЩЕСТВО, КОТОРОЕ НЕ МОЖЕТ БЫТЬ У НЕГО ИСТРЕБОВАНО**

Одним из оснований приобретения права собственности в Гражданском кодексе Украины была предусмотрена невозможность истребования имущества у добросовестного незаконного приобретателя на основании ст. 388 ГК Украины (ст. 330). В ст. 658 ГК Украины было закреплено, что покупатель, купивший товар у продавца, не являющегося его собственником, приобретает право собственности только в случае, если собственник не имеет права требовать его возврата. Подобных норм ГК УССР 1963 г. не содержал, хотя также предусматривал случаи, в которых имущество не могло быть истребовано у добросовестного приобретателя. В ст. 183 ГК УССР 1922 г. закреплялась норма, аналогичная по содержанию норме, предусмотренной в ст. 658 ГК Украины.

Например, Германское гражданское уложение (§ 932) в качестве самостоятельного основания возникновения права собственности называет добросовестное приобретение имущества владельцем [1, С. 212].

Теоретическая конструкция приобретения права собственности добросовестным приобретателем от неуправомоченного отчуждателя строится на том, что основанием возникновения права собственности в этом случае является сложный фактический состав [2, с. 133; 3, С. 221]. В указанный состав входят такие элементы как: 1) заключение между неуправомоченным отчуждателем и приобретателем сделки, направленной на переход права собственности; 2) возмездный характер этой сделки; 3) фактическая передача вещи приобретателю; 4) вещь не изъята из оборота; 5) вещь выбыла из владения её собственника или лица, которому она была доверена собственником, не помимо воли того или другого; 6) добросовестность приобретателя. Причем передача вещи может происходить неоднократно, пока эта вещь, вышедшая из владения собственника или доверенного лица не помимо их воли, не будет приобретена возмездным путем добросовестным приобретателем, который станет её собственником. И тут произойдет качественный скачок. Собственник станет совершать сделки на законном основании [4, С. 352, 473, 474].

Приобретение права собственности в таком случае является первоначальным способом, а не производным, поскольку право приобретателя не зависит от права отчуждателя (он его не имеет) и от права бывшего собственника (он его не отчуждает) [3, с. 224].

Следует отметить, что ст. 330 ГК Украины охватывает не все случаи невозможности истребования вещи у незаконного добросовестного приобретателя. Например, в соответствии со ст. 389 ГК Украины не могут быть истребованы деньги и ценные бумаги. Также в иске собственнику может быть отказано и из-за пропуска исковой давности, на применении последствий которого будет настаивать приобретатель. Ст. 658 ГК Украины не ограничивает случаи возникновения права собственности на вещь,



приобретенную не у собственника, однако она распространяется только на договор купли-продажи.

Возникновение у незаконного добросовестного приобретателя права собственности на имущество в рассматриваемом случае связано с невозможностью истребования вещи, и не требует истечения определённого срока, как при возникновении права собственности на основании приобретательской давности.

Однако ст. 330 ГК Украины не содержит указаний относительно момента возникновения права собственности. Хотя, например, относительно приобретательской давности ГК Украины предусматриваются особенности момента возникновения права собственности на недвижимое имущество, транспортные средства, ценные бумаги.

Закрепления в ст. 330 ГК Украины условия возникновения у добросовестного приобретателя права собственности не достаточно для определения момента возникновения данного права.

Б. Б. Черепакхин придерживался мнения о том, что приобретатель становится собственником приобретенной им вещи при наличии всех элементов сложного фактического состава именно в момент завершения накопления всех элементов данного состава [3, С. 224].

Моментом завершения накопления всех элементов фактического состава относительно движимых вещей, является момент поступления вещи в фактическое владение добросовестного приобретателя. Аналогичное положение предусмотрено в ст. 334 ГК Украины относительно приобретения вещи по договору. Комментируя норму ст. 330 ГК Украины, В. Г. Ротань, А. Г. Ярема, В. В. Кривенко, В. Я. Карabanь, О. Е. Сонин указывают, что момент перехода права собственности к приобретателю на основании ст. 330 ГК Украины определяется согласно ст. 334 ГК Украины [5, С. 435].

Однако, если к моменту возникновения права собственности на движимые вещи возможно применение правила ст. 334 ГК Украины, то к недвижимым вещам норма ст. 334 ГК Украины не может быть применена, поскольку она связывает момент возникновения права собственности с нотариальным удостоверением и государственной регистрацией сделки, которая в рассматриваемом случае является недействительной.

В тех случаях, когда имущество не может быть истребовано у добросовестного приобретателя, право собственности у него возникает не на основании сделки, а вследствие прямого указания закона относительно такого факта и факта наличия у него имущества, переданного ему несобственником [6, С. 102].

Сделка, заключенная между приобретателем имущества и отчуждателем, является недействительной вследствие неуправомоченности отчуждателя. В соответствии со ст. 216 ГК Украины недействительная сделка не влечет никаких юридических последствий, кроме тех, которые связаны с её недействительностью. Таким образом, сделка по отчуждению имущества между приобретателем и неуправомоченным отчуждателем не может породить право собственности на имущество. В случае,

предусмотренном в ст.330 ГК Украины, право собственности у добросовестного приобретателя возникает на основании закона.

Согласно Закону Украины «О внесении изменений в Закон Украины «О государственной регистрации вещных прав на недвижимое имущество и их ограничений» и иные законодательные акты Украины» с 01.01.2012 г. ч. 4 ст. 334 ГК Украины будет изложена в новой редакции, в соответствие с которой право собственности на недвижимое имущество, подлежащее регистрации, будет возникать с дня такой регистрации. Аналогичное правило закреплено в ч. 3 ст. 3 Закона Украины «О государственной регистрации вещных прав на недвижимое имущество и их обременений».

Таким образом, применительно к нашей ситуации возникновение права собственности на недвижимое имущество целесообразно связать не с нотариальным удостоверением, государственной регистрацией сделки, которая является недействительной, а с государственной регистрацией прав на недвижимое имущество.

Однако при этом возникает вопрос о документе, на основании которого может быть проведена такая регистрация. Так как сделка по отчуждению имущества является недействительной, то добросовестный приобретатель не может требовать государственной регистрации права собственности на вещь на основании договора о её отчуждении, проведение такой регистрации является незаконным в связи с недействительностью основания.

Например, в п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда Украины от 06.11.2009 г. № 9 «О судебной практике рассмотрения гражданских дел о признании сделок недействительными» решение суда об удовлетворении иска о возврате имущества, переданного по недействительной сделки, или об истребовании имущества из чужого незаконного владения указывается основанием для осуществления государственной регистрации права собственности на имущество, которое подлежит государственной регистрации, за собственником, а также отмены предыдущей регистрации. Однако для обоснования такой позиции Пленум ссылается на норму ст. 27 Закона Украины «О государственной регистрации вещных прав на недвижимое имущество и их обременений», которая предусматривает устранение технических ошибок в Государственном реестре прав, что не соответствует указанным в Постановлении Пленума ВСУ ситуациям. Закон Украины «О государственной регистрации вещных прав на недвижимое имущество и их обременений» не содержит механизма и оснований отмены государственной регистрации прав, хотя п. 2 ч. 2 ст. 9 данного Закона предусматривает право государственного регистратора принимать решение об отмене записи в Государственном реестре прав, что обуславливает необходимость закрепления оснований для такого решения.

Согласно ст. 19 Закону Украины «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и их обременений» и п. 10 Приложения №2 Временного положения о государственной регистрации прав собственности и иных вещных прав на недвижимое имущество в перечень правоустанавливающих документов, на основании которых проводится государственная регистрация права собственности, входит решение суда о признании права собственности на объекты

недвижимого имущества, об установлении факта права собственности на объект недвижимого имущества.

Представляется, что основанием для государственной регистрации прав на недвижимое имущество в рассматриваемом случае может быть только судебное решение.

В решении суда об отказе в виндикационном иске собственнику также констатируется указанный выше сложный юридический состав, наличие которого является основанием возникновения у добросовестного незаконного приобретателя права собственности на имущество. Однако данного решения для регистрации за добросовестным приобретателем права собственности будет недостаточно. Суд обязан рассматривает дело в пределах требований, заявленных истцом (ст. 11 ГПК Украины). Если собственником был заявлен виндикационный иск, то суд не может в резолютивной части решения об отказе в данном иске указать на право, возникающее у добросовестного приобретателя и подлежащее регистрации. Основанием для такого решения могут быть только исковые требования самого добросовестного незаконного приобретателя, которые в данном случае могут быть заявлены в форме встречного иска. Добросовестный приобретатель может заявить и самостоятельный иск, решение об удовлетворении которого будет основанием для государственной регистрации права собственности.

В связи с изложенным представляется целесообразным дополнить ст. 330 ГК Украины нормой о моменте возникновения права собственности у добросовестного незаконного приобретателя, которым для движимых вещей является момент передачи вещи добросовестному незаконному приобретателю, у которого вещь не может быть истребована, а для недвижимого имущества — момент государственной регистрации права собственности, проведенной на основании решения суда.

### ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:

1. Германское право: Часть I. Гражданское уложение: Пер. с нем. / Серия: Современное зарубежное и международное частное право. — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. — 552 с.

2. Рахмилович В. А. О праве собственности на вещь, отчужденную неуправомоченным лицом добросовестному приобретателю (к вопросу о приобретении права собственности от неуправомоченного лица) // Проблемы современного гражданского права. Сборник статей/ Отв. ред. В. Н. Литовкин, В. А. Рахмилович. — М.: Городец, 2000. — С. 126-144.

3. Черепахин Б. Б. Избранные труды по гражданскому праву. — М.: Статут, 2001. — 476 с.

4. Гражданское право. Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М.: ПБОЮЛ Л. В. Рожников, 2001. — Т. 1. — 632 с.

5. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України. У 2-х т. Т. 1 / Відп. ред. В. Г. Ротань. — 2-е вид. — Х.: Фактор, 2010. — 800 с.

6. Спасибо-Фатеева І. Спiрні питання недiйсностi правочинiв та її наслiдкiв // Вiсник Академiї правових наук України. — 2007. — № 3 (50). — С. 95-106.



**Глушкова Дарина Георгіївна,**  
*доцент кафедри юридичних дисциплін Сумської філії Харківського Національного*  
*університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук*

## **НАБУВАЛЬНА ДАВНІСТЬ ЯК СПОСІБ НАБУТТЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ КВЕБЕКУ**

У пошуках напрямів удосконалення вітчизняного цивільного законодавства погляди фахівців нерідко звертаються до зарубіжного досвіду з цього питання. Науковці за допомогою порівняльно-правового методу аналізують особливості цивільно-правових інститутів різних правових систем задля запозичення позитивних напрацювань для українського законодавства.

Як зазначив О. Є. Харитонов, цивілістика не обмежується вивченням цивільного права лише однієї якоїсь країни, предметом науки цивільного права є також цивілістичні доктрини, форми цивільного законодавства і практика їх застосування в інших державах. У зв'язку з цим органічною частиною цивільного права є так звана «порівняльна цивілістика» чи порівняльне цивільне право, що має метою визначення загального й особливого в різних системах приватного (цивільного) права, можливість рецепції, акультурації, імплементації концепцій, основ цивільного права, окремих правових рішень чи їхньої сукупності. Її завданням є вивчення різних систем приватного права, як елементів відповідної культури, а також національних систем цивільного права і цивілістичних інститутів, взятих у їх розвитку. При цьому предметом вивчення є не тільки «догма цивільного права», але й практика застосування цивільно-правових норм, конкретно-історичні умови, в яких виникають, розвиваються та існують системи приватного права.

Використання порівняльно-правового аналізу в цивілістиці дає можливість уникнути повторення помилок у правовому регулюванні, створює підґрунтя для запозичення досвіду законотворчості і в той же час дозволяє уберегтися від невиправданого копіювання інститутів і рішень, неприйнятних для національної системи цивільного права, таких, що не враховують правову традицію і особливості цивілізаційного розвитку країни [1, С. 11].

Дослідницький інтерес в цьому контексті викликає право канадської провінції Квебек. Він обумовлюється тим, що правова система провінції Квебек є особливою, оскільки має змішаний характер, поєднуючи в собі ознаки англосаксонського і континентального права. Зокрема цивільно-правові відносини у Квебеці регулюються Цивільним кодексом Квебеку (Code civil du Québec) [2], що набрав чинності з 1 січня 1994 року.

Книга восьма Цивільного кодексу Квебеку присвячена інституту давності у цивільному праві. При цьому, порівняно з цивільним законодавством України, давність у цивільному праві Квебеку значно ширше нормативно регламентована, даному цивільно-правовому інституту присвячено п'ятдесят вісім статей Цивільного кодексу Квебеку (далі — С.С.О.).

Відповідно до ст. 2875 С.С.О. давність є способом набуття або припинення цивільних прав та обов'язків через спливу певного періоду часу у разі дотримання умов, встановлених законом. Поняттям «давність» охоплюється не лише набувальна, а й погашувальна давність. Відповідно до ст. 2921 С.С.О. погашувальна давність є засобом анулювання права (*êteindre un droit*), що не було використане, або підставою для відмови у задоволенні позову через його недопустимість внаслідок спливу строку давності. Проекцією погашувальної давності в українському праві є позовна давність, виконавча давність і строк

прийняття спадщини. Щодо останнього є цікава відмінність між правом України і правом Квебеку: відповідно до ст. 2907 С.С.О. давність не застосовується до спадкоємця щодо його спадкових прав, у той час як ст. 1270 ЦК України встановлює шестимісячний строк для прийняття спадщини. Особливості погашувальної давності є цікавими для дослідження, проте в межах даної роботи зупинимося на особливостях набувальної давності, як підстави набуття права власності.

Відповідно до ст. 2910 С.С.О. набувальна давність є способом набуття права власності, а також однієї із правомочностей власника (*un de ses dñmembrements*) на підставі володіння. При цьому умовами визнання володіння підставою для набуття права власності за давністю є наступні: 1) річ не повинна бути вилучена з цивільного обороту; 2) володіння повинно здійснюватись у відповідності з вимогами С.С.О. ; 3) володілець не повинен бути «детентором» (*dñtenteur*), тобто особою, яка отримала майно на певний час за договором із власником, оскільки «залежне володіння» (*dñtention*) не є підставою давності, навіть якщо воно продовжується понад узгоджений строк (ст. 2913 С.С.О.). Цікаво, що у цивільному праві України, напроति, детентор може набути права власності на майно на підставі набувальної давності, проте для цього частиною третьою ст. 344 ЦК України передбачені спеціальні умови — початок перебігу строку з часу спливу позовної давності і більш тривалий строк набувальної давності щодо нерухомого майна.

Дещо відрізняються від українського права і строки набувальної давності, які для рухомого майна складають три роки від дня втрати володіння власником. Що ж стосується строків набувальної давності щодо нерухомості, вони, як і в Україні, складають 10 років. Строк давності обчислюється повними днями, при цьому день, у який давність починає свій перебіг, не враховується при обчисленні строку. Давність виникає лише по закінченні останнього робочого дня строку, якщо ж останнім днем строку давності є неробочий день — давність закінчується наступним за ним робочим днем. Строк давності, встановлений законом, не можна змінити за договором.

Особа, яка заявила про давність володіння, може приєднати до часу свого володіння увесь час, протягом якого цим майном володіла особа, чийм правонаступником вона є, — це правило встановлюється і С.С.О., і ЦК України.

Правом набути право власності внаслідок закінчення строку набувальної давності наділені всі учасники цивільного обороту, в тому числі держава, за умови дотримання положень, прямо встановлених законом.

Право власності за набувальною давністю на нерухоме майно набувається за рішенням суду, для усіх інших видів майна — судового порядку набуття не передбачено. При цьому суд не може за власною ініціативою застосовувати наслідки закінчення строку набувальної давності, така ініціатива має виходити від володільця, що бажає стати власником. Скористатися давністю можливо на будь-якій стадії судового розгляду, навіть під час оскарження, за винятком ситуацій, коли сторона, яка не скористалася давністю, не продемонструвала свій намір відмовитися від набувальної давності.

Відмова від набувальної давності можлива у вигляді відмови від права власності чи іншого речового права, що мала б набути особа, яка є володільцем майна протягом строку давності. Відмова від давності може бути або прямо вираженою, або мовчазною, тобто такою, що витікає з дії, що передбачає відмову від набутого права. Проте відмова від давності, яка набута щодо речових прав на нерухомість, повинна бути зареєстрований в органах реєстрації речових прав на

нерухоме майно (bureau de la publicité des droits). Після відмови від набувальної давності її перебіг починається з початку.

Перебіг строку набувальної давності може бути перерваний «природнім» чином (naturellement) або у цивільно-правовому порядку. У першому випадку набувальна давність переривається у випадку, коли володільець втрачає річ на строк більший, ніж один рік (ця умова аналогічна нормі українського права). Переривання строку набувальної давності у цивільно-правовому порядку відбувається у разі звернення до суду з позовом до володільця, за умови, що вимога доведена до відома володільця не пізніше, ніж через 60 днів по закінченні строку набувальної давності. До судового позову, відповідно до ст. 2892 С.С.О., прирівнюються зустрічні вимоги, вступ у справу у якості третьої особи, накладання арешту, заперечення проти позову, повідомлення, що підтверджує намір однієї із сторін передати спір до арбітражу. Втім, перерви не відбувається, якщо заява відхилена судом, позивач відмовився від позову або провадження у справі припинено. Після перерви, як і після відмови від набувальної давності, її перебіг починається з початку.

Як бачимо, характерною відмінністю нормативного закріплення інституту набувальної давності за цивільним законодавством провінції Квебек є детальність і визначеність. Цій підставі набуття речових прав приділено суттєву увагу, що, безперечно, полегшує правозастосування.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Харитонов Є. О. До визначення поняття та системи цивілістики (науки цивільного права) // Актуальні проблеми держави і права. Збірник наукових праць. — Одеса: Юридична література. — 2009. — Вип. 51. — С. 7-13.

2. Code civil du Quidbec [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ/CCQ.html>



#### **Кириченко Юлія Миколаївна**

*доцент кафедри правових основ підприємницької діяльності Навчально-наукового інституту права та масових комунікацій Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук*

### **ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА КОМУНАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ**

Конституція України визнає і гарантує місцеве самоврядування та зазначає, що матеріальною і фінансовою основою місцевого самоврядування є рухоме і нерухоме майно, доходи місцевих бюджетів, інші кошти, земля, природні ресурси, що є у власності територіальних громад сіл, селищ, міст, районів у містах, а також об'єкти їхньої спільної власності, що перебувають в управлінні районних і обласних рад. Стаття 13 Конституції України проголошує рівний захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання [1]. Отже, право власності територіальної громади захищається законом на рівних умовах з правом власності інших суб'єктів.

Чинний Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» (далі —

Закон) визначає поняття права комунальної власності як права територіальної громади володіти, доцільно, економно, ефективно користуватися і розпоряджатися на свій розсуд і в своїх інтересах майном, що належить їй, як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування, а поняття комунальної власності — як матеріальної та фінансової основи місцевого самоврядування [2].

Відповідно до статті 327 Цивільного кодексу України у комунальній власності є майно, у тому числі грошові кошти, яке належить територіальній громаді. Управління майном, що є у комунальній власності, здійснюють безпосередньо територіальна громада та утворені нею органи місцевого самоврядування [3].

Отже, комунальна власність на законодавчому рівні визнана самостійною, відокремленою від інших, формою власності. Однак, Конституція України, Закон та інші нормативно-правові акти, які визначають правові засади комунальної власності та повноваження органів місцевого самоврядування щодо здійснення управління комунальним майном, належним чином недостатньо регулюють ряд важливих питань з організації діяльності органів місцевої влади, зокрема, щодо реалізації права комунальної власності.

До складу комунальної власності входить: рухоме і нерухоме майно, доходи місцевих бюджетів, інші кошти, земля, природні ресурси, підприємства, установи та організації, в тому числі банки, страхові товариства, а також пенсійні фонди, частка в майні підприємств, житловий фонд, нежитлові приміщення, місцеві енергетичні системи, громадський транспорт, системи зв'язку та інформації, заклади культури, освіти, спорту, охорони здоров'я, науки, соціального обслуговування, майно, передане у комунальну власність іншими суб'єктами власності та будь-яке інше майно, рухомі та нерухомі об'єкти, які за правом власності належать територіальним громадам, а також кошти, отримані від відчуження об'єктів права комунальної власності.

Територіальна громада безпосередньо або через органи місцевого самоврядування володіє, користується і розпоряджається належним їй на основі права комунальної власності рухомим і нерухомим майном, коштами та іншими об'єктами з метою забезпечення надання необхідних громадських послуг. Так, відповідно до Закону, територіальна громада — власник комунального майна, може здійснювати з об'єктами комунальної власності будь-які господарські операції, передавати їх у постійне або тимчасове користування фізичним та юридичним особам, здавати в оренду, вносити як частку до статутного фонду підприємств та акціонерних товариств, продавати, купувати, використовувати як заставу, приватизувати, визначати в угодах та договорах умови використання та фінансування об'єктів комунальної власності, що приватизуються або передаються у користування та оренду тощо. При цьому доходи від операцій із комунальною власністю мають створювати фінансову базу органів місцевого самоврядування, зокрема, податкову частину місцевих бюджетів. Наприклад, відповідно до діючого законодавства податок на прибуток підприємств комунальної форми власності зараховується до бюджету відповідної місцевої ради і не враховується при визначенні обсягу міжбюджетних трансфертів. Однак, такого роду надходження на сьогодні становлять близько 1-2 % доходів місцевих бюджетів.

Від імені та в інтересах територіальних громад дії щодо володіння, користування та розпорядження об'єктами права комунальної власності можуть здійснювати відповідні органи місцевого самоврядування. При цьому важливо, що одним із завдань будь-якого органу місцевої влади є забезпечення комфортного проживання місцевих мешканців, а також якісного і найбільш раціонального

використання землі, природних багатств, майна тощо, а майнові операції, які здійснюють органи місцевого самоврядування з об'єктами права комунальної власності, не мають послаблювати економічні підвалини місцевого самоврядування, зменшувати обсяг та погіршувати умови надання послуг населенню. Таким чином, можна стверджувати, що Закон фактично обмежує права територіальних громад та органів місцевого самоврядування на володіння, користування й розпорядження майном комунальної власності.

Згідно зі статтею 60 Закону підставою для набуття права комунальної власності є передання майна територіальним громадам безоплатно державою, іншими суб'єктами права власності, а також майнових прав, створення, придбання майна органами місцевого самоврядування в порядку, встановленому законом. Крім того, відповідно до п. 10 «Прикінцевих і перехідних положень» Закону майно, яке до прийняття Конституції України у встановленому законодавством порядку передане державою до комунальної власності адміністративно-територіальних одиниць та набуто ними на інших законних підставах, крім майна, що відчужене у встановленому законом порядку, є комунальною власністю відповідних територіальних громад сіл, селищ, міст.

Майно, передане до комунальної власності областей і районів, а також набуто ними на інших законних підставах, є спільною власністю територіальних громад сіл, селищ, міст, управління яким, відповідно до Конституції України, здійснюють районні та обласні ради або уповноважені ними органи. Відчуження зазначеного майна здійснюється лише за рішенням власника або уповноваженого ним органу. Однак за пропозицією сільських, селищних, міських рад районні, обласні ради мають ухвалювати рішення про передання до комунальної власності відповідних територіальних громад окремих об'єктів спільної власності територіальних громад, які розташовані на їхній території й задовольняють колективні потреби тільки цих територіальних громад.

Склад і перелік об'єктів майна комунальної власності самостійно визначається представницькими органами місцевого самоврядування в містах, селах, селищах з урахуванням, насамперед, тих об'єктів і майнових комплексів, які мають важливе значення для соціально-культурного та економічного розвитку відповідних населених пунктів і надання послуг їхнім територіальним громадам. Отже, сільські, селищні, міські ради мають вести облік (реєстр) об'єктів майна, що належить територіальній громаді, з метою здійснення контролю над його станом та використанням з урахуванням інтересів відповідної територіальної громади. Такому обліку має підлягати перш за все нерухоме майно, що знаходиться в комунальній власності, зокрема, всі земельні ділянки, приміщення, будівлі, споруди тощо.

Однією із засад економічної самостійності місцевого самоврядування є в першу чергу земельні та інші природні ресурси. Однак, не дивлячись на те, що визнання та захист комунальної власності проголошено на конституційному рівні, досі залишається невирішеним питання щодо здійснення повноважень органів місцевого самоврядування з реалізації права комунальної власності на землю, водні об'єкти тощо.

Зокрема, діюче законодавство не дає чіткого визначення поняття землі та водних ресурсів, їх розмежування на загальнодержавні та комунальні (місцеві), обмежуючись загальним формулюванням землі та водних об'єктів місцевого значення. Наприклад, Водний кодекс України в частині 2 статті 6 визначає: «народ України здійснює право власності на води (водні об'єкти) через Верховну Раду України, Верховну Раду Автономної Республіки Крим і місцеві ради» [4]. Вже



одним словосполученням «місцеві ради» закладено конфліктну ситуацію, оскільки під цим поняттям маються на увазі ради від сільської до обласної, що мають власні повноваження без їх чіткого розмежування залежно від рівня влади.

Проблеми існують і в регулюванні земельних відносин. Наприклад, щоб вирішити питання відводу землі для розвитку міста в межах генерального плану або погодження для коректування існуючого генплану, необхідні відповідні рішення суміжних сільських, селищних, міських та районних рад, а вже після того все це знаходить свій вираз у рішенні обласної ради. Незгода одного з учасників погодження гальмує цей процес, а законодавство України, на жаль, не передбачає порядку вирішення існуючої проблеми.

Ще одна конфліктна ситуація може виникнути на практиці, коли, наприклад, на водний об'єкт, що розташований на території населеного пункту (міста, селища, села) і має рекреаційну або промислову значимість, претендують цей населений пункт, район та область. Врегулювання і цього питання не знайшло свого відображення в національному законодавстві.

Вирішити зазначені та безліч інших проблем можливо лише шляхом удосконалення законодавства України, зокрема:

1) необхідно пришвидшити процес розподілу права власності на землю між державою та місцевим самоврядуванням. При цьому на місцевому рівні слід чітко зазначити, що відноситься до права власності села, селища, міста, а що — району та області;

2) землі в межах населених пунктів визначити власністю відповідних територіальних громад, в тому числі ті, що знаходяться під об'єктами незалежно від форми власності, за винятком об'єктів оборонного значення, військових частин та інших об'єктів, що мають загальнонаціональне значення. Визначення має здійснювати відповідна комісія за участю представників державної влади та місцевого самоврядування в пропорції 50/50 з правом судового оскарження;

3) землі місцевих рад, що складаються з декількох населених пунктів (сільські, селищні) повинні мати загальні межі й таким чином складати єдину територію;

4) землі за межами населених пунктів і такі, що не входять до загальної території сільських рад, необхідно розподілити між районною та обласною радами в залежності від їх призначення та за взаємною згодою, виходячи з принципу їх ефективного використання;

5) водні об'єкти об'ємом до 2 млн. м<sup>3</sup>, що знаходяться в межах населеного пункту, віднести до права власності відповідної територіальної громади, в інших випадках — до власності відповідних районів тощо.

Взагалі проблеми управління комунальною власністю є найскладнішими для системи місцевого самоврядування. Далекі не у всіх територіальних громадах наведено належний облік об'єктів комунальної власності, проведена їх фінансово-економічна оцінка тощо. Як бачимо, досі залишається невирішеним питання права комунальної власності на землю, яка є однією з найважливіших складових економічної самостійності місцевого самоврядування. Тому законодавцем мають бути забезпечені зміни у сфері земельних відносин таким чином, щоб органи місцевого самоврядування мали більше впливу на вирішення питань, пов'язаних із комунальною власністю.

На сучасному етапі розвитку та становлення реального місцевого самоврядування в Україні мають бути прийняті відповідні норми та внесені зміни до діючого законодавства, які б чітко встановили повноваження органів місцевого самоврядування щодо здійснення права комунальної власності, а також надали б

органам місцевого самоврядування реальної економічної можливості розв'язання існуючих економічних, соціально-культурних та інших проблем відповідних територіальних громад.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Конституція України від 28.06.996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 24. — Ст. 170.
3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № № 40-44. — Ст. 356.
4. Водний кодекс України від 06.06.1995 р. № 213/95 // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 24. — Ст. 189.



#### **Маковій Віктор Петрович**

*начальник кафедри цивільно-правових дисциплін Херсонського юридичного інституту ХНУВС, кандидат юридичних наук, доцент*

#### **ЗАХИСТ ВОЛОДІННЯ ЗА ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ**

Захист володіння повинен розглядатися у розрізі загальних та спеціальних засобів захисту будь-якого права чи інтересу особи у цивільному праві. У зв'язку з цим крім загальних приписів, встановлених гл. 3 ЦК та ст. 396 ЦК, з метою з'ясування сутності захисту володіння необхідно звернутися до спеціальних приписів глави 31 ЦК.

Дана глава не містить спеціальних норм щодо захисту права володіння, однак з приписів ст. 400 ЦК впливає можливість використання в ролі спрощеного захисту й засобів володільницького (посесорного) захисту. Тим не менш почасти про захист права володіння може йтися в контексті цієї статті, оскільки воно потребує захисту у разі недодержання недобросовісним набувачем встановленого нею обов'язку.

Захист фактичного володіння надається з метою забезпечення суспільного порядку, стабілізації відносин й введення у цивільний оборот якомога більшого числа майна.

Між тим в ст. 400 ЦК йдеться не тільки про захист права володіння, а й про обов'язок недобросовісного володільця повернути річ, яка йому не належить на праві. Цим самим сфера дії цієї статті значно ширше за захист володіння.

У розглянутій статті йдеться про обов'язок не всякого володільця (титульного, добросовісного), а лише недобросовісного. Недобросовісний володільець, як відомо, — це той, хто знав або повинен був знати, що його володіння незаконне. При цьому усвідомлення незаконності такого стану володільця може виникати як під час заволодіння майном так і у межах здійснення володіння.

Даний обов'язок недобросовісного володільця впливає з реалізації одного з основних принципів цивільного права — добросовісності поведінки учасників цивільних правовідносин, визначеного п. 6 ст. 3 ЦК. Нормативним підґрунтям для

виконання цього обов'язку є крім ст. 400 ЦК й ст. 14 ЦК. Саме на реалізацію приписів останньої ст. 400 ЦК встановлюється відповідальність у формі примусового позбавлення володіння шляхом витребування майна у судовому порядку.

В ст. 400 ЦК визначається, хто саме може вимагати від недобросовісного володільця майно. Це можуть бути: (а) власник, (б) особа, яка має на це майно інше право відповідно до договору або закону; (в) добросовісний володільець цього майна.

Власник майна вправі реалізувати повноваження щодо повернення у володіння від недобросовісного володільця в межах широкого спектру засобів, однак у сенсі ст. 400 ЦК мова йде про застосування спрощеного механізму, коли власнику достатньо довести наявність недобросовісності з боку володільця й наявність власного володіння майном до моменту його порушення, не залучаючи більш складні конструкції подібно віндикаційному, кондикційному позову, які потребують з'ясування титулу та інших додаткових обставин, і, як наслідок, додаткового часу на судовий розгляд. Подібні судження можуть бути висловлені й щодо володільця, який володіє річчю відповідно до договору або закону.

На відміну від попередніх добросовісний володільець не має широкого спектру засобів захисту, передбачених ст. 396 ЦК, а тому його можливість повернення майна посередництвом виконання обов'язку недобросовісним володільцем в межах ст. 400 ЦК є чи не єдиним способом відновлення володіння, окрім хіба що нормативного припису абз. 2 ч. 3 ст. 344 ЦК [1, С. 174-175].

Загальноприйнятим у цивілістиці є розгляд захисту володіння посередництвом використання петиторного, того який заснований на дослідженні правових титулів сторін, та посесорного (володільницького) позову.

При посесорному захисті позивач не посилається на титул, а лише доводить, що він позбавився володіння (чи має перепони у володінні) через незаконні дії відповідача. При цьому позивач повинен довести наявність свого володіння перед порушенням.

До того ж суд не визначає правового статусу такого володільця, тобто ні позивач, ні відповідач не можуть посилатися на свій титул чи відсутність титулу у протилежної сторони. Тобто, встановлюючи володільницький захист, держава бере на себе відповідальність по недопущенню й виключенню насильства у вирішенні майнових спорів.

Саме у зв'язку з цим у Книзі третій ЦК відображені елементи володільницького або посесорного захисту володіння як основного засобу захисту для незаконного володільця та спрощеного, допоміжного засобу захисту права володіння.

Зокрема, подібні приписи визначені у ч. 3 ст. 344 ЦК щодо фактичного володіння, яке має ознаки давнісного, а також у ст. 400 ЦК щодо будь-якого фактичного володіння окрім недобросовісного. При цьому строк задоволення вимог відповідного володільця за ст. 344 ЦК складає 1 рік, а за ст. 400 ЦК аналогічний строк обраховується в межах загальної позовної давності, тобто 3 років. Наведені випадки стосуються посесорного позову тільки однієї правової природи — повернення майна у володіння титульного (ст. 400 ЦК) або фактичного володільця (ст. ст. 344, 400 ЦК). У такому випадку під час розгляду справи повинно бути доведено наявність володіння до порушення, а також протиправність дій особи, що заволоділа майном.

Однак, поширеною є судова практика змішування використання посесорного (не потребує встановлення титулу володіння) та петиторного захисту

(потребує обґрунтування наявності титулу володіння), що не відповідає сутності кожного з них.

Слушним прикладом для демонстрації цього може бути рішення Олександрівського районного суду Кіровоградської області від 3 червня 2008 року, в мотивувальній частині якого з метою захисту інтересів титульного володільця застосовано і норму речово-правового захисту (ст. 387 ЦК), і безпосередньо володільницького захисту (ст. 400 ЦК), тобто засоби, визначені ст. 400 ЦК, використані судом як допоміжні [2].

Разом з тим, з огляду на приписи ст. 396 ЦК у випадку використання засобів *петиторного захисту* подібний володільець уповноважений на застосування речово-правових позовів, встановлених гл. 29 ЦК для захисту права власності. За таких умов можна говорити про можливість використання законним володільцем аналогів віндикаційного, негативного позову, позову про визнання права володіння тощо. Титульний володільець може використати також й зобов'язально-правові позови для захисту свого права у випадку наявності певного зобов'язання, як-то учасник конкурсу у зв'язку з неповерненням йому майна засновником конкурсу після припинення відповідних договірних взаємин. За таких умов альтернативи або конкуренції засобів захисту речової та зобов'язальної природи вибір з огляду на прийняті у цивілістиці підходи повинен зупинитись на останніх.

Прикладом застосування посесорного позову для захисту фактичного володільця є рішення Суворовського районного суду Херсонської області від 16 червня 2009 року з наступних обставин. Особа\_1 подала позов до УДАІ УМВС України в Херсонській області про витребування майна — автомобіля. Відповідач стверджував, що підставою вилучення й розміщення автомобіля на штрафному майданчику стало повідомлення Інтерполу про розшук автомобіля колишнім власником. У зв'язку з тим, що будь-яких додаткових даних стосовно спростування правомірності володіння Особи\_1 до суду відповідачем не було надано, суд допустив юридичну фікцію визнання такого володіння правомірним й надання йому захисту від неправомірної поведінки відповідача, як наслідок, застосування ст. 400 ЦК в частині витребування автомобіля від недобросовісного володільця [3].

При встановленні титулу заволодіння та інших пов'язаних з цим обставин подібний процес перетворюється у *петиторний*.

Оскільки у диспозиціях вказаних статей відсутня регламентація посесорного захисту від інших правопорушень крім незаконного вилучення з фактичного володіння, то і немає у фактичного володільця можливості використати інші форми володільницького захисту.

Водночас, характеристика фактичного володіння як засобу реалізації суб'єктами своїх інтересів, незалежно від того, чи в сутність даного поняття вкладено прагнення до привласнення майна, виникнення права власності чи інша вказана ознака, створює передумови до використання загальних приписів цивільного законодавства з захисту відповідного інтересу в межах засобів, встановлених главою 3 ЦК.

Аналіз Цивільного процесуального кодексу надає можливість говорити про наявність процесуального закріплення положень посесорного захисту у наказному провадженні. А саме: ст. 95 ЦПК визначає судовий наказ як особливу форму судового рішення про стягнення з боржника грошових коштів або витребування майна за заявою особи, якій належить право такої вимоги. Крім того п. 2 ч. 1 ст. 100 ЦПК серед підстав для відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу містить наявність спору про право, що підтверджує наявність елемента посесорного захисту. Однак ст. 96 ЦПК серед вимог, за якими може бути видано

судовий наказ, містить тільки заявлену вимогу, яка ґрунтується на правочині, вчиненому у письмовій формі. Тобто хоча й матеріально право містить деякі елементи посесорного захисту, процесуальне право пропонує нам тільки петиторний захист (позовне провадження) окрім можливості захисту титульного володіння у спрощеному наказному провадженні.

Прикладом подібного самостійного застосування володільницького захисту як спрощеного захисту титульного володіння є судові рішення у формі наказу Першотравенського міського суду Дніпропетровської області від 7 жовтня 2008 року, згідно якого недобросовісний володільець зобов'язаний повернути автомобільний причеп титульному володільцеві згідно ст. 400 ЦК з огляду на підтвердження факту порушення титульного володіння [4].

Таким чином, наявна правозастосовна практика положень Цивільного кодексу України не завжди відповідає сутності захисту володіння відображеного у правових приписах, що пов'язано з їх недосконалістю та необхідністю доопрацювання, як і загалом нормативного закріплення інституту володіння.

### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 5: Право власності та інші речові права / [за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатеевої]. — Х.: ФО-П Лисяк Л.С., 2011. — 624 с.

2. Рішення Олександрівського районного суду Кіровоградської області у справі № 2-21 від 3.06.2008 року [Електронний ресурс]. — Режим доступ: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1923410>.

3. Рішення Суворовського районного суду м. Херсона у справі № 2-4309/09 від 16.06.2009 року [Електронний ресурс]. — Режим доступ: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/4504407/>

4. Рішення Першотравенського міського суду Дніпропетровської області у справі № 2-155 від 7.10.2008 року [Електронний ресурс]. — Режим доступ: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2892384>



### **Маньковский Игорь Александрович**

*заведующий кафедрой частного права Учреждения образования Федерации профсоюзов Беларуси «Международный институт трудовых и социальных отношений», кандидат юридических наук, доцент*

## **СОДЕРЖАНИЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ: СОВРЕМЕННАЯ НАУЧНАЯ ИНТЕРПРЕТАЦИЯ**

В соответствии с нормами ст. 210 ГК содержание права собственности составляют три правомочия собственника, к которым относятся правомочие владения, правомочие пользования, правомочие распоряжения.

Правомочие владения, как юридическая категория, являясь первичным, предоставляет собственнику имущества юридически обеспеченную возможность оказывать на свою вещь физическое воздействие в любое удобное время вне зависимости от чьей-либо воли, т. е. беспрепятственно. Согласно меткому

замечанию Р. Фон Иеринга «собственность без владения была бы кладовой без ключа, фруктовым деревом без лестницы, которая необходима, чтобы срывать плоды». По мнению Р. С. Бевзенко «главным является факт физического господства над вещью и именно ему <...> придается юридическое значение» [1, С. 529].

Правомочие пользования, как юридическая категория, предоставляет собственнику имущества юридически обеспеченную возможность беспрепятственной хозяйственной эксплуатации вещи, осуществляемой по своему усмотрению и в своем интересе с целью извлечения ее полезных свойств.

Правомочие распоряжения, как юридическая категория, являясь третьим в системе правомочий собственника, предоставляет титульному владельцу легализованную нормами гражданского права возможность определения юридической и фактической судьбы вещи посредством ее отчуждения как возмездно, так и безвозмездно, путем включения вещи в состав другого имущества, вследствие ее переработки (обработки), посредством иного изменения ее физических свойств, а также посредством уничтожения вещи, включая ее потребление, в том числе и в результате включения в производственный цикл.

Все три правомочия, в совокупности, предоставляют их обладателю наиболее полный с точки зрения существующего гражданского правопорядка объем юридически обеспеченных возможностей по использованию собственного имущества, независимого от других субъектов гражданского права, включая возможность временной частичной передачи правомочий субъектам ограниченных вещных прав по вещно-правовым основаниям, а также иным субъектам права собственности по обязательственно-правовым основаниям.

В российскую цивилистическую науку и в систему гражданского права триаду правомочий собственника применяемую без изменений и в современный период развития как цивилистической доктрины, так и догмы ввел М. М. Сперанский в 1883 году определив содержание права собственности через владение, пользование и распоряжение вещью по своему усмотрению, благодаря чему по мнению Ю. А. Тарасенко «становится возможным дать характеристику и выявить все свойства права собственности» [1, С. 484].

Определение понятий «владение», «пользование» и «распоряжение», в силу отсутствия в настоящее время их законодательного закрепления в ГК, рассматриваются цивилистической доктриной, что позволяет наиболее полно осознать место каждого из правомочий в содержании права собственности, изучить предназначение каждого из них в отдельности и всей их совокупности, в целом, в процессе реализации права собственности, как основного института вещных прав в практической деятельности, т. е. в процессе применения установленных в государстве догматов.

В ГК СССР 1964 г. в отличие от ГК Республики Беларусь 1998 г. Содержание каждого из правомочий собственника было закреплено в ст. 86, т.е. на законодательном уровне, что способствовало наиболее определенному и единообразному толкованию правомочий собственника в практической деятельности и, в частности, в процессе рассмотрения споров о принадлежности имущества субъекту на одном и предусмотренных нормами ГК вещных прав [2, С. 613].

Все три правомочия в первую очередь принадлежат собственнику вещи и создают легитимные условия ее беспрепятственного использования собственником как в хозяйственных так и иных целях в рамках установленного гражданского правопорядка и, по общему правилу, вне зависимости от усмотрения других

субъектов гражданского права. Значение совокупности названных правомочий, как собственно и права собственности, содержание которого они составляют, заключается в юридическом закреплении имущества за субъектом и легализации его поведения в отношении имущества, в том числе связанного с получением продукции, плодов и доходов от хозяйственного использования своей вещи.

Закрепление имущества за субъектом осуществляется посредством предоставления ему соответствующих прав и возможности их реализации посредством активного поведения, а также возложения на других лиц юридической обязанности пассивного типа, состоящей в воздержании от каких-либо действий в отношении имущества, права на которое переданы персонифицированному лицу. Причем, для обеспечения пассивного поведения иных субъектов собственник имущества не должен совершать какие-либо действия кроме публичной легализации своих прав на вещь, в результате чего права собственника приобретут признак публичности, станут известны третьим лицам.

Вне рамок гражданского правопорядка, вне рамок системы права действительный обладатель вещи также имеет возможность владеть, пользоваться и распоряжаться ею, но его владение, пользование и распоряжение, являясь исключительно фактическими не обеспечивают закрепление за собственником одноименных юридически обеспеченных прав и, следовательно, не обеспечивают государственную защиту вещи от посягательств третьих лиц.

Таким образом, положение хозяина вещи вне рамок системы права в целом и права собственности, в частности, является наиболее уязвимым, а фактическое владение, пользование и распоряжение, не подкрепленные их юридической составляющей, могут быть сопряжены с вмешательством третьих лиц и в итоге парализованы ими как посредством изъятия имущества у его обладателя, так и путем создания иных препятствий, не связанных с изъятием вещи.

Каждое из трех названных правомочий, что следует и вышеизложенного, включает в себя две составляющие, юридическую и фактическую [3, С. 114]. Такая структура правомочий в целом свойственна сегменту общественных отношений, регулируемых нормами гражданского права и гражданским правоотношениям, включающим в себя как фактические общественные отношения, возникающие и развивающиеся в сфере производства, обмена, потребления материальных благ, так и опосредующую их правовую форму, выраженную в законодательно закрепленных правах и обязанностях участников общественной связи, опосредуемой нормами гражданского права [4, С. 232].

Все три правомочия, как указывалось выше, в первую очередь, принадлежат собственнику, что является основанием для квалификации права собственности как первоначального права. Собственнику имущества предоставлена легальная возможность по своему усмотрению распоряжаться как собственным имуществом, так и правами в отношении него, вследствие чего собственник вправе частично отчуждать все или некоторые принадлежащие ему правомочия другому субъекту гражданского права не являющемуся собственником.

Таким образом, правомочия владения, пользования и распоряжения, принадлежащие в первую очередь субъекту права собственности, по его воле могут быть переданы и субъекту ограниченных вещных прав, т. е. несобственнику.

Передача субъектом вещного права составляющих его содержание правомочий другому субъекту может осуществляться как в рамках вещного права, так и в процессе участия собственника вещи в обязательственных правоотношениях.

В рамках вещного права правомочия собственника могут быть переданы

субъекту ограниченных вещных прав, как на определенный, так и на неопределенный срок, включая постоянное пользование земельным участком и пожизненное наследуемое владение земельным участком. В результате передачи правомочий собственника субъекту ограниченных вещных прав, собственник не утрачивает права собственности, которое продолжает существовать с ограниченным содержанием. Причем, ограничивается не набор правомочий собственника, а возможность их фактической реализации.

Так, субъект права собственности по общему правилу передает субъекту ограниченных вещных прав все три правомочия собственника, но с усеченным по отношению к праву собственности содержанием, чем обусловлено ограничение собственника в осуществлении принадлежащих ему прав. При этом субъект ограниченного вещного права, также не имеет возможности осуществления всех трех правомочий в полном объеме, что позволяет собственнику имущества осуществлять контроль за его использованием и изъять у субъекта ограниченных вещных прав имущество, не используемое либо используемое не по назначению.

В рамках обязательственных правоотношений субъект права собственности передает, как правило, на определенное время отдельные правомочия иному субъекту, который являясь несобственником по отношению к полученной вещи, применительно к системе субъектов гражданского права может являться субъектом права собственности по отношению к принадлежащему ему имуществу. В процессе участия в обязательственном правоотношении субъект права собственности, в большинстве случаев передает несобственнику временно два правомочия: владение и пользование.

В отдельных случаях может передаваться только правомочие пользования, и в наиболее редких случаях – все три правомочия, включая правомочие распоряжения.

Состояние содержания права собственности, в котором оно находится после отчуждения фактической составляющей отдельных правомочий, именуется «упругостью» или «эластичностью», под которыми понимаются такие качества права собственности, как «способность восстанавливаться в прежнем объеме, как только связывающие его ограничения отпадут» [5, С. 346]. К таким ограничениям, в частности, относят передачу собственником другому лицу части или всех правомочий, составляющих содержание права собственности, в соответствии с чем на вещь возникает ограниченное вещное право у получившего соответствующие правомочия лица. Комментируя приведенную ситуацию Н. Н. Аверченко отмечает следующее: «в таком случае право собственности как бы сжимается, так как правомочия владения и пользования по определению переходят к субъекту ограниченного вещного права. <...> Если к субъекту ограниченного вещного права переходит и правомочие распоряжения, то право собственности вообще приобретает характер так называемого голого права, когда формально право есть, но оно не наполнено содержанием» [2, С. 617].

Понятие «упругость» или «эластичность» права собственности в цивилистику ввел А. В. Венедиктов, рассмотревший ситуацию при которой собственник лишенный всех трех правомочий, например, при судебном аресте имущества с его фактическим изъятием из владения, пользования и распоряжения собственника остается обладателем какого то реального «сгустка» права собственности, которое восстанавливается у собственника в полном объеме в случае, когда предъявленные к нему претензии оказались несостоятельными и отпали.

Срок действия правомочий, переданных несобственнику в рамках обязательства, всегда ограничен сроком действия самого обязательства.



По отношению к содержанию правомочий собственника, переданных субъекту ограниченных вещных прав, правомочия переданные собственником стороне обязательственного правоотношения являются наиболее ограниченными.

Так участник обязательственного правоотношения ограничен в пределах и способах использования имущества собственника условиями обязательства и может распоряжаться им в исключительных случаях, прямо предусмотренных соглашением сторон. В отличие от участника обязательства, субъект ограниченного вещного права имеет юридически обеспеченную возможность осуществления правомочий собственника, в первую очередь, в пределах, установленных правовыми нормами и только во вторую, с учетом ограничений, установленных собственником имущества.

### ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:

1. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / [под ред. В. А. Белова]. – М.: Юрайт-Издат, 2007. – 993 с.
2. Гражданское право: Учеб.: В 3-х т. / [под ред. А. П. Сергеева]. – М.: ТК Велби, 2008. – Т. 1. – 908 с.
3. Маньковский И. А., Вабищевич С. С. Гражданское право: общая часть. – Минск: Молодежное, 2011. – 184 с.
4. Маньковский И. А. Курс гражданского права: Общая часть: Монография: В 3 т. — Минск: Молодеж. науч. об-во, 2006. — Т. 1. — 580 с.
5. Гражданское право: Учеб.: В 3 т. / [под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого]. — М.: ПБОЮЛ; Л. В. Рожников, 2001. — Т. 1. — 632 с.



### Нагнибіда Володимир Іванович

*молодший науковий співробітник Подільської лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до законодавства Європейського Союзу Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва НАПрН України*

### ОБМЕЖЕНІ РЕЧОВІ ПРАВА СЕРВІТУТНОГО ТИПУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ НІМЕЧЧИНИ

Необхідність наукових досліджень інституту прав на чужі речі зумовлена відсутністю в доктрині цивільного права розробок у сфері порівняльно-правового аналізу прав на чужі речі. Сказане особливо актуальне щодо прав користування чужими речами, які, будучи найбільшою групою в системі парціарних прав, представлені з тими чи іншими відмінностями в усіх правопорядках. Разом з тим, найбільш повно та всесторонньо ці права врегульовані у законодавстві Німеччини, яке століттями відпрацьовувало окремі види прав на чужі речі і після кодифікації 1896 р. остаточно закріпило їх систему. Такий досвід правового регулювання є сьогодні дуже цінним для України в якій права на чужі речі не мають такого поширення та й практика застосування ст.ст. 401–417 ЦК України є доволі незначною та суперечливою.

Система прав на чужі речі в тому числі прав користування чужими речами у Німеччині як в жодній іншій країні представлена досить широко. Вражає зокрема детальне відпрацювання кожного з видів названих прав і високий ступінь

абстрактності правових норм, що дозволяє врегулювати якнайширший спектр відносин. Цьому є своє пояснення. Адже, норми цивільного законодавства формувались в епоху розквіту пандектистики, яка в свою чергу черпала нормативну основу в ідеях видатних німецьких філософів І. Канта, Г. Гегеля, а також працях видатних юристів Ф. Савіньї та Р. Ієринга.

Серед прав сервітутного типу відповідно до Німецького цивільного уложення (далі — НЦУ) можна виділити такі види:

а) сервітути, які поділяються на земельні сервітути (Grunddienstbarkeiten), узуфрукт (Nießbrauch) та обмежений особистий сервітут (Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten);

б) спадкове право забудови (Erbbaurecht).

Названі сервітутні права можна умовно поділити на дві групи: ті, які менше обмежують права власника (земельний та обмежений особистий сервітут) та ті, які в значній мірі обмежують право власності, залишаючи власнику «голе право» (nudum jus).

Відповідно до § 1018 НЦУ встановлюється три основних види земельних сервітутів такого змісту:

- право на використання службової земельної ділянки. За цим правом власник пануючої земельної ділянки вправі використовувати чужу земельну ділянку в окремих, чітко обумовлених між сторонами випадках. Обов'язок власника підпорядкованої земельної ділянки полягає в non facere (Dulden — нім.) стосовно дій власника панівної земельної ділянки. Встановлення такого права може мати місце у випадках прокладення водопроводів, необхідності проходу (проїзду) чи для здійснення іншої господарської діяльності (наприклад, викорчовування пнів, викопування колодязів тощо).

- право вимагати утримання від активної поведінки щодо використання підпорядкованої земельної ділянки. Відповідно до змісту даного права власник панівної земельної ділянки може вимагати від власника підпорядкованої земельної ділянки утримуватися від дій, які останній міг би здійснити за звичайних обставин. Так, § 903 НЦУ передбачає, що власник речі може розпоряджатися нею на свій розсуд та усувати будь-який вплив на цю річ з боку інших осіб на стільки, на скільки йому дозволяє закон чи права третіх осіб. Встановлення розглядуваного виду сервітуту обмежує власника і тим самим не дозволяє в повній мірі здійснити право власності. Прикладами встановлення таких прав може бути заборона споруджувати певні будівлі, так як це впливатиме на сусідню земельну ділянку, чи здійснювати певні види господарської діяльності — зрошення, осушення тощо.

- право забороняти здійснення стосовно пануючої земельної ділянки, права, які витікають з права власності на підпорядковану земельну ділянку, за яким для власника підпорядкованої земельної ділянки припиняється можливість здійснення права, «яке витікає з права власності на обтяжену земельну ділянку стосовно панівної земельної ділянки» [1]. За таким правом, наприклад, може встановлюватися заборона подання негативного позову.

Власне визначення земельного сервітуту має відповідно до § 1019 НЦУ такий зміст: «Земельний сервітут може полягати лише в такому обтяженні, яке надає переваги при користуванні ділянкою уповноваженій особі». Юридичне значення такої норми полягає в тому, що вибір конкретного сервітуту (з наведених у § 1018 НЦУ) здійснюється на основі тих переваг, які може мати сервітуарій при користуванні чужою земельною ділянкою. В цій єдиній можливості і полягає свобода волевиявлення власника панівної земельної ділянки.

Особливістю встановлення земельних сервітутів за НЦУ є те, що вони запроваджуються шляхом укладення речового договору з подальшою його реєстрацією в поземельній книзі відповідно до правил § 873 НЦУ та Положенням про земельний кадастр (Grundbuchordnung — GBO) від 26.05.1994 р. (§ 57–63 GBO). Сам речовий договір, на думку сучасних дослідників німецького права можна визначити як домовленість двох і більше суб'єктів цивільного права про відчуження і обтяження (речового) права, що за своєю суттю є нічим іншим як фактичним розпорядженням річчю [2, С. 384-385]. Слід, однак, відмітити, що на практиці при встановленні сервітуту досить часто використовується механізм консолідації речових та зобов'язальних вимог. Така ситуація можлива, коли встановленню сервітуту передують каузальна угода. Сторони шляхом домовленості роблять сервітутне право залежним від каузальної угоди з тим, аби уточнити, деталізувати ті аспекти відносин, які не знайшли належного відображення у законі. Прикладом може бути встановлення земельного сервітуту як права користування чужою річчю (за своєю природою речового) та права користування із зобов'язально-правовою природою.

Ще однією особливістю правового регулювання земельних сервітутів у Німеччині є існування так званого сервітуту власника (Eigentümergebundbarkeit), який може виникнути, наприклад у зв'язку з перерозподілом земельних ділянок в межах однієї сільської громади. Прямі вказівки в НЦУ на можливість поєднання в одній особі власників пануючої і панівної земельних ділянок немає. Однак за аналогією з § 1196 НЦУ доктриною та практикою встановлення такого права допускається.

Припинення земельних сервітутів здійснюється за правилами § 875–876 НЦУ і можливе у випадках відмови від права (дерелікції), втрати переваги при користуванні чужою земельною ділянкою, настання певного строку або певної обставини. В будь-якому випадку моментом припинення сервітутних прав є внесення відповідного запису у поземельну книгу відповідно до § 875 НЦУ та § 55, 71, 135 GBO.

Наступним видом прав користування чужими речами є узуфрукт за яким річ може бути обтяжена таким чином, щоб особа, на користь якої встановлене таке обтяження, мала право отримувати вигоди від користування річчю (§ 1030 НЦУ). Таке право може встановлюватись стосовно рухомих і нерухомих речей (Nießbrauch an Sachen); щодо прав (Nießbrauch an Rechten); майна (Nießbrauch an einem Vermögen).

Механізм встановлення узуфрукту за німецьким цивільним законодавством залежить від того, що є його об'єктом. Зокрема, якщо об'єктом виступає земельна ділянка, то правила встановлення узуфрукту аналогічні до тих, які передбачені для земельних сервітутів (§ 873 НЦУ). Якщо ж об'єктом виступає рухома річ, то діють інші правила передбачені § 929–931 НЦУ. За змістом правомочностей в практиці виділяють три форми узуфрукту *Versorgungsnießbrauch* та *Sicherungsnießbrauch*, які не мають відповідників в українській мові та узуфрукт власника (*Eigentümergebrauch*). За змістом вказані форми відрізняються тим, що *Versorgungsnießbrauch* встановлюється власником, переважно у тих випадках, коли спадкодавець, при складанні заповіту, встановлює узуфрукт для одного зі спадкоємців — членів сім'ї (батько, заповідаючи майно синові, надає дружині узуфрукт на це ж майно). *Sicherungsnießbrauch*, на відміну від попередньої форми узуфрукту, встановлюється особою, яка володіє заставним правом на нерухомість і виникає тільки тоді, коли кредитор, у заставних правовідносинах предметом яких є земельна ділянка, має право на встановлення узуфрукту. Тим самим

встановлюється так зване забезпечувальне користування чужим майном (Nutzpfandrecht). Стосовно узуфрукту власника слід сказати, що останній визнається далеко не усіма авторами, оскільки відповідно до § 1063 НЦУ узуфрукт припиняється в разі його об'єднання з правом власності у однієї особи. Однак ч. 2 цього артикулу містить застереження: «Узуфрукт не вважається припиненим, якщо власник має правомірний інтерес в його подальшому існуванні». На основі цього окремі автори, справедливо на наш погляд, обґрунтовують можливість встановлення Eigentümergebrauch на нерухоме майно (наприклад, земельну ділянку).

Аналізуючи положення НЦУ присвячені узуфрукту, потрібно відмітити, що встановлення цього права на чужу річ підпорядковане правилам щодо набуття речових прав (§§ 873–902, 929–936, 1032, 1069 НЦУ) і традиційно передбачає укладення речового договору. Широко використовується також спосіб встановлення узуфрукту за правилом «короткої руки» — тобто, коли на момент укладення вказаного договору річ уже знаходиться в узуфруктуарія. Слід зауважити, що незалежно від способу встановлення узуфрукту, останній надає для уповноваженої особи можливість вилучати усі корисні властивості та вигоди від користування річчю, якими відповідно до § 99, 100 НЦУ є плоди речі (Sachfrüchte), плоди права (Rechtsfrüchte) та вигоди. Так, особа, в силу належного її права на чужу річ може привласнювати плоди. Крім того, узуфруктуарій набуває права власності і на ті плоди, які він отримав навіть всупереч вимог щодо належного господарювання та бережного ставлення до речі чи отримав їх у надлишку. Слід, однак, мати на увазі, що право користування об'єктом узуфрукту не є абсолютним. Пункт 2 § 1030 чітко встановлює, що «узуфрукт може бути обмежений шляхом виключення окремих видів користування», що, безумовно, вимагає самостійного погодження сторін і закріплення у змісті речового договору. У зв'язку з цим зауважимо, що німецька судова практика як і цивільне законодавство розглядає самі права і обов'язки сторін при встановленні узуфрукту, як права що мають зобов'язально-правову природу, що свідчить про тісний зв'язок речового та зобов'язального змісту названих відносин.

Припинення узуфрукту відбувається у випадках смерті фізичної особи чи припинення юридичної особи (§ 1061 НЦУ), а також у випадку неможливості його збереження (§ 1059 НЦУ). Крім цього, припинення узуфрукту має місце у випадку його поєднання з правом власності (§ 1063 НЦУ), а також в разі його відміни на основі угоди (§ 1064 НЦУ).

Наведений короткий аналіз правового регулювання узуфрукту за німецьким законодавством загалом стосується усіх видів узуфрукту незалежно від об'єкту. Разом з тим, регулювання узуфрукту на права має декілька особливостей. По-перше, за загальним правилом до узуфрукту на права застосовуються правила встановлені стосовно узуфрукту на речі, якщо з самих відносин не витікає інше. Це стосується встановлення, змісту і припинення узуфрукту. По-друге, стосовно змісту узуфрукту, то «користування» тут означає опосередковане використання об'єкта на право щодо якого встановлено узуфрукт: вимог по сплаті — право на проценти; щодо щодо пожиттєвої ренти — право на рентні платежі (§ 1074–1080 НЦУ); щодо цінних паперів — право на дивіденди (§ 1081–1084 НЦУ). По-третє, об'єкт узуфрукту на права визначає специфіку правового регулювання останнього. Так спеціальні правила в НЦУ передбачені для узуфрукту на процентні та безпроцентні вимоги, на ордерні цінні папери та цінні папери на пред'явника, узуфрукта на спадок тощо.

Останнім серед прав сервітутного типу німецьке цивільне законодавство виділяє обмежений особистий сервітут (Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten), який ввібрав ознаки притаманні як земельним, так і особистим сервітутам. За цим видом прав користування чужими речами земельна ділянка може бути обтяжена таким чином, що особа на користь якої встановлено таке обтяження, наділяється правом користування або ж іншою правомочністю, яка може складати зміст земельного сервітуту (§ 1090 НЦУ). Дане право встановлюється в інтересах конкретної особи є не відчужуваним і не може бути переданим у спадок, як і узуфрукт. Здійснення цього права може бути надане іншій особі тільки у випадку, коли це прямо дозволено. Артикул 1093 НЦУ передбачає окремий вид обмеженого особистого сервітуту, яким є встановлення права користування житлом чи його частиною за умови відсторонення власника від користування жилим приміщенням. Управомочена особа вправі розмістити в житловому приміщенні свою сім'ю і осіб, допомоги яких вона потребує для відповідного обслуговування і догляду. Якщо вказане право обмежене частиною будівлі, управомочена особа може користуватися спорудами і обладнанням, призначеними для спільного проживання.

Слід відмітити, що користування житловими приміщеннями крім НЦУ регулюється рядом законодавчих актів, основним серед яких є Закон про право власності на квартиру і право тривалого проживання від 15.03.1951 р. (Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht — WEG). Вказаний акт виділяє ще один вид обмеженого особистого сервітуту — право тривалого користування (Dauerwohnrecht). Однак для того, аби останнє було правом на чужу річ слід обов'язково внести відомості в поземельну книгу (п.1 § 32 WEG) як про обмежене речове право особи на проживання в квартирі. Особа на користь якої встановлено таке право, може відсторонити власника і проживати в житловому приміщенні чи використовувати його іншим чином. При цьому дане право може розповсюджуватися на частину земельної ділянки, яка знаходиться за межами будівлі, якщо при цьому житлове приміщення продовжує залишатися економічно головною річчю (п.1 § 31 WEG).

Крім вказаних положень, названий закон передбачає ще одну особливість. Пункт 1 § 42 WEG допускає можливість встановлення обмеженого речового права на право, а саме, коли право тривалого проживання встановлюється не як обтяження земельної ділянки (нерухомого об'єкта), а як обтяження іншого права на чужу річ — спадкового права забудови. Передбачається, що регулювання обтяження спадкового права забудови правом тривалого проживання здійснюється за правилами передбаченими для регулювання права тривалого проживання загалом, тобто § 31--41 WEG. Разом з тим, відповідно до п. 2 § 42 вказаного закону у випадку, якщо спадкове право забудови переходить у власність держави право тривалого проживання залишається у особи.

Завершує перелік прав користування чужими речами спадкове право забудови земельної ділянки (Erbbaurecht), за яким відповідно до п.1 § 1 Положення про спадкове право забудови (далі — ErbbauVO) земельна ділянка може обтяжуватись таким чином, що особа на користь якої встановлюється дане відчужуване та таке, що передається у спадок право, може зводити споруди над чи під поверхнею земельної ділянки. Erbbaurecht може поширюватись і на речі які не є необхідним для будівлі, якщо остання економічно залишається головною річчю. Крім цього, згідно з нормами вказаного параграфу обмеження права забудови лише частиною будівлі є недопустимим, так само як і не може встановлюватись обмежень на саме право у вигляді скасовувальних умов (п. 3, 4 § 1 ErbbauVO).

У зв'язку зі сказаним, слід звернути увагу на той факт, що відповідно до Положення обтяження земельної ділянки здійснюється не об'єктом — будівлею, а правом на її зведення. При цьому таке право віднесене до першої черги і підлягає першочерговому задоволенню. Черговість не може змінюватись (п. 1 § 10 ErbbauVO). Йдеться про те, що в черзі записів поземельної книги права забудови мають стояти попереду заставних прав і інших обтяжень, які пов'язані з грошовими виплатами чи які не пов'язані з правом на забудову.

При розгляді спадкового права забудови слід пам'ятати про специфіку правового регулювання даного інституту за німецьким цивільним законодавством. Вказана особливість витікає з § 96 НЦУ за яким права, пов'язані з правом власності на земельну ділянку, визнаються її складовими частинами. Звідси можна зробити висновок, що на право забудови поширюється правовий режим нерухомості, а тому питання прав забудови слід вирішувати разом з питанням самого об'єкта таких прав, оскільки останні є нерозривно пов'язані. Вартим уваги є також той факт, що у зміст спадкового права забудови зазначене вище Положення відносить також і угоди, домовленості власника земельної ділянки і особи, якій належить право забудови. Зокрема угоди стосовно зведення, утримання та використання будівлі, її страхування і реконструкція у випадку пошкодження, виплата публічно-правових та приватноправових зборів та перерахувань, передача спадкового права забудови за наявності певних обставин власнику земельної ділянки, виплата договірних неустойок, переважного права на відновлення договору з уповноваженою особою по закінченні строку спадкового права, стосовно обов'язків власника земельної ділянки продати земельну ділянку уповноваженій особі — володільцю спадкового права забудови. Вказані умови фіксуються сторонами в зобов'язально-правовому договорі, який лежить в основі речового договору і є каузою для останнього.

Для встановлення спадкового права забудови так само передбачена реєстрація в поземельних книгах, а зобов'язально-правовий договір належить посвідчити у нотаріуса (п. 2 § 11, § 20, п. 1 § 29 ErbbauVO). Однак в судовій практиці ustalеним є підхід відповідно до якого умови зобов'язального договору про набуття права забудови є дійсними тільки за наявності реєстрації такого договору в поземельній книзі поряд з реєстрацією речового договору. Сама реєстрація речового договору щодо встановлення спадкового права забудови також має особливість. Відповідно до § 14 ErbbauVO реєстрація спадкового права забудови здійснюється як в поземельній книзі, так і у спеціальній поземельній книзі для реєстрації спадкового права забудови, де зазначається ім'я власника земельної ділянки, дані про кожного більш пізнього набувача спадкового права забудови, а також інформація про зміст реєстрованого права. В цій книзі також реєструються обтяження спадкового права забудови і земельної ділянки (іпотекою, поземельними і рентними боргами, речовими обтяженнями тощо), якщо на це буде отримано згоду власника земельної ділянки (§ 5, § 15 ErbbauVO). В такому разі встановлюється "право на право", яке має бути оформлене речовим договором з відповідною реєстрацією такого у поземельній книзі. Так само як і у сервітутних відносинах може встановлюватись спадкове право на таке ж право (Untererbbaurecht). Можливість встановлення даного права допускається доктриною та судовою практикою і загалом відповідає умовам реєстрації та здійснення речових прав.

Припинення спадкового права забудови може мати місце в результаті відміни права або ж закінчення строку даного права. Відміна спадкового права забудови відповідно до § 26 ErbbauVO допускається лише за згодою власника

земельної ділянки на підставі заяви управомоченої особи. При чому така згода має бути передана до органу ведення поземельних книг після чого у книгу вноситься відповідний запис про припинення права забудови.

Стосовно припинення права спадкової забудови у зв'язку зі закінченням строку такого права, то згідно з вимогами § 34 аналізованого Положення управомочена особа не має права на присвоєння зведених споруд або їх частин навіть у тому випадку, коли останні були зведені за рахунок цієї особи. Разом з тим, відповідно до § 27 Erbbaurechtsgesetz, якщо спадкове право забудови по закінченню певного строку припиняється, то власник земельної ділянки повинен компенсувати певну суму для управомоченої особи про що має обов'язково бути зазначено в змісті зобов'язального договору, а саме про розмір, вид і спосіб оплати чи про її відсутність. Якщо ж йдеться про спадкове право забудови, яке забезпечувало житлові потреби незабезпечених верств населення, то п. 2 § 27 Положення передбачає виплату управомоченій особі відшкодування у розмірі 2/3 вартості будівлі. Вказана сума обраховується станом на момент завершення строку права спадкової забудови. При цьому, відповідно до норм Положення у особи яка володіє правом спадкової забудови після закінчення строку останнього виникає право вимоги відповідної компенсації, яке має пріоритет у задоволенні і прирівнюється в черговості до самого спадкового права забудови, тобто займає його місце.

Слід також відмітити, що в договорі про встановлення спадкового права забудови може бути включено умову про переважне право на пролонгацію. Крім того, власник земельної ділянки обтяженої спадковим правом забудови вправі домовитись з іншою особою про встановлення права спадкової забудови в майбутньому після закінчення строку чинного права забудови. Таке переважне право чинне протягом трьох років після його узгодження сторонами. За таких обставин пролонгація матиме місце лише у тому випадку, коли власник ліквідує домовленості з третіми особами стосовно встановлення права спадкової забудови, які за змістом п. 3 § 31 Erbbaurechtsgesetz є переважними перед існуючим правом.

Таким чином права користування чужими речами за цивільним законодавством Німеччини мають ряд особливостей, які загалом можна звести до наступного: а) наявність особливих конструкцій таких прав (сервітути власника, узуфрукт на права тощо); б) специфіка виникнення (встановлення) прав (зобов'язальний договір як передумова речового договору); в) особливості здійснення прав користування чужими речами (поширення правового режиму нерухомості на права при спадковому праві забудови); г) існування цілої низки переважних прав щодо встановлення, здійснення прав на чужі речі (переважне право встановлення спадкового права забудови).

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Цивільний кодекс Німеччини [Електронний ресурс] / Bürgerliches Gesetzbuch. — Режим доступу: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BGB.htm>.

2. Василевская Л. Ю. Учение о вещных сделках по германскому праву (Die lehre von dinglichen rechtsgeschäften nach deutschem recht) / Л. Ю. Василевская. — М. : Статут, 2004. — 536 с.



## Рабінович Сергій Петрович

*старший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва НАПрН України, кандидат юридичних наук, доцент*

### **ВИЛУЧЕННЯ МАЙНА В ОСОБИ, ЯКА НЕ Є ЙОГО ВЛАСНИКОМ: НАЦІОНАЛЬНІ ТА МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ МЕХАНІЗМИ БАЛАНСУВАННЯ ПУБЛІЧНИХ І ПРИВАТНИХ ІНТЕРЕСІВ**

Згідно з практикою Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ, Суд), межі розсуду держави в регулюванні відносин власності і, відповідно, права на мирне володіння своїм майном, є найбільш широкими з поміж інших прав людини. Тим не менш, як відомо, за будь-яких обставин здійснення такого розсуду не може завдавати шкоди сутності самого права людини.

У цьому контексті становить інтерес проблема безоплатного вилучення майна в особи, яка не є його власником, коли таке вилучення зумовлене суспільним інтересом (стаття 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод).

Розглянемо деякі колізійні питання, що виникають при застосуванні окремих норм законодавства України, яке регулює згадані відносини.

Згідно зі ст. 29 КпАП України, «конфіскація предмета, який став знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення, полягає в примусовій безоплатній передачі цього предмета у власність держави за рішенням суду. Конфісковано може бути лише предмет, який є у приватній власності порушника, якщо інше не передбачено законами України» [1]. Нині таким законом є, зокрема, Митний кодекс України, норма статті 326 якого передбачає: «Конфіскація як стягнення за порушення митних правил полягає у примусовому вилученні товарів, транспортних засобів, зазначених у пункті 3 статті 322 цього Кодексу, і безоплатній передачі їх у власність держави». Причому, як вказується в ст. 326 Кодексу, така конфіскація «застосовується незалежно від того, чи є ці товари, транспортні засоби власністю особи, яка вчинила правопорушення» [2].

Цитоване нормативне положення підтримується роз'ясненнями вищих судових інстанцій України. Так, у п. 18 Постанови від 3 червня 2005 р. № 818 «Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил» вказується: «транспортні засоби, які використовувалися для переміщення через митний кордон України товарів — безпосередніх предметів порушення митних правил, підлягають конфіскації відповідно до ч. 2 ст. 326 МК незалежно від того, чи є ці транспортні засоби власністю правопорушника» [3].

В сучасній цивілістичній доктрині (О. О. Банасько, С. Ю. Гришко, В. І. Крат) висловлюється слушна позиція, що у вказаних випадках має йтися не про *конфіскацію* (оскільки остання може бути застосована лише до власника), а про *безоплатне вилучення майна* [4, С. 257, 261]. Відзначимо, однак, що така поняттєво-термінологічна заміна сама по собі ще не розв'язує проблему балансу інтересів власника та публічних інтересів. Адже безоплатне вилучення майна у правопорушника, який не є власником, може здійснюватись як без відчуження цього майна на користь держави (зокрема, з наступним переданням цього майна власнику), так і з переходом цього майна у державну власність. В останньому випадку матиме місце особлива підстава припинення права власності.



Логіко-юридична сумнівність законодавчих положень про можливість конфіскації майна не в його власника спричинила те, що в судовій практиці України траплялися випадки, коли суди не застосовували конфіскацію транспортних засобів, що використовувалися для переміщення товарів через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від такого контролю. При цьому рішення судів обґрунтовувались тим, що ці транспортні засоби не належали правопорушнику на праві власності. В одній із таких справ суд повернув автомобіль його власнику [5].

З урахуванням того, що нині джерелами цивільного права України є норми Конвенції та практика ЄСПЛ, звернемося до підходів, у світлі яких аналогічні справи вирішуються у практиці Суду. Показовим тут є рішення в справі AGOSI проти Об'єднаного королівства [6] (компанія AGOSI звернулась до Суду, оскаржуючи вилучення належних їй на праві власності золотих монет, які були конфісковані митними органами Об'єднаного королівства при ввезенні їх на територію держави).

Суд встановив, що єдиної практики держав-учасниць Конвенції, яка дозволяла би зв'язок між винуватістю власника і конфіскацією контрабандного товару, немає. Зокрема, в Об'єднаному королівстві невинуватість власника не впливає на право митниці конфіскувати такий товар. Водночас британський закон дозволяє митниці на власний розсуд повернути конфіскований товар власнику, причому спір про отаке повернення може бути предметом судового контролю. Наприклад, британський суд здовольнив звернення власника яхти, конфіскованої за контрабанду наркотиків, посилаючись на те, що не була врахована невинуватість власника в контрабанді.

Відтак в рішенні у справі AGOSI було визнав дотриманим баланс приватних і публічних інтересів, не визнавши тут порушення принципу пропорційності, та, зрештою, не визнавши порушення ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції. На думку Суду, міра дбайливості власника по відверненню правопорушення становить лише один з елементів згаданого балансу інтересів, тому така дбайливість повинна розглядатись у сукупності з іншими обставинами справи [6; див: 7, С. 13-34].

Один з провідних сучасних російських цивілістів К.І. Скловський відзначає, що у справі AGOSI «товар вилучено з рук порушників, а не з обороту. Покупці не можуть вважатись добросовісними особами, які довірилися продавцеві, отже, дії проти таких осіб жодним чином не шкодять стабільності, надійності обороту, а навпаки, захищають його» [7, С. 13-34].

У наведених міркуваннях слушно вказується на цивільний оборот, потреби якого передовсім і захищає законодавство і судова практика. Втім, потреби цивільного обороту втілюють власне *публічні* інтереси. Але ж йдеться саме про балансування таких інтересів із інтересами окремого власника.

Публічний інтерес, покладений до основи інституту конфіскації предмета, який виступає знаряддям чи предметом правопорушення, полягає в необхідності реалізації превентивної функції права. Засобом реалізації цієї мети і є вилучення знаряддя правопорушення, що відповідає ч. 6 ст. 13 ЦК (застосування судом до особи, яка зловживає правом користування річчю, «інших наслідків, встановлених законом»).

Якщо навіть невинуватість власника і не визнавати вирішальним фактором при вирішенні питання про вилучення майна в особи, яка не є власником, то, тим не менше, необхідність дотримання при такому вилученні низки матеріально-правових та процесуально-правових принципів (передовсім загальних засад

цивільного права, засад інституту права власності, а також права особи брати участь у розгляді своєї справи юрисдикційними органами держави) видається безсумнівною. На наш погляд, ці засади мають бути покладені в основу справедливого балансу публічних і приватних інтересів.

З огляду на це, по-перше, слушною видається наведена у згаданій вище справі позиція Суду стосовно того, що наявні в національному правопорядку процедури повинні забезпечувати врахування дійсного зв'язку між виною особи та порушенням.

Однак чинні правила розгляду справ про порушення митних правил не передбачають можливості участі в них власника (ст. 365 МК України).

Але ж розгляд судом справи про вилучення речі, яка стала предметом правопорушення, без участі її власника, по суті означає вирішення питання про цивільні права та обов'язки особи, яка не брала участі в розгляді своєї справи. А це, на наш погляд, суперечить вимогам ст. 6 Конвенції.

По-друге, загальним принципом інституту права власності є забезпечення майнових інтересів власника у разі такого припинення з підстав, не пов'язаних з протиправною поведінкою самого власника (ст. 348, 350, 351, 352, 353 ЦК). Основним засобом цього є компенсація збитків (відшкодування вартості майна). Отже, припинення права власності з підстав, не пов'язаних із винною та протиправною поведінкою самого власника вимагає компенсації власнику збитків, завданих припиненням права власності.

Вважаємо, що за відсутності вини власника можливість вчинення останнім позову про відшкодування збитків до порушника як до особи, з вини якої припинено право власності, не може розглядатись як справедливий механізм урегулювання питання, оскільки припинення права власності відбувається з ініціативи органів державної влади. Згідно з принципом, закріпленим у статті 3 Конституції України, держава відповідає перед людиною за свою діяльність.

Отже, яким могло би бути практичне вирішення проблеми на законодавчому рівні? В порядку дискусії дозволимо собі запропонувати основні напрямки такого вирішення.

1) З точки зору матеріального права видається необхідним врегулювати в ЦК України умови припинення права власності на майно, яке використовується як знаряддя чи предмет порушення норм публічного права. При цьому, на наш погляд, має бути закріплено обов'язковість попереднього відшкодування державою збитків, завданих припиненням права власності, у випадку, коли судом не буде встановлено вини власника у вчиненні правопорушення.

2) У процесуальних нормах публічного права (зокрема у розділі XIX МК) необхідно законодавчо передбачити обов'язкове залучення власника до участі в справі про правопорушення, вчинене з використанням належного власнику майна. Доцільним видається також надання власнику статусу боржника у процедурі виконавчого провадження.

3) Зрештою, видається важливим законодавче й міжнародно-правове закріплення основоположного права особи на участь у вирішенні будь-якого питання про свої цивільні права та обов'язки, яке розглядається судовими чи іншими юрисдикційними органами держави. Існування такого права впливає із самої сутності інституту судочинства.

## ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. № 8073-Х в редакції від 15.04.2011 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1984. — № 51. — Ст. 1122.
2. Митний кодекс України від 11.07.2002 р. № 92-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 38. — Ст. 288.
3. Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 03.06.2005 р. № 818 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0008700-05>
4. Конфіскація // Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). — Т. 5: Право власності та інші речові права / [за ред. І. В. Спасибо-Фатеевої]. — Харків : ФО-П Колісник А. А., 2011. — С. 477-533.
5. Судова практика розгляду кримінальних справ та справ про адміністративні правопорушення, вчинені на кордоні з Республікою Молдова Узагальнення Верховного Суду України від 11.01.2008 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1077.1863.0>
6. Case of AGOSI v. the United Kingdom (Application no. 9118/80) : Judgment 24 October 1986 [Електронний ресурс] Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int////tkp197/viewhbkkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=26877&sessionId=69728331&skin=hudoc-en&attachment=true>
7. Скловский К. И. Применение Гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. — М. : Статут, 2004. — 365 с.



### Соловьёв Алексей Николаевич

*доцент кафедры гражданского права № 1 Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», кандидат юридических наук, доцент*

## К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

Ученых, когда-либо занимавшихся проблемами права собственности, в зависимости от положительного или отрицательного ответа на вопрос о необходимости формулирования (и вообще существования) общего понятия этого права, можно разделить на 2 группы. Сторонники негативной позиции подвергают сомнению ценность многословных определений права собственности, понимая под *дефиницией попытку установления границ, пределов* наиболее полного и неограниченного права на вещь, а, следовательно, сложные и запутанные определения рассматриваются ими как попытки ограничения означенного права. Отрицается также целесообразность закрепления указанных дефиниций в законодательстве [17, С. 149-158].

Следует подчеркнуть, что отмеченная идиосинкразия по отношению к правовым определениям не присуща романо-германской гражданско-правовой мысли, а более свойственна англо-американской правовой доктрине, некоторые представители которой в стремлении избежать обобщений дошли до того, что в их

трудах, посвященных проблемам собственности, не содержится не только ни единой дефиниции, но даже простого описания права собственности [1]. Подавляющее большинство цивилистов, с мнением которых мы полностью согласны, придерживаются прямо противоположных взглядов. Отмечая запутанность ситуации с определением общего понятия права собственности, они обращают внимание на его полезность для доктрины и законодательства, и на необходимость такого логического приема, как определение для всякого научного исследования.

Несмотря на то, что с первыми попытками определить право собственности нас разделяют тысячелетия, в течение которых рассматриваемая проблема также не оставалась без внимания, ее разрешение представляет значительные затруднения. До сих пор в науке не установлено единого, универсального понятия самого полного вещного права. По наиболее распространенному, лапидарному определению, совпадающему с обыденными представлениями о *праве собственности*, последнее представляет собой *право наиболее полного и исключительного господства лица над вещью, соединенное с отношением к вещам как к своим* (Отметим, что приведенное определение не является нашим «изобретением». Аналогичные или близкие к нему дефиниции можно обнаружить в трудах цивилистов — как отечественных, так и зарубежных — и правовых актах, начиная с эпохи Римского частного права и по настоящий день включительно [7, С. 3-6; 11, С. 56; 18, С. 234-235; 4, С. 13-21, 252-308; 10, С. 78, 80; 9, С. 92]).

Определение, вообще, являет собой объяснение (формулировку), раскрывающее, разъясняющее содержание, смысл чего-нибудь [12, С. 390]. Иначе, оно есть так называемый дедуктивный прием, логическая операция над понятием, служащая к раскрытию его содержания. Определение можно назвать сокращенным описанием, которое есть перечисление признаков предмета [19, С. 41, 42]. Иными словами, если *определение* какого-либо понятия, в том числе и права собственности, *представляет собой синтез наиболее важных его признаков*, то наша задача состоит в выявлении и освещении последних.

*Полнота* господства лица над вещью означает концентрацию всех мыслимых правомочий, касающихся объекта права собственности, в руках собственника, что, в свою очередь, проявляется в возможности совершения любых действий в отношении своего имущества, кроме прямо запрещенных законом. Именно указанное свойство этого права является наиболее сильным аргументом против формулирования его абстрактного понятия через «триаду» или иную комбинацию правомочий собственника, ибо даже приверженцы последнего способа, подобно Дернбургу, «считают право собственности не простой арифметической суммой отдельных правомочий, но единым, целостным правом, включающим в себя *всю возможную* сумму правомочий, всю полноту правового господства или власти лица над вещью, которую данный правопорядок допускает в отношении вещей» [2, С. 444].

Полнота права собственности, означающая практически безграничность его содержания, наиболее наглядно выделяет его из среды прочих вещных прав. Кроме того, из нее следует *презумпция всех правомочий в лице собственника* — тот, кто притязает на какое-либо право в чужой вещи, должен доказать таковое [4, С. 273]. Сторонники естественно-правовых взглядов на происхождение государства и права, исследуемый признак права собственности рассматривают как наиболее яркое проявление свободы собственности, которая, в свою очередь, является следствием и в то же время гарантией природной и неотчуждаемой

свободы лица (первоначально имелось в виду физическое лицо — человек, а в дальнейшем и юридическое) как субъекта права.

Исходя из изложенного, некоторые цивилисты обращают внимание на следующий признак права собственности, производный из «полноты» последнего, — *независимость*, под которой понимают полную свободу осуществления своего права помимо согласия посторонних лиц [16, С. 144, 145; 18, С. 236], иначе, суверенность собственника в реализации принадлежащего ему права от воли прочих лиц — не-собственников. Вместе с тем, на наш взгляд, автономность упомянутого признака вызывает определенные сомнения, так как независимость представляет собой органичную часть абсолютности права собственности, которая, как самостоятельный признак, будет нами проанализирована далее.

В настоящий момент не существует единого взгляда на *исключительность* права собственности. Одни исследователи трактуют ее как невозможность установления на одно и то же имущество аналогичного права — права собственности [17, С. 151-153], т.е. рассматривают указанный признак как воплощение основополагающего постулата континентальной системы права постфеодального периода, суть которого заключается в признании недопустимым установления 2-х и более прав собственности на одну и ту же вещь. Иные рассматривают исключительность права собственности в смысле абсолютного характера этого права, противопоставляя его правам относительным, и указывая на абсолютный характер защиты этого права. Так, Г. Ф. Шершеневич по поводу исследуемого признака отмечал, что «никто без и помимо воли собственника не имеет права препятствовать ему или присваивать себе пользование той вещью, которая составляет объект его права собственности» [18, С. 236]. А. Э. Нольде под исключительностью понимал право собственника исключать всякое постороннее воздействие на принадлежащую ему вещь [11, С. 57]. Объединяет названные позиции установление очевидной связи между исключительностью и абсолютностью права собственности; различие состоит лишь в том, что сторонники первой точки зрения рассматривают указанные признаки как 2 стороны одного качества, приверженцы второй провозглашают их тождественность.

Логика дальнейшего изложения требует от нас анализа *абсолютности* права собственности. Абсолютный характер последнего означает, что его обладателю — управомоченному субъекту — противостоит неограниченное число лиц (по выражению М. М. Агаркова — «пассивная сторона (всякий и каждый)» [3, С. 24]), на которых возложена пассивная обязанность воздерживаться от каких-либо нарушений этого права, а в случае несоблюдения таковой, меры защиты и ответственности могут быть применены к любому нарушителю (так называемая защита абсолютного права). При этом абсолютность власти собственника заключается в том, что исполнение третьими лицами возложенной на них обязанности вполне достаточно, чтобы интересы собственника юридически были удовлетворены. Иными словами, для реализации абсолютных прав, в отличие от относительных, не требуется активного поведения со стороны обязанных лиц, ибо управомоченный удовлетворяется собственным поведением. В этом и состоит элемент *независимости* обладателя абсолютного права собственности от воли и поведения «всякого и каждого» (не-собственников), на который мы обратили внимание несколько ранее (этот элемент, кстати, некоторые исследователи еще называют *непосредственностью* права собственности, в смысле отсутствия между субъективным правом собственности и правовым результатом осуществления последнего опосредующего элемента в виде активной обязанности не-собственника).

Для объективности необходимо заметить, что абсолютность не является специфическим, видовым признаком права собственности, а является характерным свойством родового понятия — вещного права. Следуя же правилам дедукции, утверждение истинное для «общего» (вещного права) является таковым и для «частного» (права собственности). Таким образом, право следования и право преимущества, являющиеся следствием абсолютности вещного права, присущи и праву собственности. *Право преимущества* заключается в том, что в случае столкновения, коллизии вещных и обязательственных прав первые имеют преимущество пред вторыми. *Право следования* означает, что вещное право следует за вещью при всех ее переходах от одних лиц к другим.

Следующим признаком права собственности является *бессрочность*. Указание на неограниченность данного права во времени содержалось еще в ст. 420 т. X ч. 1 Свода Законов Российской Империи, в которой наиболее полное вещное право определялось как «...власть, в порядке гражданскими законами установленном, исключительно и независимо от лица постороннего владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом *вечно и потомственно...*» (Курсив автора — А. С.). В настоящее время бессрочность, являясь одним из фундаментальных свойств права собственности, означает, что такое право субъекта на вещь продолжает существовать до тех пор, пока не наступит юридический факт, прекращающий его.

Рассматривая отмеченный признак, мы не можем согласиться с утверждением некоторых цивилистов, что «бессрочность, конечно, никак не связана с вещами, а отражает качества лица» [17, С. 154]. На Земле нет ничего вечного (если не соизмерять, конечно, категорию «вечность» со средней продолжительностью жизни человека); у каждого материального блага (не говоря уже о потребляемых вещах, рассчитанных на использование в одном акте производства или потребления) есть свой срок эксплуатации, активное употребление, в течение которого, приводит вещь в состояние, непригодное для дальнейшего применения. Кроме того, возможно наступление определенных жизненных обстоятельств, независимых от воли собственника, следствием которых является уничтожение объекта права. Наряду с этим, вероятно и нарушение бессрочности права собственности по воле третьей стороны, уполномоченной законом принимать индивидуально-правовые акты, обязательные для исполнения собственником, прекращающие право собственности последнего. Следовательно, бессрочность связана как с качествами субъекта — собственника, так и с особенностями объекта (ибо не может быть бессрочного права на вещь, бытие которой ограничено временными рамками).

Качественный анализ *полноты* права собственности невозможен без рассмотрения ее парной категории — *ограничения этого права*, так как лишь исследование отмеченных признаков в их органичном единстве, даёт наиболее полное представление о свободе последнего.

Вся история развития цивилизации сопровождается постоянной конкуренцией частных и общественных интересов, и, соответственно, частного и публичного права. Сообразно подмеченной особенности взгляды на право собственности развиваются, так сказать, по маршруту маятника: от провозглашения последнего неограниченным правом на вещь до объявления его «социальной функцией». Однако уже издавна люди понимали, что неограниченных прав вообще и права собственности, в частности, не бывает. Общество составляют множество собственников, частные интересы которых рано или поздно сталкиваются. А чтобы предотвратить злоупотребление наиболее

полным и абсолютным правом со стороны его обладателей, государство, выполняя возложенную на него тем же обществом задачу обеспечения общественного спокойствия и благополучия, т.е. руководствуясь публичным интересом, закрепляет в позитивном праве так называемые легальные ограничения права собственности. Тем не менее, существование дискуссии по проблеме ограниченности или неограниченности права собственности исчисляется веками.

Сторонники неограниченности исследуемого права утверждают, что еще древнеримское законодательство и юриспруденция установили общий принцип права собственности в понятии неограниченного господства лица над вещью, тем самым строго выдержав требования имущественного суверенитета личности, а существовавшие в римском праве легальные сервитуты [14, С. 180] они считали не более чем «формами пользования, весьма далекими от принципиального ограничения права собственности» [6, С. 140].

Идея неограниченности права собственности, не случайно возрожденная в эпоху европейских буржуазных революций, явилась девизом и требованием окрепшей буржуазии, которая видела лишь в таком неограниченном вещном праве гарантию своих гражданских свобод и желала уничтожения архаичного феодального института разделенной собственности, тормозившего развитие торгового оборота. Так, начиная с первой половины XIX ст. и вплоть до его окончания, сначала Савиньи, а за ним Пухта, Келлер, Арндтс, Виндшейд, Вангеров, Зом, Унгер, Зибенгар, Евецкий, Сальковский считали неограниченность неотъемлемым признаком права собственности [7, С. 3]. Савиньи говорил о собственности как о «неограниченном или исключительном господстве лица над вещью», Вангеров и Виндшейд утверждали, что «собственность сама по себе неограниченна», что она является «отрицанием ограничений» [Цит. по: 4, С. 274]. Зом, выступая на заседании рейхстага по поводу собственности при принятии Германского Гражданского Уложения, получив упрек в римско-правовом индивидуализме, заявил: «Свобода собственности необходима для всех нас. Этой свободой мы все живем. Вся наша общественная и нравственная свобода, которой мы обладаем как личности, ценнейшее правовое благо, которое мы все имеем, — возможна для нас только благодаря частной собственности, благодаря свободной частной собственности» [Цит. по: 15, С. 42, 43].

Вышеотмеченный взгляд на свободу данного права не был, как это может показаться на первый взгляд, господствующим. Уже во второй половине XIX ст. апологеты неограниченности наиболее полного вещного права встретили отпор со стороны представителей самых разнообразных правовых теорий — социологической правовой, германистов и даже романистов. В 1861 г. П. В. Полежаев писал, что «в юридическом мире, в идее права всегда совмещается и идея обязанности; безграничного нет в отношениях человеческих» [13, С. 485]. Гартман учил, что в праве собственности содержится лишь относительная полнота власти; Барон прямо провозглашал право собственности полным господством лишь по общему правилу и допускал, как исключение, изъятие у собственника тех или иных правомочий [7, С. 4]. Яркими противниками признания права собственности правом полного и неограниченного господства над вещью, какими бы оговорками о наличии позитивных ограничений этого права подобное утверждение ни сопровождалось, являлись Ю. С. Гамбаров, Гирке, Р. Иеринг [5; 6, С. 143].

Однако среди приверженцев ограничения права собственности выделилась группа ученых, не отрицавших полноту господства собственника над вещью и старавшихся примирить ее с необходимостью установления определенных

ограничений этого права. Дернбург, стремясь согласовать теоретические представления о праве собственности с явлениями действительности, подмечал своеобразное существо означенного права, которое состоит в том, что оно «имеет стремление возрасти до власти безграничной». Право собственности, таким образом, есть власть ограниченная, хотя стремится к безграничности. Подобно Дернбургу, Замтер под правом собственности понимал «признанное законом возможно полное юридическое господство лица над вещью, однако, в пределах установленных законом»; Ранда формулировал это понятие следующим образом: «Право собственности есть признанная объективным правом и им же ограниченная юридическая возможность относительно полного и непосредственного господства над телесной вещью» [Цит. по: 7, С. 5, 6]. Последняя, компромиссная точка зрения в итоге стала господствующей, подтверждением чему служит внесение элемента «ограниченного законом господства» практически во все европейские легальные определения права собственности указанного периода [8, С. 249; 7, С. 6; 18, С. 235, 238, 239, 247; 4, С. 276].

Подводя итог рассуждениям об общем понятии права собственности, необходимо обратить внимание на тот факт, что все вышеперечисленные его признаки в своей совокупности все же не дают нам исчерпывающего представления о праве собственности, по той причине, что некоторые из них в определенной степени могут принадлежать и иным ограниченным вещным правам (за исключением, пожалуй, исследованного выше характера ограничений). Следовательно, для решения поставленной перед нами задачи необходимо вычленить особенность, свойственную исключительно праву собственности, которая, по нашему мнению, проявляется в *характере отношения собственника к принадлежащей ему вещи*: он относится к ней как к своей, в то время как прочие субъекты относятся к указанной вещи как к чужой.

Таким образом, представляется возможным сформулировать общее, абстрактное определение исследуемой правовой категории: *право собственности — есть вещное право, характеризующееся наиболее полным, абсолютным, исключительным, непосредственным и бессрочным господством лица над вещью, соединенное с отношением к вещи как к своей, ограничение которого допускается лишь в предусмотренных конституцией и законом случаях.*

#### ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:

1. Burke D. Barlow Jr. Personal property in a nutshell. — St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1983. — 322 p.
2. Dernburg. Pandekten. — Bremen, 1946. — I Bd. — S. 444.
3. Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. — М.: Юр. изд-во НКЮ СССР. — 1940. — 192 с.
4. Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. — М.-Л.: АН СССР, 1948. — 841 с.
5. Гамбаров Ю.С. Вещное право (литографированное издание). — СПб., 1909. — 416 с.
6. Евецкий А. Принцип права собственности по теории новейших цивилистов // Журнал гражданского и уголовного права, 1880. — Кн. 6. — С.140-143.
7. Курдиновский В. И. К учению о легальных ограничениях права собственности на недвижимость в России. — Одесса: Экономическая типография, 1899. — 387 с.
8. Мейер Д. И. Русское гражданское право. — М., 1873. — 730 с.



9. Новицкий И. Б. Основы римского гражданского права. — М., 1960. — 240 с.
10. Новицкий И. Б. Римское частное право. — М., 1948. — 296 с.
11. Нольде А. Э. Обзор новейших учений о праве собственности // Вестник права. — 1904. — № 7. — С. 54-102.
12. Ожегов С. И. Словарь русского языка. — Изд. 16-е, испр. — М.: Рус. яз., 1984. — 797 с.
13. Полежаев П. В. О праве собственности по русским законам // Журнал Министерства юстиции. — 1861. — Март. — С. 473-540.
14. Римское частное право: Учебник / [под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. — М.: Юрист, 1997. — 544 с.
15. Савельев В. А. Германское гражданское уложение. — М.: Изд-во ВЮЗИ, 1983. — 61 с.
16. Синайский В. И. Русское гражданское право. — Изд. 2-е, испр. и доп. — Киев, 1917. — 258 с.
17. Скловский К. И. Собственность в гражданском праве: Учеб.-практ. Пособ. — 2-е изд. — М.: Дело, 2000. — 512 с.
18. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. — М.: Изд-во бр. Башмаковых, 1911. — 852 с.
19. Энциклопедический словарь / Изд. Ф. А. Брокгауз, И. А. Ефрон; Под ред. К. К. Арсеньева и О. О. Петрушевского. — СПб.: Типо-литогр. И.А. Ефрона, 1897. — Т. 12. — 480 с.



**Гаврилов Евгений Владимирович**

*главный специалист юридического отдела Министерства образования и науки  
Красноярского края, член Красноярского регионального отделения  
Общероссийской общественной организации «Ассоциация юристов России»*

**КОМПЛЕКСНОЕ ПОНИМАНИЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ**

Право собственности — традиционный правовой институт для большинства правовых систем современности. Он имеет многовековую историю своего существования. Одновременно с этим, право собственности не лишено множества проблем, главной из которых, на наш взгляд, является правильное понимание исследуемого субъективного права.

В соответствии с пунктом 1 статьи 316 Цивильного кодекса Украины, право собственности — это право лица на вещь (имущество), которое оно осуществляет в соответствии с законом по своей воле, и независимо от воли других лиц [1].

В отличие от украинского законодательства, Гражданский кодекс Российской Федерации (далее — ГК РФ) не содержит официальной дефиниции права собственности.

Однако системное толкование статей 209-211 ГК РФ позволяет рассматривать право собственности как права владения, пользования и распоряжения собственником своим имуществом, которые собственник осуществляет по своему усмотрению, неся, как правило, бремя содержания и риск случайной гибели или случайного повреждения имущества [2].

На наш взгляд, доминирующее в гражданском законодательстве понимание права собственности достаточно размыто и нуждается в уточнении. При имеющемся законодательном подходе право собственности трудно отграничить от других вещных прав, с одной стороны, и подчеркнуть всю специфику по сравнению с иными субъективными правами, с другой.

Именно поэтому необходимо дать оптимальное определение понятию права собственности и выделить признаки исследуемой категории. В основе этого необходимо использовать системный метод и комплексный подход.

Комплексная характеристика права собственности обусловлена несколькими факторами. Во-первых, в основе права собственности лежит экономико-правовая категория «собственность», имеющая много экономических черт. Во-вторых, право собственности (как объективное право) — это *комплексный* правовой институт, представляющий собой совокупность правовых норм гражданского, конституционного, административного, уголовного и других отраслей права, регулирующих правовые отношения собственности, т.е. регламентирующих право собственности как субъективное право.

Используя системный метод и комплексный подход, перечислим признаки права собственности, после чего сформулируем определение понятию права собственности.

Мы выделяем следующие признаки права собственности:

**1) Право собственности является *вещным правом*.**

Соответственно, на него распространяются все признаки вещного права, к которым мы относим: а) закрепление принадлежности вещей субъектам гражданского права; б) статика имущественных отношений; в) хозяйское властное господство над вещью; г) абсолютный характер права; д) вещно-правовая защита; е) бессрочный характер права; ж) «право следования»; з) «бремя хозяина»; и) публичность.

**2) Право собственности является *наиболее полным вещным правом*.**

Данный признак означает, что право собственности, в отличие от других вещных прав, не ограничивается другим правом собственности на ту же вещь, т.к. двух прав собственности на одну и ту же вещь в отечественном праве, в отличие от англо-американской правовой семьи, быть не может. При этом ограниченные вещные права всегда зависят от права собственности. Заметим, что и право собственности может быть условно ограничено — когда собственник передаёт вещь другому лицу на каком-либо ограниченном вещном праве. Тем самым право собственности ограничивается другим вещным правом. При этом оно не перестаёт оставаться наиболее полным вещным правом.

**3) Право собственности является *наиболее широким вещным правом*.**

Право собственности, в отличие от ограниченных вещных прав, предоставляет соответствующему субъекту максимальные возможности хозяйского властного господства над вещью. В свою очередь, обладатель ограниченного вещного права всегда зависим от собственника. Эта зависимость намного сильнее, нежели зависимость собственника от обладателя ограниченного вещного права.

**4) Право собственности является *наиболее устойчивым вещным правом*.**

Собственнику предоставляется максимальное постоянство, стабильность, непрерывность права на вещь. Проявляется, по сути, бессрочный характер права собственности.

5) **Право собственности является наиболее эластичным вещным правом.**

Право собственности способно восстанавливаться в первоначальное положение, когда ограничения права собственности отпадают.

6) **Специфический субъектный состав — собственник.**

Главная фигура в праве собственности — собственник. Если в ограниченном вещном праве основная роль приходится на обладателя ограниченного вещного права при второстепенном значении фигуры собственника, то в праве собственности нас никто, кроме собственника, по сути, интересоваться не должен. Собственником может быть любой субъект гражданского права, кроме случаев предусмотренных законом. Например, в России некоторые виды юридических лиц (государственные и муниципальные предприятия, учреждения) ни при каких обстоятельствах не будут собственниками закрепленного за ними имущества.

7) **Специфический объект — собственность.**

Право собственности возникает по поводу собственности. Природа собственности — противоречива. Мы считаем, что собственность — это, одновременно, и экономическая, и правовая категория. При этом ядром, основой собственности являются экономические факторы, а «внешняя оболочка» — правовая.

Классические объекты собственности (права собственности) — индивидуально-определенные, непотребляемые вещи, которые в процессе эксплуатации не утрачивают своих полезных свойств, а также родовые вещи, подвергнутые индивидуализации (идентификации).

В последнее время практика всё чаще сталкивается с неклассическими объектами собственности (права собственности). Особые противоречия возникают при отнесении к объектам права собственности атмосферного воздуха, бездокументарных ценных бумаг, безналичной валюты, долей в праве, имущественных прав, космических объектов, энергии и др. Не вдаваясь в дискуссию относительно обозначенных объектов гражданских правоотношений, отметим, что в целом практика признает объектом права собственности (собственностью) любое имущество, т.е. вещи, включая деньги и ценные бумаги, имущественные права и иное имущество, в том числе так называемые «нетелесные (бестелесные) вещи», к которым с большой долей условности, применяя правовую фикцию, можно отнести все «проблемные» объекты собственности (энергию, доли в праве и т.п.).

8) **Фактическое или юридическое наличие системы условных правомочий.**

Прежде всего имеется в виду триада правомочий (владение, пользование, распоряжение), прочно вошедшая в отечественное право благодаря М.М. Сперанскому.

В данном случае владение понимается как фактическая или юридическая возможность собственника иметь имущество в своем хозяйственном властном господстве, чувствовать себя законным хозяином вещи. Это — хозяйское властное господство лица над вещью, обладание ею. Благодаря владению проявляется «статика» права собственности.

Пользование — это возможность эксплуатировать вещь, извлекать из неё полезные свойства.

Распоряжение — это возможность определять юридическую судьбу имущества (уничтожать, продавать, дарить и т.п.).

Однако заметим, что характеристика права собственности исключительно через раскрытие содержания триады правомочий собственника справедливо критикуется в научной литературе [3, С. 481-524]. Мы также считаем, что триада правомочий не позволяет подчеркнуть всё богатство, специфику права собственности. Безусловно, наличие триады правомочий является ключевым признаком права собственности; однако эту триаду необходимо рассматривать только в комплексе с другими признаками исследуемой категории. Именно поэтому мы говорим об *условном характере системы правомочий собственника*.

Условный характер правомочий собственника связан также с тем, что некоторые ученые считают, что правомочия собственника не ограничиваются только владением, пользованием, распоряжением. Исчерпывающий характер правомочий отсутствует. К числу дополнительных правомочий можно отнести правомочия управления, защиты, охраны и т.п. Безусловно, названные правомочия условны, т.к., по сути, они представляют собой формы осуществления права собственности.

Также условный характер правомочий предопределен тем, что собственник имеет их либо фактически, либо юридически. Фактическое наличие системы условных правомочий означает, что собственник реально владеет, пользуется, распоряжается своим имуществом, может им управлять, охранять и защищать и т.п. Причем всегда фактический характер правомочий должен быть правомерным. Юридическое наличие системы условных правомочий означает, что собственник лишен фактической возможности реализовывать одно или несколько своих правомочий, однако при этом (в силу закона, договора и проч.) продолжает иметь вещь на праве собственности. Например, при нахождении вещи в оперативном управлении, собственник фактически не владеет ею, ограничен в пользовании и распоряжении и т.п. Но, не смотря на это, он продолжает оставаться собственником, и, соответственно, иметь систему условных правомочий собственника. Здесь мы говорим о наличии «спящих» правомочий собственника. Опять-таки имеем дело с некой условностью.

#### **9) Собственное усмотрение в реализации правомочий.**

Данный признак означает, что собственник сам вправе определить для себя — воспользоваться ли реализацией правомочий собственника, или нет; и если «да» — то в какой степени, каким образом. Если собственник реализует свои правомочия — можно говорить об активной позиции собственника. Если же собственник не реализует свои правомочия собственника — это не означает, что он перестает обладать имуществом на праве собственности. Просто в данном случае проявляется пассивная позиция собственника.

#### **10) Собственный интерес в реализации правомочий.**

Реализация правомочий собственника предопределена конкретной целью, ради которой собственник вступает в правоотношения по поводу собственности. Эта цель, подкреплённая желанием её достижения, определяется самим собственником. В свою очередь, в некоторых ограниченных вещных правах желание обладателя такого права в реализации соответствующего вещного права иногда уходит далеко на второй план. Оно уступает место желаниям собственника.

#### **11) Свобода и самостоятельность при реализации правомочий.**

При реализации своих правомочий собственник свободен в выборе способов, средств, допустимых пределов осуществления права собственности. В этом он отличается от обладателя какого-либо ограниченного вещного права, т.к. тот зависим от собственника.

12) **Реализация правомочий собственником по своей воли, и независимо от воли других лиц.**

Волевой фактор играет большую роль при реализации правомочий собственника. Навязывание собственнику воли других лиц недопустимо.

\*\*\*

На основании всего вышеизложенного мы предлагаем следующее комплексное определение понятию права собственности, подчеркивающее уникальность данного права:

**Право собственности** — это наиболее полное, широкое, устойчивое, эластичное вещное право, которое предполагает юридическое или фактическое наличие у конкретного лица (собственника) в отношении своего имущества (собственности) системы условных правомочий, которые собственник реализует по своему усмотрению, в своем интересе, свободно и самостоятельно, по своей воли и независимо от воли других лиц.

**ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:**

1. Цивильный кодекс Украины от 16.01.2003 г. // Ведомости Верховной Рады. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.
2. Гражданский Кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 06.04.2011) [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.consultant.ru/popular/gkrf1/>.
3. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / [под общ. ред. В. А. Белова]. — М.: Издательство Юрайт, 2009. — 993 с.



**Гостев Антон Володимирович**

*аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова*

**ПРАВО ВЛАСНОСТІ НА ОБ'ЄКТ НЕЗАВЕРШЕНОГО БУДІВНИЦТВА**

Актуальність обраної теми не викликає сумнівів. Оскільки на теперішній час на практиці виникає багато проблем, стосовно набуття права власності на об'єкт незавершеного будівництва. Це пояснюється неоднозначним визначеннями правового статусу такого об'єкта, як в теорії, так і на практиці. Крім того, відсутній єдиний підхід, щодо визначення самої можливості набуття права власності на об'єкт незавершеного будівництва. Така невизначеність змушує осіб звертатися до суду для захисту своїх прав, що призводить до негативних наслідків, таких як перевантаження судової системи, затягування судового процесу та ін.

Метою дослідження є аналіз та загальна характеристика права власності на об'єкт незавершеного будівництва.

Для того, щоб в повній мірі розглянути особливості права власності на об'єкт незавершеного будівництва, потрібно визначити, що ж собою представляє такий об'єкт.

На даний момент, ні в юридичній науці, не в законодавстві немає чіткого визначення поняття та правового режиму об'єкта незавершеного будівництва. Одні вчені, вважають, що об'єкт, будівництво якого не завершено є рухомим майном, інші, відносять такий об'єкт до нерухомості[1, С. 95]

Проаналізувавши чинне законодавство можна дійти висновку, що об'єктом нерухомого майна є земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Рухомими речами є речі, які можна вільно переміщувати у просторі. Такий законодавчий підхід, вказує саме на природні властивості об'єкта, який можна віднести до нерухомого майна.

Розглядаючи об'єкт незавершеного будівництва, саме с точки зору його природних властивостей, ми можемо зробити однозначний висновок, про належність такого об'єкта саме до нерухомого майна, враховуючи економічну цінність такого майна та оскільки в більшості випадків переміщення об'єкта незавершеного будівництва неможливе без його знецінення. Тобто, об'єкт, будівництво якого незавершене, має головну ознаку нерухомого майна — це нерозривний зв'язок із земельною ділянкою.

Крім того, проаналізувавши судову практику визнання права власності на об'єкт незавершеного будівництва, можна зробити висновок, що судами розглядається можливість визнання права власності на такий об'єкт саме як на об'єкт нерухомості, а не як на об'єкт рухомого майна. Що в свою чергу, підтверджує віднесення об'єкту, будівництво якого не завершено до об'єкту нерухомості [2, С. 330].

Право власності є можливість суб'єкта цивільного права володіти, користуватися та розпоряджатися своїм майном на законних підставах, та вимагати від третіх осіб не порушувати це право. Чинне законодавство передбачає особливий порядок набуття права власності на нерухоме майно, у відповідності до якого таке право підлягає державній реєстрації. Тому виникнення права власності на об'єкт незавершеного будівництва має ряд особливостей, виходячи із процедури реєстрації права власності на нерухоме майно та специфічних властивостей об'єкта, будівництво якого не завершено.

Правові засади виникнення права власності на об'єкти нерухомості, що є об'єктами незавершеного будівництва, визначила ст. 331 Цивільного кодексу України (далі — ЦК), а саме ч. 4 ст. 331 ЦК, яка закріпила можливість набуття права власності на недобудоване нерухоме майно шляхом звернення до суду, якщо буде встановлено, що частка робіт, яка не виконана відповідно до проекту є незначною. При цьому кодекс не розкривав зміст поняття «незначної частки будівельних робіт, які не виконані». Але такі підходи до правового регулювання набуття права власності на об'єкти нерухомого майна, що є об'єктами незавершеного будівництва, не витримали часу, оскільки на законодавчому рівні було закріплено лише один спосіб набуття право власності на такий об'єкт — шляхом звернення до суду.

Крім того, в Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій, було передбачено, що при посвідченні договорів відчуження недобудованого нерухомого майна нотаріус вимагає як правовстановлюючий документ рішення суду.

З прийняттям Закону України «Про внесення змін в деякі законодавчі акти України» від 15 грудня 2005 року, № 3201-IV, ч. 4 ст. 331 ЦК України була виключена, а ч. 3 — доповнена, з метою легалізації об'єктів незавершеного будівництва і зменшення кількості справ за позовами власників про визнання такого права власності на зазначені об'єкти [3, С. 551]

У відповідності до цих змін, в разі необхідності особа — власник матеріалів, обладнання може укласти договір стосовно об'єкта незавершеного будівництва, право власності на який реєструється органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно, на підставі документів, які підтверджують права на

земельну ділянку, проектної документації, а також документів, що містять опис об'єкта незавершеного будівництва.

Тобто, можна зробити висновок, що у Цивільному кодексі України на даний час закріплена позиція, відповідно до якої заінтересована особа може зареєструвати право власності на об'єкт незавершеного будівництва у разі наміру укласти договір щодо такого об'єкта, але процедури набуття права власності та особливості в ЦК України не зазначаються.

Порядок здійснення реєстрації права власності на нерухоме майно регулюється Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» [4], а також Тимчасовим положенням «Про порядок державної реєстрації права власності та інших речових прав на нерухоме майно» (далі — Тимчасове положення), затвердженим Наказом Міністерства юстиції України 07.02.2002 р. № 7/5. Довгий час існувало протиріччя стосовно реєстрації права власності на об'єкт незавершеного будівництва між нормативно-правовими актами, яке полягало у тому, що хоча в Цивільному кодексі України і була закріплена можливість реєстрації права власності на об'єкт незавершеного будівництва, Тимчасове положення чітко зазначало, що реєстрація права власності можлива лише на об'єкти, будівництво яких є завершеним. Крім того, проаналізувавши Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», можна дійти висновку про відсутність можливості реєстрації права власності на об'єкт незавершеного будівництва.

У зв'язку з цим, на практиці виникало багато проблем, оскільки, Бюро технічної інвентаризації, на які покладена функція реєстраторів, відмовляли у реєстрації права власності на об'єкти незавершеного будівництва, так як, порядок реєстрації був відсутній для таких об'єктів. І хоча, Міністерство юстиції надало роз'яснення стосовно особливостей реєстрації права власності на об'єкти, будівництво яких незавершене, ці роз'яснення не є нормативно-правовими актами. Але Наказами Міністерство юстиції від 17.02.2010 року № 324/5 та від 28.02.2010 року № 1692/5 були внесені зміни до Тимчасового положення, яке було доповнено розділом IV, який визначає особливості реєстрації права власності на об'єкти незавершеного будівництва.

Такі зміни у законодавстві, безумовно є позитивним кроком для вдосконалення правового регулювання права власності на об'єкт незавершеного будівництва, але не є достатніми та чіткими, оскільки визначають лише документи, які необхідні для реєстрації такого права, але не визначають особливостей набуття права власності на такий об'єкт. Це, насамперед, відсутність посилання на те, чи видається свідоцтво про державну реєстрацію на такий об'єкт, чи відіграє роль відсоток завершення такого будівництва, оскільки, в не потребується для реєстрації будь-який документ, який містив би опис такого об'єкта. Крім того, для реєстрації об'єкта незавершеного будівництва потрібно надати лише дозвіл на будівництво, та підтвердження прав на земельну ділянку, що фактично дозволяє зареєструвати об'єкт з незначним відсотком завершення будівництва, та ввести його в обіг як нерухоме майно, що на мою думку не є правильним.

Проаналізувавши особливості права власності на об'єкт незавершеного будівництва можна зробити наступні висновки. На даний момент в Україні відсутнє легальне чітке визначення поняття та правового статусу об'єктів будівництво яких незавершене. Це викликає багато протиріч при виникненні, зміні та припинення цивільно-правових відносин, об'єктом яких є об'єкт незавершеного будівництва. Сучасне цивільне законодавство рухається в

напрямку легалізації права власності на такі об'єкти, але робить це не послідовно, що дозволяє в судовому порядку по різному вирішувати питання права власності на об'єкти незавершеного будівництва.

Розробка та прийняття єдиного нормативно-правового акту, який би в повній мірі регулював відносини, які виникають стосовно об'єктів незавершеного будівництва, а насамперед відносини власності, повинно бути пріоритетним напрямком для сучасної законотворчої діяльності.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Кисиль В. А. Забезпечення зобов'язання при фінансуванні об'єктів незавершеного будівництва// Commercial Property. — 2008. — № 10. — 97 с.

2. Сухоручко П. В. Хто є власником об'єкта незавершеного будівництва// Юридична практика. — 2004. — № 19. — 333 с.

3. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: в 2т. — 3-е вид. / Під ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2008. — Т. I. — 832 с., Т. II. — 1088 с.

4. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 01.07.2004 р. № 1878-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 51. — Ст. 551.



**Литвиненко Олена Миколаївна**

*аспірантка кафедри цивільного права юридичного факультету Київського національного університету ім. Т. Шевченка*

### **ПРАВО ГОСПОДАРСЬКОГО ВІДАННЯ МАЙНОМ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА**

Правове регулювання суспільних відносин в майновій сфері пов'язане зі встановленням державою певних правових норм, що стосується участі держави та органів місцевого самоврядування в організації суспільного життя, в тому числі і шляхом використання державних засобів виробництва не самими власником, а іншими суб'єктами, яким держава передає ці за засоби на певній правовій основі — титулі. Надані державним підприємствам і установам правомочності мають бути достатніми, щоб забезпечити їм необхідну цивільну правоздатність та ефективне господарювання. Звичайно, після прийняття ЦК України, який не передбачає право господарського відання висловлювалися різні погляди на цю проблему.

Питанням обґрунтування інституту права повного господарського відання в юридичній літературі за радянських часів приділялось багато уваги, зокрема такими вченими цивілістами: А. В. Венедиктов, С. Н. Братусь, М. М. Агарков, О. С. Йоффе, Ю. К. Толстой, проте нині ці питання розробляються відомими вченими-представниками науки господарського права, зокрема, це праці: С. М. Грудницької, О. М. Вінник, В. К. Мамутова, В. С. Щербини та ін.

На жаль, законодавець ввівши в період ринкових реформ в Україні інститут господарського відання та оперативного управління, лише схематично окреслив певні правомочності державних підприємств і установ, що не сприяло їх ефективній діяльності. Вважаю, що необхідне збереження інституту господарського відання та оперативного управління і відповідного його



закріплення в ЦК України, оскільки він ще не вичерпав своїх можливостей. Хоча в ЦК України взагалі не має такої правової конструкції обмежених речових прав як права повного господарського відання та права оперативного управління, проте вони збережені в ГК України.

У сучасній правовій системі України простежується тенденція до впровадження основних правових форм здійснення права державної власності. Це насамперед: інститут загального управління власністю; інститут повного господарського відання та оперативного управління; інститут довірчого управління, право користування (оренди) державним та комунальним майном [5, С. 216]. З перерахованих лише право користування (оренди) державним та комунальним майном та довірче управління сформувалися в постсоціалістичній Україні в період ринкових реформ. Інші ж сформувалися ще в радянський період. Однак нині вони набули нового змісту, як інструмент ринкової економіки.

Юридичні особи публічного права створюються і припиняються виключно у розпорядчому порядку і діють на підставі закону чи спеціального нормативного акту. Державні підприємства, наділені правом господарського відання, правом оперативного управління [15, С. 61] отримують певну сукупність прав і обов'язків, яка дозволяє їм здійснювати функції власника. При цьому власником майна державних підприємств, установ продовжує бути держава.

Незважаючи на відсутність права господарського відання в ЦК України необхідно визначити правовий режим майна публічної юридичної особи. Проблема полягає в тому, що майно юридичної особи публічного права знаходиться у державній власності. Але водночас, через відсутність права господарського відання, власником цього майна є й державна юридична особа. В розв'язанні цього питання бачиться обґрунтованою позиція Ю.К.Толстого, що запропонує модель «роздільної власності», за якою держава уособлює верховну власність (*dominium directum*), а державна юридична особа — підлеглу власність (*dominium utile*) [11, С. 10-15]. Такий підхід, передусім, дозволяє зберегти принцип єдності державної власності як загальнонародного надбання.

Перед юридичною наукою постала складна проблема обґрунтувати правову приналежність майна державним юридичним особам, що виявилось досить складною справою. І лише в 40-х роках наукові пошуки завершилися результативно. Це вдалося зробити академіку А. В. Венедиктову [4, С. 41], який сформулював в 1948 р. теорію оперативного управління, яка одержала підтримку наукової громадськості, а також законодавче оформлення в Основах цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік 1961 р., в ст. 21 яких було записано, що державне майно, закріплене за державними організаціями, знаходиться в оперативному управлінні, що здійснюють в межах, установлених законом, відповідно до цілей їх діяльності, планових завдань і призначення майна, права володіння, користування і розпорядження майном. Це положення було повністю відтворене в ст. 89 ЦК УРСР 1963 р.

Обґрунтовуючи необхідність закріплення за державними органами необхідних правомочностей володіння, користування і розпорядження переданого їм державного майна, А. В. Венедиктов зазначав, що без цих правомочностей вони не змогли б виконувати покладені на них завдання народногосподарського плану. При цьому, на його погляд, державний орган здійснює надані йому правомочності саме в порядку оперативного управління, а не як власник. [4, С. 41]. Таку позицію А. В. Венедиктова підтримали багато цивілістів М. М. Агарков, С. Н. Братусь, О. С. Йоффе, Ю. К. Толстой [1; 3] та ін.). Наприклад С. М. Корнеєв вважає, що державний орган здійснює надані йому правомочності саме в порядку

оперативного управління [8, С. 134-137]. Інститут права оперативного управління в цілому справив позитивний вплив на формування конструкції правосуб'єктності державних підприємств і установ як юридичних осіб. Він вніс визначеність у взаємовідносини між державою як власником і суб'єктами здійснення права державної власності. З ідеологічних міркувань не могла юридична наука запозичити буржуазні інститути управління майном особами, що не є його власниками. У світовій практиці сформувалися різноманітні моделі відмежування від права власності права управління нею та введення так званої «розщепленої власності».

В англо-американській правовій системі головною правовою формою реалізації права власності не-власником став інститут «довірчої власності», який утверджує абсолютність прав володіння, користування і розпорядження титульного користувача майном довірчого власника.

Щодо здійснення права державної власності в багатьох зарубіжних країнах сформувалося три основні організаційно-правові форми державних підприємств: відомчі (казенні) підприємства, публічні корпорації і державні. Казенні підприємства не мають статусу юридичної особи, фінансово-господарської самостійності і фінансуються з державного бюджету. Публічна корпорація має статус юридичної особи, формується за рахунок первісного державного капіталу, а надалі діють на засадах господарської самостійності та фінансової самокупності. Нарешті, державні компанії мають статус юридичної особи акціонерного типу, діють, як і публічна корпорація, на підставі індивідуального статуту (меморандуму), затвердженого відповідним державним органом.

Аналізуючи право державної власності, А. Г. Бикова звернула увагу на можливі дві моделі реалізації відносин державної власності: речово-правова (за якої держава здійснює своє господарювання, і таким чином повноваження власника, через підприємства, які володіють правом оперативного управління) і зобов'язально-правова (за якої майно для господарювання передається повністю підприємству державою, яка, юридично залишаючись власником, передає всі свої правомочності по здійсненню права власності). При цьому автор визнав більш перспективною другу модель і запропонував впровадити її шляхом укладання відповідного договору між підприємством і вищестоящим органом господарського керівництва [6, С.73-82]. Пропозиція автора, безперечно, є близькою до існуючого в багатьох країнах інституту довірчого управління. Однак шляхи її реалізації не можна визнати вдалимими, оскільки «вищестоящий орган господарського керівництва» завжди буде прагнути зберегти адміністративний контроль за державним підприємством.

Тому будь-яка заміна права оперативного управління іншим поняттям, на його погляд, не може усунути необхідність надавати підприємству ті ж правомочності, що охоплюються інститутом оперативного управління. Необхідно розробити конструкцію оптимального співвідношення прав і обов'язків, які мають надаватися державним юридичним особам публічного права.

Перша спроба оновити інститут права оперативного управління та привести його у відповідність із стрімко змінюваними суспільними відносинами була зроблена в Законі України «Про власність», прийнятого Верховною Радою України 7 лютого 1991 р. На жаль, законодавець, запровадивши в період ринкових реформ в Україні інститут повного господарського відання та оперативного управління, лише схематично окреслив певні права та обов'язки, закріплені за державними підприємствами та установами, що звичайно не могло не позначитися на їх господарсько-виробничій діяльності. Очевидно, тому розробники проекту ЦК

України визнали безперспективність функціонування цього інституту, а відтак йому взагалі не знайшлося місця в Цивільному кодексі. На наш погляд, відмова від інституту повного господарського відання та оперативного управління є дещо передчасною. Однак виявити позитивні і негативні риси цього інституту можна лише тоді, коли буде розкрито його зміст, межі здійснення державними юридичними особами делегованих їм державою правомочностей.

Розвиток економіки у країнах західної Європи відбувався за активної участі держави. Сьогоднішня європейська юридична наука виходить з того, що обов'язок держави у підтримці економічного порядку в суспільстві зумовлює її обов'язок здійснювати певною мірою керівництво економікою [10, С. 159].

Регулюючи підприємницьку діяльність, в розвинутих Європейських країнах використовують обмеження права власності, що є інструментом державного впливу на економіку й орієнтує окремих підприємців та корпорації на загальнонаціональні економічні інтереси [13, С. 6].

Світовий досвід свідчить, що рівень розвитку окремо взятої держави безпосередньо залежить від ефективності здійснення державою регуляторної політики. Висновок про неможливість функціонування економіки на засадах тільки одного сектора економіки (державного або приватного) підтверджено практикою багатьох країн, оскільки розвиток економіки на засадах виключно приватної власності призводить до кризи надвиробництва.

В. С. Мартем'янов, розглядаючи державу як учасника в господарських відносинах, зазначає, що держава як суб'єкт господарського права наділена ознаками, характерними суб'єктам господарського права: володіє власним майном, яке реалізує в економічному обороті, господарською компетенцією, керує господарською діяльністю і безпосередньо здійснює її, встановлюючи господарські зв'язки з іншими учасниками господарського обороту владно і на основі договорів [12, С. 113-114].

Отже, держава для здійснення своїх господарсько-економічних функцій якраз і використовує інститут права повного господарського відання та оперативного управління, створюючи для цього господарюючі та інші суб'єкти зі статусом юридичної особи, яким встановлює певний обсяг повноважень.

У ЦК не перераховуються конкретні дії, які може вчиняти юридичні особи публічного права. Безперечно, що сюди мають входити дії по ефективному використанню державного майна, його збереженню, по збільшенню виробництва продукції і товарів та наданню послуг, по розширенню асортименту виготовлюваних продукції і товарів, по забезпеченню працівників роботою, заробітною платою та безпечними умовами праці, по створенню соціальної інфраструктури та ін. Всі ці дії охоплюються правомочностями володіння, користування і розпорядження, які належать державі як власнику і делеговані нею державним підприємствам. Тому ці правомочності є настільки широким поняттям, що якщо їх взяти в сукупності, ними можна охопити будь-які дії, які побажає здійснити з реччю власник.

Право господарського відання не може бути адекватним праву державної власності, оскільки держава вправі обмежити державне підприємство в деяких його повноваженнях щодо розпорядження державним майном.

Таким чином, можна дійти висновку, що в чинному законодавстві простежується тенденція до розширення прямих та опосередкованих обмежень державних підприємств у здійсненні ними повноважень щодо закріпленого за ними державного майна на праві повного господарського відання.

Висновки. Праву державної власності притаманні особливі форми та способи його здійснення, які обумовлені тим, що держава реалізує власницькі права лише через уповноважені та спеціально створені для цього органи. В правовій системі України функціонують різні форми здійснення права державної власності: інститут загального управління власністю; інститут повного господарського відання та оперативного управління; інститут довірчого управління, право користування (оренди) державного та комунального майна;

Інститут права оперативного управління в цілому справив позитивний вплив на формування правосуб'єктності державних підприємств і установ як юридичних осіб публічного права, вніс визначеність у взаємовідносини між державою як власником і підприємствами і установами, як правового інституту реалізації права державної власності.

Державні підприємства, засновані на державній власності, в тому числі казенні підприємства створюються на підставі рішень уповноважених органів, які за своїм змістом слід розглядати як волевиявлення держави на здійснення належних їй правомочностей власника.

З метою усунення суперечностей між Цивільним та Господарським кодексом України, пропонується включити в доповнити ст. 329 ЦК частиною другою, де передбачити, що юридична особа публічного права не є власником цього майна. Майно їм належить на праві господарського відання та оперативного управління на нерухомим та рухомим майном, що належить до державної або комунальної власності. У разі набуття сукупності речей (у складі майнового комплексу) речове право виникає на кожному річ.

Таким чином, до переліку «інших» речових прав визначених статтею 395 ЦК слід включити: право господарського відання юридичних осіб публічного права на майно, яке знаходиться у їх віданні.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Агарков М. М. Основные принципы советского гражданского права // Советское государство и право. — 1947. — № 11. — С. 34-38
2. Бикова А. Г. Право собственности в СССР/ [под ред. Ю. К. Толстого, В. Ф. Яковлева]. — М.: Юрид лит., 1989. — 288 с.
3. Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве. — М., 1947. — 363 с.
4. Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. — М., 1948. — 834 с.
5. Вінник О. М. Господарське право: навчальний посібник. [2-ге вид., змін. та доп.] — К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. — 766 с.
6. Дзера О. В. Розвиток права власності громадян в Україні // Монографія. — К.:Вентурі, 1996 — 272 с..
7. Жанайдаров И. У. Проблемы реализации права государственной собственности. — Алматы: Казахстан, 1994. — 260 с.
8. Корнеев С. М. Право государственной социалистической собственности в СССР. — М, 1964. — 266 с.
9. Толстой Ю.К. К разработке теории юридического лица. // Проблемы современного гражданского права. М.: Городец. — 2000. С.10-15
10. Жамен С. Торговое право / С. Жамен, Л.Лакур .- М.: Междунар.отношения., 1993.-255 с.

11. Мамутов В.К. Господарське право зарубіжних країн / В. Мамутов, О. Чувпило // — К.: Ділова Україна, 1996 — 352с.

12. Мартемьянов В.С. Хозяйственное право: Ученик в 2-х томах / [ ред. В.С. Мартемьянов].- М. Изд-во БЕК, 1994- Т.1.-1994.- 298с.

13. Щербина В.С. Суб'єкти господарського права / В.С. Щербина // Монографія. — К: Юрінком Інтер, 2008.- 263с.



**Менджул Марія Василівна**

*старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Закарпатського державного університету*

### **ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА МАЙНО ЗАГАЛЬНОСОЮЗНИХ ГРОМАДСЬКИХ ОРГАНІЗАЦІЙ КОЛИШНЬОГО СРСР**

Громадські організації, що набули статусу юридичної особи, є повноцінними учасниками цивільних правовідносин, володіють майновими правами, в тому числі правом власності. Водночас, якщо інститут права власності детально досліджений в доктрині цивільного права, то питанню права власності громадських організацій в Україні науковці не приділяють належної уваги. В науковій літературі проаналізовані окремі проблеми права власності невідповідних організацій [1], політичних партій [2] та професійних спілок [3].

Відповідно до ст. 316 ЦК України правом власності є право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб. К. П. Победоносцев під правом власності розумів право виключного, повного панування особи над річчю [4, С. 79]. Доктрина цивільного права визначає, що зміст права власності поєднує повноваження власника з володіння, користування та розпорядження своїм майном [5, С. 329; 6, С. 274]. Окремі науковці критично відносяться до відомої ще римському праву „тріади“ правомочностей власника і виділяють більше елементів права власності [7, С. 252-253], або наголошують на тому, що вичерпного переліку правомочностей бути не може [8, С. 126].

В радянський період науковці вважали, що право власності громадських організацій займає особливе місце в системі соціалістичної власності [9, С. 6-7; 10, С. 66]. При цьому зауважувалось, що на відміну від державної власності, власність громадських організацій, як і кооперативно-колгоспна, належить не одному, а багатьом власникам — громадським організаціям, тобто являє собою колективну власність [10, С. 67]. Цивільний кодекс України виділяє такі форми власності як приватна, державна і комунальна. Колективна форма власності не знайшла свого відображення в ЦК України. У Російській Федерації некомерційні організації діють на базі колективної форми власності [11, С. 20]. Т. О. Ковдій вважає, що власність невідповідних організацій належить до категорії приватної власності як приватна власність юридичних осіб [1, С. 396]. Л. М. Мандрика зауважує, що право власності політичних партій повинно розглядатися як різновид права власності об'єднань громадян, котрі є суб'єктами права приватної власності невідповідних товариств — юридичних осіб приватного права [2,

С. 7]. О. М. Соловійов відзначає, що право власності профспілок України, будучи різновидом права власності непідприємницьких товариств як юридичних осіб приватного права, виступає структурним елементом права приватної власності [3, С. 4]. Аналіз чинного цивільного законодавства України дає нам підстави констатувати, що громадські організації є суб'єктами права приватної власності.

Отож, право власності громадської організації в суб'єктивному розумінні можна визначити як юридичну можливість володіти, користуватися й розпоряджатися належним їй майном на власний розсуд з метою досягнення статутної мети її створення та діяльності. Під правом власності громадської організації в об'єктивному сенсі слід розуміти систему правових норм, які регулюють відносини щодо набуття, здійснення, захисту та припинення права власності громадських організацій як суб'єктів цивільних правовідносин.

Громадські організації володіють, користуються та розпоряджаються своїм майном на власний розсуд. При цьому, вони мають право вчиняти щодо свого майна будь-які дії, які не суперечать закону, а також зобов'язані додержуватися моральних засад суспільства. Громадські організації не можуть використовувати право власності на шкоду правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію та природні якості землі. Держава не втручається у здійснення громадськими організаціями права власності.

Об'єктом права власності громадської організації може бути будь-яке майно, необхідне для забезпечення досягнення статутної мети її створення та діяльності, за винятком речей, вилучених з цивільного обороту. У власності громадських організацій не можуть перебувати види майна, внесені до переліку (додаток № 1), який затверджений постановою ВРУ «Про право власності на окремі види майна» № 2471-XII від 17 червня 1992 р. Об'єкти власності громадських організацій є необхідною матеріальною основою забезпечення їх діяльності та досягнення статутної мети.

Основне місце серед об'єктів власності громадських організацій радянського періоду займали: будівлі, клуби, будинки і палаци культури, стадіони, будинки відпочинку, санаторії, туристичні бази і т. д. Наразі, для всіх громадських організацій законом встановлені обмеження здійснення права власності, зокрема набувати у власність тільки кошти та інше майно, необхідне для здійснення статутної діяльності (стаття 21 ЗУ «Про об'єднання громадян»).

Особливої уваги заслуговує питання права власності на майно загальносоюзних громадських організацій колишнього СРСР. Постановою ВРУ «Про майнові комплекси та фінансові ресурси громадських організацій колишнього Союзу РСР, розташовані на території України» від 10 квітня 1992 року № 2268-XII встановлено, що тимчасово, до визначення правонаступників загальносоюзних громадських організацій колишнього Союзу РСР їх майно та фінансові ресурси, розташовані на території України передаються Фонду державного майна України. Кабінет Міністрів України Постановою «Про визначення органів управління майном загальносоюзних громадських організацій колишнього Союзу РСР» від 13 січня 1995 р. № 18 визначив міністерства, на які було покладено повноваження органів управління майном загальносоюзних громадських організацій колишнього СРСР, розташованого на території України. Таким чином, ряд громадських організацій втратили значні об'єкти права власності.

Були спроби визнати неконституційними Постанови ВРУ «Про майнові комплекси та фінансові ресурси громадських організацій колишнього Союзу РСР, розташовані на території України» від 10 квітня 1992 р. та «Про майно

загальносоюзних громадських організацій колишнього Союзу РСР» від 4 лютого 1994 р., Розпорядження Президента України від 24 травня 1996 року № 123 «Про заходи щодо майна загальносоюзних громадських організацій колишнього Союзу РСР» від 14 жовтня 1997 р. та ін. Проте Конституційний Суд України відмовив у відкритті конституційного провадження (ухвали від 11 липня 1997 р. та від 14 жовтня 1997 р.).

Тільки прийнятий 7 жовтня 1997 р. ЗУ «Про професійних творчих працівників та творчі спілки» в ст. 9 встановив, що всеукраїнські творчі спілки, які діяли як юридичні особи до 24 серпня 1991 року, є правонаступниками майна відповідних творчих спілок колишнього СРСР.

Згодом були розроблені законопроекти, спрямовані на вирішення проблеми визначення суб'єктів права власності на розташоване на території України майно загальносоюзних громадських організацій колишнього СРСР, зокрема проекти від 13 липня 2000 р. № 5465, від 11 липня 2002 р. № 1093-1 та від 6 квітня 2005 р. № 1093-Д. Однак жоден з цих законопроектів досі неприйнятий. Безперечно, необхідно якомога швидше законодавчо врегулювати ці питання.

Більше того, на практиці виникають спори між Фондом державного майна та громадськими організаціями щодо майна, яке вже на лежить їм на праві власності. Так, Господарський суд Луганської області розглянув справу № 15/4пд за позовом Фонду державного майна України до Товариства з обмеженою відповідальністю «Клуб Ініціал», Федерації профспілок Луганської області про визнання договору оренди недійсним. При цьому, Фонд державного майна обґрунтовував свої вимоги тим, що згідно п. 3 постанови ВРУ «Про майно загальносоюзних громадських організацій колишнього Союзу РСР» Фонд державного майна України наділений повноваженнями орендодавця щодо майна загальносоюзних громадських організацій колишнього СРСР, розташованих на території України, і Федерація профспілок Луганської області не мала права укладати договір оренди цілісного майнового комплексу учбово-методичного центру з ТОВ «Клуб Ініціал». Так як Фонд державного майна України не надав доказів того, що спірна будівля належала загальносоюзній організації колишнього СРСР, Господарський суд Луганської області 20 квітня 2007 р. виніс рішення, яким відмовив у задоволенні позову, а договір оренди залишив в силі.

Доволі відомим є спір за позовом Регіонального відділення Фонду державного майна України по Дніпропетровській області до Дніпропетровського обласного об'єднання профспілок про визнання права державної власності на нерухоме майно, що неодноразово розглядався в судах. Постановою ВСУ від 27 квітня 2010 р. скасовано рішення Господарського суду Дніпропетровської області від 9 червня 2009 р., постанову Дніпропетровського апеляційного господарського суду від 27 серпня 2009 р. та постанову Вищого господарського суду України від 3 грудня 2009 р. у цій справі, а справу передано на новий розгляд до Господарського суду Дніпропетровської області із вказівкою на те, що для вирішення даного спору судам необхідно було з'ясувати організаційно-правовий статус профспілок УРСР у структурі організацій профспілок СРСР, і, відповідно, належність або ні відповідача на час виникнення спірних правовідносин до загальносоюзних громадських організацій.

Господарський суд Дніпропетровської області в рішенні від 24 вересня 2010 р. у справі № 9/195-10 (27/22-09(25/157-08(10/53-07)) відмовив у задоволенні позову Регіонального відділення Фонду державного майна України по Дніпропетровській області до Дніпропетровського обласного об'єднання профспілок про визнання права державної власності на нерухоме майно. Суд

керувався тим, що спірне нерухоме майно зареєстроване за Об'єднанням профспілок Дніпропетровської області на праві власності, і за результатами проведеної реконструкції фактично була збудована нова будівля за кошти профспілок. При винесенні рішення судом також було враховано Висновок Науково-правової експертизи Інституту держави і права ім. В. М. Корецького Національної академії наук України, в якому обґрунтовано, що віднесення майна профспілкових організацій до соціалістичної власності не означає, що це майно ставало державною власністю. Крім того, постанова ВРУ «Про майно загальносоюзних громадських організацій колишнього Союзу РСР» від 4 лютого 1994 р. не стосується загально-профспілкового майна ВЦРПС, оскільки за постановою Фонду майна ВЦРПС, прийнятою раніше — 16 січня 1992 р., вказане майно передано Федерації незалежних профспілок України, тобто правонаступництво у майні системи профспілок колишнього СРСР встановлено самостійно в установленому порядку. Постанови ВРУ «Про майнові комплекси і фінансові ресурси громадських організацій колишнього СРСР, розташованих на території України» від 10 квітня 1992 р. та «Про майно загальносоюзних громадських організацій колишнього СРСР» від 4 лютого 1994 р. стосуються лише тих громадських організацій, в яких на день прийняття постанов доля майна була невизначеною [12].

Таким чином, з метою вирішення даної проблеми, необхідно статтю 21 Закону України «Про об'єднання громадян» доповнити новою частиною такого змісту: «Громадські організації, які діяли як юридичні особи до 24 серпня 1991 року, є правонаступниками майна відповідних громадських організацій колишнього Союзу РСР та Української РСР, розташованого на території України».

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Ковдій Т. О. Правовий режим майна непідприємницьких організацій за законодавством України // Держава і право: зб. наук. пр. Юридичні і політичні науки. — К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. — Вип. 25. — С. 396-401.
2. Мандрика Л. М. Право власності політичних партій в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. — Харків, 2005. — 18 с.
3. Соловйов О. М. Право власності професійних спілок України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. — Харків, 2002. — 19 с.
4. Победоносцев К. П. Курс гражданского права: в 3 т. / [под ред. В. А. Томсинова]. — М.: Зерцало, 2003. — Т. 1. — 768 с.
5. Мейер Д. И. Русское гражданское право. По исправленому и дополненому 8-му изд., 1902.: в 2 ч. — [3-е изд., испр.]. — М.: Статут, 2003. — 831 с.
6. Цивільне право України: Академічний курс: підруч.: у двох томах / [А. Ю. Бабаскін, Т. В. Боднар, Ю. Л. Бошицький та ін.] / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. — Т. 1. Загальна частина. — 520 с.
7. Кулагин М. И. Избранные труды / М. И. Кулагин; [под ред. Е. А. Суханова, С. М. Корнеева, Е. В. Кулагина и др.]. — М.: Статут, 1997. — 330 с.
8. Скловский К. И. Собственность в гражданском праве: Учеб.-практ. пособие. [Издание второе] / К. И. Скловский. — М.: Дело, 2000. — 512 с.
9. Альчиев К. Право собственности профсоюзных и иных общественных организаций: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. — М., 1966. — 14 с.



10. Седугин П. И. О социалистической собственности общественных организаций // Советское государство и право. — 1964. — № 11. — С. 66-74.

11. Лихотникова Е. П. Некоммерческие организации: правосубъектность и право собственности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. — М., 2004. — 23 с.

12. Рішення Господарського суду Дніпропетровської області від 24 вересня 2010 р. у справі № 9/195-10 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/11788200>.



### **Орловський Володимир Володимирович**

*помічник судді Апеляційного суду Херсонської області, здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ України*

## **СВІТОГЛЯДНІ І ТЕОРЕТИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ РОЗШИРЕННЯ ІНСТРУМЕНТАРІЮ ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ У ЦИВІЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ**

Після колапсу соціалістичної системи права з її підходом до права власності як такого, що визначається його господарським призначенням у централізованій соціалістичній економіці, у цивільне право України було повернуто концепцію абсолютного права власності, яка визнавалася у праві, що діяло на території нашої держави у дорадянську добу: як відомо, §354 Австрійського цивільного кодексу визначав право власності як «право розпоряджатися річчю і її корисними властивостями на свій розсуд і кожному іншу особу з цього виключити», аналогічний підхід був реалізований і у проекті Цивільного уложення Російської Імперії.

Логічна структура права власності за класифікацією прав В. Хохфельда [1, С. 193-193; 2] виглядає так: право власності є свободою (liberty) використання і розпорядження річчю, вимогою (claim) до усіх інших утриматися від втручання у здійснення власником своєї свободи, і повноваженням (power) змінювати зміст цієї вимоги незалежно від волі інших осіб (immunity). Цей поширений у теорії права аналіз є відповіддю на питання як влаштована «молекула права».

Питання ж про природу і функцію цієї молекули, тобто про те чому діє механізм права, є предметом теорій вищого (за абстракцією) рівня. Визначення поняття права власності, як воно закріплено у ч. 1 ст. 316 ЦКУ генетично, через ідеї та події доби Просвітництва і праці І. Канта, Ф. К. Савіньї, Г. Кельзена, Г. Харта та інших, найбільше пов'язане і логічно відтворює ключові положення однієї з них — волової теорії прав (will theory of rights) або теорії вибору (choice theory) [1, С. 193-195; 2]. Відповідно до неї власник за висловом Г. Харта є «сувереном у мініатюрі», оточеним «захисним периметром» обов'язків інших осіб, який вільно у межах права обираючи варіанти своєї поведінки, втілює свою волю у матеріальному світі. Захист права є захистом автономії і свободи власника. Таке розуміння права власності як моделі співіснування волі власника і волі інших осіб означає, що сенс права власності у першу чергу полягає у наданні власнику контролю (або за термінологією В. Хохфельда повноваження реалізовувати правовимогу по відношенню до зобов'язаної особи [2]) над обов'язками інших діяти у спосіб, що не суперечить його праву, а не у цих обов'язках самих по собі.

Головним висновком цих роздумів про механізм і природу права власності, який нас цікавить у контексті винесеної у заголовок теми, такий: обсяг права власності, або можливості здійснювати право власності за висловом А. В. Венедиктова «своєю владою у власному інтересі», у першу чергу, визначається набором інструментів захисту, що є у розпорядженні власника.

Сучасні правові системи європейських держав, США і також Росії, кожна у свій спосіб, передбачають такі інструменти захисту права власності, які діють не тільки ретроспективно (відшкодування шкоди, віндикація тощо), а і перспективно (шляхом попередження шкоди), а отже надають власнику як володарю найбільш широкого майнового права найбільш широку можливість контролю над здійсненням іншими обов'язку не порушувати його право [3, С. 250-252; 4, с. 991-1004].

Але, незважаючи на спільність принципів світоглядних політико-правових положень концепції права власності, не існує єдиного підходу до визначення місця і функціональних зв'язків права на захист права власності до його порушення — превентивного захисту — з іншими інститутами у системі приватного права. Зокрема у праві країн Європи це проблема віднесення права превентивного захисту права власності до речового права, або до різновиду недоговірних зобов'язань, або виділення його у самостійний інститут цивільного права [4, С. 265-266]. Тому найчастіше у цивільному законодавстві країн континентального права норми превентивного захисту формулюються у спосіб, який, зокрема, не дає чіткої відповіді на питання про те, чи захищають вони абсолютне право або інтерес власника, та про їх місце у системі цивільних прав.

Іншими словами, право різних держав по-різному перекладає мову світоглядних принципів на мову цивільно-правових концепцій і конкретних норм цивільних кодексів. Як наслідок, концепція, логічний і термінологічний інструментарій цивільного права кожної держави, намагаючись визначити межі здійснення і усунути колізію різних майнових прав з урахуванням покладених в основу цивільного права принципів, які теж не позбавлені колізій, визначають у тій чи іншій мірі різний режим правового регулювання превентивного захисту права власності.

Не стоїть осторонь цих процесів і цивільне право України. Новий Цивільний кодекс України, концептуально змінивши підхід до змісту права власності, послідовно із розширенням обсягу права власності пропонує нові інструменти його захисту. Ними стали норми ч. 2 ст. 386 і глав 79-81 ЦК України, які визнають за власником і особою що діяла у його інтересах без доручення право на захист права власності шляхом усунення загрози його порушення.

Однак, формулювання норм зазначених статей не дають підстав для чіткої відповіді на окреслені вище питання, а також породжують нові теоретичні і практичні проблеми їх застосування. Наведемо лише деякі з них: 1) розміщуючи норми превентивного захисту права власності у різних розділах кодексу, які присвячені різним підгалузям цивільного права — речовому і зобов'язальному, — законодавець в «основних положеннях» кодексу не передбачає загальних принципів превентивного захисту, 2) Норма ч. 2 ст. 386 ЦК, оперуючи висловом «передбачення власником порушення», і ст. 1163 ЦК — терміном «загроза порушення», використовують різну термінологію при регулюванні одних і тих же відносин, що допускає суперечності у формулюванні підстави превентивного захисту права власності, 3) не визначено межі здійснення права на захист від загрози порушення права власності, наприклад, стосовно пограничних з

інститутом відшкодування збитків ситуацій неминучої загрози продовження завдання шкоди.

Отже, розширення інструментарію захисту права власності у цивільному праві України, послідовно відтворюючи покладені в основу визначення права власності принципи, наштовхується на нові теоретичні труднощі, подолання яких зі сторони науки цивільного права потребує осмислення закріплених у ч. 2 ст. 386 і глав 79-81 ЦК України норм з точки зору їх місця у системі концепцій, принципів і норм сучасного цивільного права України.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory / [ed. by M. P. Golding, W. A. Edmundson]. — Blackwell Pub., 2005. — 355 p.
2. Wenar L. «Rights», The Stanford Encyclopedia of Philosophy [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://plato.stanford.edu/entries/rights/>
3. Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. — М.: Юристъ, 1999. — 384 с.
4. Christian von Bar, Principles of European law Vol. 7. Non-contractual liability arising out of damage caused to another — Oxford: Oxford University Press, 2009 — 1384 p.



**Пахомова Ірина Анатоліївна**

*здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна*

#### **ЕМФІТЕВЗИС ЯК ЗАСІБ РЕАЛІЗАЦІЇ РЕЧОВИХ ПРАВ ЗГІДНО ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ**

Конституцією України, прийнятою на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року, визначено основні принципи та напрямки розвитку й функціонування нашої держави. Одним з основних правових принципів сучасної України є безумовне визнання та всебічне забезпечення вільної реалізації економічних прав особи, до яких, в першу чергу, відноситься право власності. Так, згідно ст. 41 Основного Закону кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю. Ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним [1; 2].

Однак право власності особи не може бути безмежним — у Конституції України передбачені гарантії забезпечення інтересів суспільства у процесі здійснення власником своїх прав. Так, використання власності не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі (ч. 7 ст. 41). Власність зобов'язує. Власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству (ч. 4 ст. 13).

Право власності займає основне місце в системі речових прав, до якої згідно книги третьої Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) належать також інші речові права. Введення в дію з 1 січня 2004 року Цивільного кодексу України закріпило існування в чинному законодавстві та цивілістичній науці поняття права на чужі речі (розділ 2 книги третьої ЦК України). За допомогою інституту

прав на чужі речі також забезпечуються інтереси осіб — не власників, які мають потребу у користуванні певними благами, що знаходяться у власності певних осіб.

Відповідно до ч. 1 ст. 395 ЦК України речовими правами на чуже майно є:

- а) право володіння;
- б) право користування (сервітут);
- в) право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис);
- г) право забудови земельної ділянки (суперфіцій);

Даний перелік не є вичерпним, так як ч. 2 цієї статті передбачено інші випадки встановлення речових прав на чуже майно.

Підставою виникнення речових прав на чуже майно може бути договір, заповіт, на законних підставах, судове рішення та адміністративний акт, який є підставою виникнення права господарського відання та оперативного управління тощо.

Речові права на чуже майно можуть виникати із договору, але вони є речовими, а не договірними [3, С. 664]. Тобто ці права не можуть бути припинені за волевиявленням власника майна, яке обмежене речовим правом іншої особи, яка виступає носієм права на чуже майно. Так, як зазначають М. К. Сулейменов та С. В. Скрябін, визнання того чи іншого суб'єктивного права речовим правом на чуже майно тягне за собою важливі практичні наслідки. На думку науковців, основними з них є:

1. До речових прав застосовуються норми права власності, якщо інше не передбачено законодавством або не суперечить природі даного речового права;
2. Зміст цих прав визначається ЦК або іншим законом та не може бути визначено згодою сторін (наприклад, договором про встановлення цього права) ;
3. Захист речових прав осіб, які не є власниками, здійснюється згідно правил про захист права власності. Такі особи мають право на захист свого володіння також від власника [4, С. 89].

Об'єктами речового права на чуже майно є матеріальні речі (майно).

Одне з прав на чужі речі — емфітевзис (*emphyteusis* — грец.: обов'язок обробляти та покращувати земельну ділянку), виникло ще в епоху римського права та означало довгострокову спадкову оренду земельної ділянки [5, С. 119-120].

Дане речове право виникає на підставі договору між власником земельної ділянки і особою, яка виявила бажання користуватися цією земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб — землекористувачем [6, С. 314] .

Емфітевзис, згідно права Юстиніана, — це речове право, що виникало на підставі реального договору особливого роду (*sui generis*) — *contractus emphyteuticarius*. Емфітевта (землекористувач) набував права господарювати на земельній ділянці на власний розсуд і отримувати плоди та доходи від її використання у власність. Він мав зобов'язання сплачувати власникові земельної ділянки порівняно низьку щорічну ренту (*pensio*). За згоду на відчуження емфітевзису, емфітевта був зобов'язаний сплатити 2 % ціни емфітевзиса власнику земельної ділянки [6, С. 313-314] . Даний договір був довгостроковим, що дозволяло емфітевті ефективно обробляти великі площі землі та отримувати значні урожаї [7, С. 4].

Передбачена у цивільному законодавстві можливість здійснювати речові права на земельні ділянки шляхом укладення договору про встановлення емфітевзису, набула сьогодні практичного значення. Про це свідчить як сам факт визнання законодавцем необхідності нормативного регулювання цих відносин,

так і увага до емфітевзису з боку юристів, що приділяють увагу теоретичним та практичним аспектам землекористування. В науковій літературі зустрічається думка, що «обмежені речові права на земельні ділянки, зокрема, суперфіцій та емфітевзис, можуть бути альтернативою права приватної власності» [8]. У практичній площині питанням надання землі у користування для сільськогосподарських потреб присвячуються семінари та конференції, на яких також емфітевзис розглядається як альтернатива власності [9].

Згідно ч. 1 ст. 407 ЦК України право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб встановлюється договором.

За чинним законодавством України цей договір підлягає державній реєстрації (за місцем знаходження нерухомого майна) як правочин щодо нерухомості. На сьогодні законодавчо не закріплені етапи укладення даного виду договорів в Україні, тому на практиці виникають проблеми у реалізації права на встановлення емфітевзису та набуття цього права на чуже майно. Зокрема, 27 січня 2009 року постановою місцевого Ленінського районного суду міста Севастополя було задоволено позовні вимоги про поновлення порушених прав позивача та зобов'язання Севастопольської міської філії Державного підприємства «Центр державного земельного кадастру при Державному комітеті України по земельних ресурсах» провести реєстрацію договору встановлення емфітевзису зважаючи на наступне.

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмеження» (далі — Закон про державну реєстрацію) [10], укладений договір підлягає реєстрації у порядку, передбаченому Законом. Згідно тексту зазначеної постанови суду «оскільки позивачка неодноразово зверталася із відповідною заявою до відповідача у справі, в ході переписки із яким їй неодноразово відмовлялося у реєстрації укладеного нею договору, посилаючись на те, що КМУ не прийняті нормативні акти, які встановлюють порядок проведення державної реєстрації вищезазначених прав, а також пропонувалося зачекати деякий час. На останнє звернення позивачки 16.04.2008 р. жодної відповіді їй надано не було, у зв'язку із чим вона вважає свої права порушеними то просить їх поновити у судовому порядку [11]. Суд дійшов висновку про необхідність задоволення позовних вимог, керуючись ст. 5 Закону про державну реєстрацію, в якій визначено повноваження відповідних органів щодо реєстрації зазначених договорів емфітевзису. У постанові зазначено, що враховуючи, що Законом України Про державну реєстрацію чітко визначено, що договір, про який йдеться в позові підлягає обов'язковій державній реєстрації, суд вважає відмови відповідача у здійсненні зазначених дій безпідставними.

При цьому, суд не може прийняти до уваги доводи відповідача про неможливість проведення реєстрації договору встановлення емфітевзису земельної ділянки, з причини відсутності нормативних актів, регулюючих порядок її проведення, тому що це не може бути підставою у реалізації громадянином своїх прав, які прямо визначені діючим законодавством. Також суд зауважив, що людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Суд вважає, що правовідносини, що виникають в процесі реалізації права на реєстрацію своїх прав у визначеному законом порядку, оснований на принципі юридичної визначеності. Зазначений принцип не дозволяє державним органам посилатися на відсутність певного нормативного акту, який визначає механізм реалізації прав та свобод громадян, закріплених у конституційних та інших актах.

Це рішення суду вбачається обґрунтованим та свідчить про можливість захисту речового права на встановлення емфітевзису або набуття цього речового права. Однак, з метою забезпечення ефективної системи реєстрації договорів емфітевзису, необхідно передбачити у законодавстві чіткий механізм здійснення реєстрації цих договорів та визначити коло й повноваження відповідних органів щодо такої процедури реєстрації.

Згідно вимог законодавства сам договір може містити різноманітні умови здійснення прав та відповідати певним умовам.

У разі, якщо емфітевзис укладено на невизначений строк, кожна зі сторін може відмовитися від нього, попередивши про це іншу сторону не менш як за рік. Власниками і землекористувачами можуть бути фізичні та юридичні особи (якщо вони здійснюють підприємницьку діяльність у сфері сільськогосподарського виробництва — зареєстровані у формі селянського (фермерського) господарства або в інших визначених законодавством організаційно-правових формах) [12, С. 367].

Власник земельної ділянки згідно ст. 409 ЦК України має право:

1. Вимагати від землекористувача використання земельної ділянки за призначенням, встановленим в договорі;
2. Одержувати плату за користування земельною ділянкою (розмір плати, її форма, умови, порядок та строки її виплати встановлюються договором);
3. Переважної купівлі в разі відчуження емфітевзиса;
4. Одержання відсотку від ціни продажу в разі продажу емфітевзиса.

Власник при встановленні емфітевзиса має не лише права, а й обов'язки, тобто право власності обмежується певним чином. Так, відповідно ст. 409 ЦК України, власник зобов'язаний не перешкоджати землекористувачеві у здійсненні його прав.

Відповідно до ст. 410 ЦК України землекористувач (емфітевта) має право:

1. Використовувати земельну ділянку для сільськогосподарських потреб у повному обсязі з врахуванням її призначення;
2. Вносити плату за користування землею та інші, передбачені законодавством, платежі;
3. Ефективно використовувати земельну ділянку відповідно до її цільового призначення, утримуватися від дій, які можуть призвести до погіршення екологічної ситуації.

Землекористувач, відповідно до ст. 411 ЦК України, має право на відчуження права користування. В письмовій формі повідомити власника земельну ділянку у разі її продажу.

Емфітевзис як один із способів реалізації речових прав на сьогодні не є розповсюдженим та, безумовно, його дослідження та доопрацювання на законодавчому рівні норм, що регулюють відносини з щодо сільськогосподарського використання земельних ділянок носіями прав на чужі речі привело б до більш широкої практики укладання договору про встановлення цього права на практиці. Це, у свою чергу, сприяло б соціальному розвитку, зростанню сільськогосподарського виробництва та забезпеченню інтересів власників та землекористувачів.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.

2. Григоренко Є. І. Конституція та засади конституційного ладу України у питаннях та відповідях: навч. посіб. / Є. І. Григоренко, О. С. Передерій. — Х.: ХУПС, 2010. — 172 с.
3. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. -3-е вид., перероб. і доп. / [за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2008. — Т. 1. — 832 с.
4. Вещные права: система, содержание, приобретение: Сб. науч. тр. в честь проф. Хаскельберга / [под ред. Д. О. Тузова]. — М.: Статут, 2008. — 464 с..
5. Бартошек М. Римское право: (Понятия, термины, определения): Пер. с чешск. — М.: Юрид. лит., 1989. — 448 с.
6. Енциклопедія цивільного права України / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького Е64 НАН України; [відп. ред. Я. М. Шевченко]. — К.: Ін Юре, 2009. — 952 с.
7. Гутьева В. В. Емфітевзис у римському праві та його рецепція у праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. — Л., 2003. — 21 с.
8. Бондар О. Г. Тенденції розвитку правовідносин власності на землю в Україні: окремі роздуми // Вісник Запорізького національного університету. — 2010. — № 3. — С. 39.
9. Інформаційний лист-рахунок № 2410/2710 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://desyatka.com.ua/glavnaja\\_oktjabr\\_zemelni\\_vidnosini\\_24.html](http://desyatka.com.ua/glavnaja_oktjabr_zemelni_vidnosini_24.html)
10. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмеження: Закон України від 01.07.2004 р. № 1952-IV // Офіційний Вісник України. — 2004. — № 30. — Ст. 1993.
11. Постанова Місцевого Ленінського районного суду міста Севастополя від 27.01.2009 р. у справі № 2а-81/09 р.. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/4672682>
12. Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — 480 с.



**Польщикова Анна**

*аспирантка кафедри гражданского права и процесса Белгородского государственного университета*

## **ЧАСТЬ ВЕЩИ КАК ОБЪЕКТ ПРАВА**

Участие вещей в обращении опосредуется правами. Любая вещь тогда приобретает статус объекта правоотношения, когда в отношении нее возникнут субъективные права. Вещи являются объектом права, но не правами.

Д.Д. Гримм под термином «объект прав» понимает «элемент конкретного отношения или абстрактного типа» [1, С. 159]. Единственно возможными объектами прав он считал лица и телесные вещи [1, С. 174]. Концепция Д.Д. Гримма относится к дуалистической теории объекта права. Монистическая теория предполагает единый объект права (силы [2, С. 156], права [3, С. 56], блага, действия лиц и т. д. [4]).

Изменяющиеся общественные отношения привели к изменениям во взглядах на объект права. Концепции объекта прав расширились за счет причисления к ним интеллектуальной собственности, нематериальных прав, бестелесных вещей, имущественных «прав». В России такое понимание объектов прав закреплено в ст. 128 ГК РФ.

Римское право допускало в качестве объектов права лиц и вещи [5, С. 92]. В этой связи не точен К. Берновский, указывающий, что только *res* в римском праве было единым и единственным объектом всех и всяких гражданских прав [6, С. 34]. Вещь такое же широкое понятие, как и лицо. *Res* обозначает что-либо способное стать объектом субъективных прав, применяется к физическим предметам, а также к любым услугам или «правам» в материальном предмете [7, С. 376]. В римском праве кругом телесных вещей было ограничено вещное право [8, С. 113]. Понятие вещь приравнено к понятию права собственности на вещи. Существует правило: одна вещь — одна собственность, поэтому на составные части вещи не может возникнуть особого права собственности [9, С. 89].

В узком значении понятие «вещь» предстает в Германии и Греции. В этих странах термин «вещь» определяется как охватывающее только «телесную субстанцию» (ГГУ § 90; ГК Греции ст. 947) [10, С. 4]. Это определение не включает, в частности, права [11, С. 11]. Соответственно, термин «права собственности» (*dingliche Rechte; Emptigmata dikaiomata*) определяется узко, как права, которые предоставляют «власть над вещью, эффективную против всех третьих лиц» [11, С. 6]. Удивительно, хотя, ни ГГУ, ни ГК Греции этому не соответствуют: оба имеют нормы в вещном праве о залоге прав (ГГУ § 1273-1291; ГК Греции ст. 1247-1256), особенно прав требований (ГГУ § 1279-1290; ГК Греции ст. 1248-1254), и узуфрукт на права (ГГУ § 1068-1084; ГК Греции ст. 1178-1182). Это несоответствие видимо свидетельствует о необходимости более широкого подхода.

Широкое понятие «вещь» используется в Португалии, Италии, Австрии, Франции и Бельгии, Испании, Швеции, Шотландии, Англии и Уэльсе. ГК Португалии 1966 года дает явно широкое определение вещи в статье 202: «все называется вещью (*Coisa*), что может быть объектом правоотношений». Это широкое определение было заимствовано в ГК Италии, согласно ст. 810 «вещи (*beni*) — тот предмет (*cose*), который может быть объектом права» [12, С. 367]. Эта же идея была отражена в австрийском ГК 1811 года. Кодекс определяет: «Все, что отличается от человека и служит его пользе, в праве является вещью» (ГК § 285).

«Части» вещи согласно ст. 642 Швейцарского ГК подвержены статусу вещи в целом. Право собственности может быть только на вещи в целом, а не на его части.

В ГК Франции и Бельгии 1804 года основное понятие *bien* (имущество) прямо не определяется. Его значение, однако, может быть производно от перечисления недвижимого и движимого имущества [13, С. 31-40].

ГК Испании 1889 года используется два различных термина *cosa* (буквально, вещь) и *bien* (в буквальном смысле, имущество). Использование этих терминов не последовательно: статьях 333 и 336 ГК Испании *cosa* имеет более широкое значение, чем *bien*. Статья 346 дает общее правило, в котором *cosas* и *bienes* считаются эквивалентными, однако в судебной практике можно найти иной подход [14, С. 11].

Голландский кодекс 1992 года, который основан на очень тщательном сравнительном анализе, содержит новое решение основной терминологии права. Ст. 3:01 ГК Нидерландов дает следующее определение: «Имущество (*goederen*) — это все вещи (*zaken*) и все имущественные права (*vermogensrechten*)» «Ст. 3:02 затем



определяет вещи, как все телесные объекты, которые поддаются контролю человека [15, С. 322].

Несмотря на расходящиеся определения, как представляется, существует единодушие во всех правовых системах европейских государств в отношении не только телесной вещи, как объекта вещного права, но и бестелесных. Использование широкой концепции права собственности, включающей в себя вещи и имущественные права, не означает, что все правила, применяемые к этим двум объектам права собственности должны непременно использоваться.

### ***Определение границ вещи***

Реальными вещами могут стать вещи не только материальные, но и созданные «благодаря геометрической фикции, изображающей определенный участок и связанный с ним отрезок пространства над и под ним» [3, С. 78]. Следовательно, достаточно абстракции, не имеющей конкретного объекта. Важна система закрепления прав, которая показывает, что речь идет об определении границ принадлежащего лицу пространства, формально-юридическая граница определяется возражением третьих лиц.

Владение выполняет функцию оповещения третьих лиц о принадлежности вещи данному лицу. Классический подход — частью участка нельзя владеть как вещью, потому что она не вещь. Д.Мейер по этому поводу писал: «этому не противоречит совокупное владение многих лиц одною и тою же вещью» [16, С. 296]. Ученый считает, что нет препятствий допустить общее юридическое владение, кроме того, «факт общего владения существует в действительности» [16, С. 297]. Принадлежность права далеко не столь очевидна. В вещном праве специально для данной функции создан институт регистрации прав на недвижимое имущество (ст. 131,165 ГК РФ).

Описание частей помещений в России производится с учетом данных кадастрового учета. Часть вещи (земельного участка, помещения) подлежит кадастровому учету согласно п. 65,84 Порядка ведения государственного кадастра недвижимости [17]. Описание объекта в договоре в виде части помещения определенной площадью, позволяющей с однозначностью идентифицировать эту часть помещения, необходимо производить с учетом описания строительных конструкций [18].

Когда собственник земельного участка хочет продать и передать его часть другому лицу, возникает вопрос: может ли он это сделать без предварительно раздела участка и получения нового кадастрового номера на часть участка. В российском праве ответ на данный вопрос будет отрицательным. К.И. Скловский подчеркивает, что отчуждению земельного участка, ранее являвшегося частью другого участка, обязательно должны предшествовать действия собственника по созданию участка [19].

Однако, в других странах, например, в Голландии ответ будет утвердительным. Передача части земельного участка возможна, эта часть представляет собой отдельную вещь, хотя она еще не получила своей регистрации в кадастре. Разделение земельного участка и распределение кадастровых номеров для вновь образованных участков является просто административной мерой.

Определение границ (как телесной, так и формально-юридической) дает возможность считать часть вещи объектом права и гражданского оборота.

### ***Делимость вещи***

Вещи делятся на делимые и неделимые в зависимости от того могут они или нет быть разделены на части без потери их характеристики и назначения. Принцип делимости был расширен для применения не только к физическому

разделению на отдельные части, но также к юридическому разделению на идеальные части [20, С. 315].

Делимые вещи, которые могут быть разделены на несколько вещей без уменьшения их ценности (стоимости) [21, С. 440]. Любую вещь можно разделить на идеальные части, несколько лиц имеют общие права в одной вещи, которые можно разделить, но не саму вещь [22, С. 228]. Часть вещи — понятие, лишённое юридического значения для вещи неделимой [23, С. 339].

Состояние неделимости имущества парализует экономический оборот, поскольку каждый из собственников неделимого имущества не может заключать никаких договоров по поводу своей доли в имуществе без согласия остальных собственников. Он может свободно распорядиться только абстракцией: своей долей неделимого имущества, действительная стоимость которой неизвестна до завершения раздела имущества.

Существуют случаи обязательной неделимости, например, право общей собственности на общее имущество многоквартирного дома. Неделимость самого имущества делает невозможным раздел, однако, допускается «долевое участие нескольких лиц в их владении» [24, С. 253]. В Германии существует совместное частичное владение [10, С. 553] (Mit-Teilbesitz), например, несколькими нанимателями одной квартиры [25, С. 19].

#### ***Часть вещи в вещах сложных и составных***

Разным категориям вещей в римском праве соответствовали три основные юридические конструкции — единого объекта, сложной вещи, совокупности вещей. Части вещи не имели юридически самостоятельного существования. Когда вещь в целом являлась объектом юридической сделки, то последствия этой сделки распространялись на все части вещи [26, С. 175].

Исторически, сложная и составная вещь понимались как тождественные понятия. Стефан Яворский писал: «всякая сложная или составная вещь имеет свои составы или части, одни из этих частей — существенные, тех которых вещь ни как не может существовать, другие нет...» [27;59]. При этом составная вещь должна быть «не просто объединением разного, а некоторым единством» [28, С. 40].

В философии вещь сложна, поскольку она состоит из частей, всякая вещь состоит из частей и вместе с тем она есть нечто целое [29, С. 72]. Ещё И. Кант утверждал, что «всякая сложная субстанция в мире состоит из простых частей и вообще существует только простое и то, что сложено из простого» [30, С. 215].

В современном праве усматривают разницу между сложной и составной вещью, которая заключается в том, что сложная вещь представляет собой соединение нескольких вещей, тогда как составная вещь состоит из элементов (ее частей). Составная вещь является неделимой. Сложная вещь — единство разнородных вещей. Заключение сделок в отношении части сложной вещи допускается, в отношении неделимой вещи — нет.

Сложная недвижимая вещь либо создается таковой, либо формируется посредством регистрации единого права на совокупный объект недвижимого имущества. Определения вещи как сложной устанавливается через «общее назначение» [31, С. 34].

Неделимыми признаются любые сложные вещи (все виды транспортных средств, трубопровод, вспомогательные помещения, объект незавершенного строительства) [32, С. 29-39].

В Германии различий не проводится, сложная (составная) вещь состоит из отдельных частей, изначально являющихся независимыми вещами. Эти вещи при

соединении обретают иное значение, ценность целой вещи повышается [21, С. 440].

В Концепции совершенствования общих положений ГК РФ к ст. 133 ГК РФ авторы приравнивают (немецкий подход) два режима вещи: «только сложная (составная) вещь должна рассматриваться в качестве вещи (объекта вещных прав); все ее составные части не должны иметь самостоятельного правового значения». В отношении ст. 134 ГК РФ авторы предлагают исключить из нормы о сложной вещи упоминание о составных частях вещи, чтобы не допустить смешение ее с составной вещью [33, С. 2-13].

В.В. Кулаков замечает, что не только сложная вещь, но главная вещь с принадлежностью выступают как единый объект, своего рода «юридически неделимая вещь» [34, С. 188].

Главная вещь и принадлежность не являются сложной вещью, а принадлежность нельзя рассматривать как составную часть главной вещи. Каждая из этих вещей является вполне самостоятельной и имеет собственное назначение.

В хозяйственном обороте весьма важно разграничивать понятие сложной вещи и принадлежностей. Решение этого вопроса относится на усмотрение суда.

Существуют противоречивые решения по отношению к электрическим, водопроводным сетям и иным коммуникациям в отношении признания их принадлежностью главной вещи (здания). Суд в одном деле такой участок сети не признал его принадлежностью, посчитав самостоятельным объектом [35]. В другом деле суд указал, что сеть не является «безусловной» принадлежностью здания истца в понимании статьи 135 ГК РФ [36]. В третьем, суд признал за подобными коммуникациями режим принадлежности [37].

Под принадлежностями понимаются исключительно движимые вещи [38, С. 22], которые, не являясь составными частями главной вещи, а служат ее хозяйственному назначению. Подобным же образом понятие принадлежности определяется в швейцарском (*Zubehör*) и австрийском кодексах. Принадлежность представляет собой самостоятельную движимую вещь и способно иметь самостоятельную правовую судьбу и в отличие от составной части может не следовать правовой судьбе главной вещи (статья 644 абз.1 ГК Швейцарии).

Таким образом, существует отличие «сложной вещи» в российском праве и «составной», «главной» вещи в праве Германии, Австрии, Швейцарии. Попытки разграничивать сложную и составную вещь в российском праве, приводят в итоге к описанию одинакового режима вещи. Сравнение их с неделимой вещи невозможно, так как последняя может выступать одновременной и сложной (составной) вещью.

### **Определением долей в праве общей собственности**

В континентальной традиции права собственности существуют ситуации, где имеет место, так называемое декларативное приобретение (*declarative acquisition*). Типичный пример — раздел общей собственности. Разделение не является "*titulus*" или передачей: человек, которому вещь принадлежит в части, не приобретает собственность, она продолжает существовать. При общей собственности (*Gesamthand, propriété collective*) сособственникам не принадлежит доля в каждой вещи отдельно, а абстрактная доля в целом имуществе.

В качестве самостоятельных объектов выступают не только вещи как реальные части, но и идеальные части вещей. Примером служит «жилищная собственность», которая объединяет в себе исключительную собственность на

реальную часть и долевую собственность на земельный участок и строение в виде идеальных долей, которые вместе образуют единый объект права.

При общей собственности происходит деление общей вещи на идеальные части, каждая из которых принадлежит сособственникам вещи. Существует другая теория, в которой каждый сособственник имеет право собственности на всю общую вещь, стесненное наличием конкурирующих с ним прав других сособственников. Сторонники третьей теории отрицают идеальное деление вещи, считая, что деление должно быть направлено либо на содержание права собственности, либо на стоимость вещи [39].

В российском праве нет никаких оснований ставить вопрос о доле как об идеальной части общей вещи, т.е. как об особом объекте права. Говоря о доле, имеется в виду доля права (собственности) на вещь (общую). Доля представляет собой результат деления самого права общей собственности, а не общей вещи (п. 2 ст. 244 ГК РФ).

### ***Сделки с частью вещи***

Статьи 128 и 130 ГК РФ не выделяют в качестве объекта гражданских прав часть вещи, однако в законодательстве упоминаются сделки с частями вещи (ст. ст. 132, 134, 340, 552-555, 558, 673 ГК РФ, 16 ЖК РФ; ст. 26 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», ст. 38,46,69 Закона об ипотеке). Часть вещи выступает предметом договора купли-продажи, аренды, хранения и обозначается путем указания данных, определяющих расположение недвижимости в составе другого недвижимого имущества.

В судебной практике сложился подход в отношении части вещи (нежилого помещения или здания) как объекта договора **купли-продажи**. Суды на основании ст. 455 ГК РФ не признают возможность отчуждения части вещи, за исключением случаев, когда эти объекты прошли кадастровый учет либо на их основе может быть сформировано нежилое помещение как обособленный объект [40].

Суды исходят из того, что часть помещения может быть объектом **аренды**, а соответствующий договор признается заключенным, если позволяет точно определить объект аренды. Суды указывают на необходимость индивидуализации части помещения путем обозначения на поэтажном плане [41]. Однако, отсутствие обозначения объекта аренды на поэтажном плане не всегда влечет незаключенность договора, при наличии в договоре достаточных данных, позволяющих индивидуализировать часть передаваемого в аренду помещения.

Существует иной подход к правовой природе договора, направленного на предоставление в пользование части вещи (здания, части площадей здания). Несмотря на то, что ст. 607 ГК РФ указывает на вещи, как объекты аренды, не вещи являются предметом (объектом) договора аренды, им является исполнение [9, С. 67] обязательства, в содержание которого входят действия арендодателя по предоставлению возможности арендатору пользоваться вещью. Суды такой договор признают непоименованным в ГК РФ, и не применяют положения гл. 34 ГК РФ [42].

Предметом **ипотеки** часть вещи может стать, будучи самостоятельным предметом гражданского оборота и только после государственной регистрации возникновения права собственности.

На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что сведение права к представляемой вещи не удовлетворяет современному уровню правового регулирования. В современной доктрине пребывание части вещи в качестве объекта вещных прав справедливо отвергается. При этом допускается аренда

части вещи, однако, обоснование заключается в том, что, хотя это и не согласуется со ст. 607 ГК РФ, однако, часть вещи можно достаточно определенно индивидуализировать. Такой подход закрепился в судебной практике и законодательстве о государственной регистрации и кадастровом учете. Обоснование страдает ввиду понимания предмета аренды как вещи. Арендатор же получает вещь в пользование, арендодатель сохраняет право собственности и владения. Регистрация же договора аренды согласно п. 3 ст. 26 Закона о регистрации вещи или ее части происходит как обременение прав арендодателя. Обременение не может распространяться на всю вещь, при сдаче в аренду только ее части, так как данная часть (помещения, земельного участка) обладает своим кадастровым номером, т.е. в праве признается отдельным объектом.

Значение имеет понимание части составной (сложной) вещи. Такая вещь может быть как делимой, так и неделимой вещью. Помещение и земельный участок — вещи делимые, а их части могут становиться объектами сделок. При этом, не только сделок по предоставлению части вещи в пользование (аренда, ссуда, наем), но и ее отчуждению (купли-продажи) по описанной голландской модели. В отношении вещей неделимых оборот их частей представить сложно. Признание вещи неделимой влечет за собой определенные правовые последствия — часть ее не может быть предметом самостоятельных гражданских прав.

#### ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:

1. Grimm Д.Д. К учению об объектах прав // Вестник гражданского права. — 2007. — № 1.
2. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. — Спб, Изд. Н.К. Мартынова, 1914.
3. Саватье Р. Теория обязательств. — М., Прогресс, 1972.
4. Обзор теорий и источников по объекту права можно встретить в работах: Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. — М., Статут, 2000.
5. Санфилиппо Ч. Курс римского права / [Под ред. Д.В. Дождева]. — М.: Норма, 2007.
6. Берновский К. Объект права. Харьков. Юридическое издательство НКЮ УССР, 1931.
7. Stephenson A. A history of Roman law: with a commentary on the Institutes of Gaius and Justinian. Wm. — S.: Hein Publishing, 1912.
8. Goudsmit J.E. The Pandects: A Treatise on the Roman Law and Upon its Connection with Modern Legislation. Translated by R. De Tracy Gould. — London: Longmans, Green & Co., 1873. Reprint 2005.
9. Дернбург Г. Пандекты: Вещное право. Пер. с нем. 6-е изд. Т. 2. / [Под ред. Мейендорф А.Ф.]. — Санкт-Петербург: Гос. Тип., 1905.
10. Wieling H-J. Sachenrecht. — Berlin: Springer, 2007.
11. Baur F., Stürner R. Sachenrecht. 17. Auflage. München. 1999.
12. Trabucchi A. Istituzioni di Diritto Civile. 33nd ed., CEDAM, Padova.
13. Terré F., Simler P. Droit civil // Les biens. 1— 992. — 4ed. Precis Dalloz. — № 12.
14. Storme M. E. Property law in a comparative perspective. KU Leuven Centre for Advanced Legal Studies. — Spring, 2004.
15. Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe: A Comparative Study / von Bar Ch.; Drobniig U. Berlin: Sellier de Gruyter. 2009.
16. Мейер Д. И. Русское гражданское право. — Тип. Н. Тивлена, 1864.

17. Приказ Минэкономразвития РФ от 04.02.2010 № 42 «Об утверждении Порядка ведения государственного кадастра недвижимости» // Российская газета. — 2010. — № 75. — 09.04.
18. Постановление ФАС МО от 25.12.2008 № КГ-А40/9931-08
19. Скловский К.И. Раздел земельного участка // ЭЖ-Юрист. — 2005. — № 45.
20. Burdick W. L. The principles of Roman law and their relation to modern law. — The Lawbook Exchange, Ltd., 2004.
21. Voemke B., Ulrici B. BGB Allgemeiner Teil. — Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2009.
22. Sohm R. The Institutes of Roman Law. — Gorgias Press LLC, 2002.
23. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. — М.: Статут, 2008.
24. Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. — С.-Петербург: Тип. М.М. Стасюлевича, 1902.
25. Schade F. Wirtschaftsprivatrecht: Grundlagen des bürgerlichen Rechts sowie des Handels- und Wirtschaftsrechts. Stuttgart: — W. Kohlhammer Verlag, 2009.
26. Римское частное право: учебник / Под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. — М.: Wolters Kluwer Russia. 2010.
27. Яворский С. Догмат о ..., [Электронный ресурс] — Режим доступа: [http://books.google.ru/books?q=+inauthor:%22%D0%9F%D0%B0%D0%BD%D1%82%D0%B5%D0%BB%D0%B5%D0%B9%D0%BC%D0%BE%D0%BD%D0%BE%D0%B2+%D0%BC%D0%BE%D0%BD%D0%B0%D1%81%D1%82%D1%8B%D1%80%D1%8C+%28%D0%90%D1%82h%D0%BE%D1%81,+%D0%93%D1%80%D0%B5%D0%B5%D1%86%D0%B5%29%22&source=gbs\\_metadata\\_r&cad=4](http://books.google.ru/books?q=+inauthor:%22%D0%9F%D0%B0%D0%BD%D1%82%D0%B5%D0%BB%D0%B5%D0%B9%D0%BC%D0%BE%D0%BD%D0%BE%D0%B2+%D0%BC%D0%BE%D0%BD%D0%B0%D1%81%D1%82%D1%8B%D1%80%D1%8C+%28%D0%90%D1%82h%D0%BE%D1%81,+%D0%93%D1%80%D0%B5%D0%B5%D1%86%D0%B5%29%22&source=gbs_metadata_r&cad=4)
28. Хорев Н.В. Философия как фактор развития науки. — М., 1979.
29. Михаленко Ю.П. Философия Д. Юма: теоретическая основа английского позитивизма XX века. — М.: Изд-во Академии наук СССР, 1962.
30. Кант И. Критика чистого разума / Перевод Н. Лосского. — М.: Мысль, 1994.
31. Стрембелев С.В. Управление общим имуществом многоквартирного дома: правовые аспекты: монография. — М.: Волтерс Клувер, 2010.
32. Евсеев Е.Ф. Правовой режим делимых и неделимых вещей // Адвокат. — 2010. — № 3.
33. Концепция совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации // Бюллетень нотариальной практики. — 2009. — № 3.
34. Кулаков В.В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России. — М.: Волтерс Клувер, 2010.
35. Определение ВАС РФ от 30.04.2008 № 5447/08 по делу № А50-9896/2007-Г-16
36. Определение ВАС РФ от 29.10.2009 № ВАС-13340/09 по делу № А60-18958/2008-С4.
37. Определение ВАС РФ от 19.10.2007 № 12647/07 по делу № А50-17495/2006-Г-3.
38. Urs Ch. Nef. Grundzuge des Sachenrechts. — Zurich, 2004.
39. Зимелева М.В. Общая собственность в советском гражданском праве. Часть первая // Вестник гражданского права. — 2009. — № 4.
40. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 05.11.2009 № 134; Определение ВАС РФ от 15.09.2010 № ВАС-10219/10 (технического учета)

помещений не достаточно для признания его самостоятельным объектом недвижимости).

41. Постановление ФАС ДО от 25.01.2010 № Ф03-7379/2009; Постановление ФАС МО от 31.12.2008 № КГ-А40/12215-08-П; ФАС ПО от 24.08.2009 по делу № А55-15883/2008. Ни из договора, ни из плана арендных площадей, ни из акта приема-передачи невозможно индивидуализировать предмет аренды по договору.

42. Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 22.04.2010 по делу № А43-14227/2009.



**Савченко Аріна Сергіївна**

*викладач кафедри цивільно-правових Харківського національного університету  
внутрішніх справ*

## **АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ КРИТЕРІЇВ НЕРУХОМОГО МАЙНА**

Поділ речей на рухомі та нерухомі став основоположним для цивільного законодавства періоду ринкової економіки. Адже, два з половиною тисячоліття цивілістична думка та законодавча практика обґрунтовували необхідність та доцільність виділу нерухомого майна в окремий, особливий об'єкт цивільного права.

Враховуючи тенденції розвитку та зростання ринку нерухомості буде збільшуватися і видова диференціація об'єктів нерухомості. Передумовою побудови системи об'єктів одного роду (нерухомість) є наявність спільної властивості або ознаки.

При визначенні дефініції нерухомості, наведеної в ст. 181 Цивільного кодексу України [1], законодавець використовує два підходи: по-перше, виділяє критерії (ознаки) віднесення об'єктів до нерухомих (міцний зв'язок об'єктів з земельною ділянкою «невід'ємно пов'язані з нею», неможливе переміщення об'єктів без їх знецінення та неможливість переміщення об'єктів без зміни їх призначення), і по-друге, вказує на конкретні об'єкти, які за своїм статусом є нерухомими речами (земельна ділянка, а також об'єкти, розташовані на ній — споруди, будівлі тощо). Якщо другий спосіб визначення нерухомості складнощів у застосуванні на практиці не викликає, то визначення нерухомості через використання абстрактних ознак — міцний зв'язок із землею, неможливість переміщення об'єктів без їх знецінення та зміни призначення, викликає труднощі, так як в законодавстві відсутнє легальне визначення зазначених понять.

Таким чином необхідне чітке законодавче формулювання критерію віднесення майна до нерухомого, інакше при безсистемному віднесенні різних видів майна до нерухомого, рано чи пізно, призведе до умовності поняття нерухомого майна.

В якості основного критерію віднесення майна до нерухомого виступає нерухомість самого об'єкту як його фізична характеристика. Земельна ділянка в силу своїх природних властивостей є нерухомих об'єктом природи, який сформувався в ході природного розвитку. Саме тому основоположною ознакою нерухомого майна є зв'язок із землею. Мова йде про безпосередній, фізичний контакт, переривання якого призведе до серйозної шкоди для об'єкта нерухомості,

який на ній розміщений. Так як, земельна ділянка це об'єкт нерухомості, створений природою без участі людини, який в силу своїх фізичних властивостей не може бути а ні переміщений, а ні змінений. Що стосується інших об'єктів нерухомості (будинків, споруд, будівель), то вони є результатом праці людини та пов'язані з природною основою настільки, що не можуть функціонувати у відриві від неї.

Наступним критерієм віднесення об'єктів до нерухомості є критерій неможливості переміщення об'єктів без їх знецінення та зміни призначення.

Знецінення як економічна характеристика нерухомості є наслідком зносу об'єкту нерухомості. Відповідно до Національного стандарту № 1 «Загальна оцінка майна і майнових прав», затвердженого Постановою КМУ від 10.09.2003 р., № 1440, **знос (знецінення)** — втрата вартості майна порівняно з вартістю нового майна. Знос за ознаками його виникнення поділяється на фізичний, функціональний та економічний (зовнішній). Фізичний та функціональний знос може бути таким, що технічно усувається, і таким, що не усувається, або усунення його є економічно не доцільним. Отже, фізичний знос — це знос, зумовлений частковою або повною втратою первісних технічних та технологічних властивостей об'єкта оцінки (нерухомого майна);

Функціональний знос — це знос, зумовлений частковою або повною втратою первісних функціональних (споживчих) характеристик об'єкта оцінки (нерухомого майна);

Економічний (зовнішній) знос — це знос, зумовлений впливом соціально-економічних, екологічних та інших факторів на об'єкт оцінки (нерухоме майно) [2].

Для більш детального тлумачення терміну «знецінення» проаналізуємо кожний з його видів. Так, економічний або зовнішній знос, нас взагалі, не цікавить, так як зумовлений факторами, які не залежать від людини та носять більш глобальний характер. Що стосується фізичного та функціонального зносу (знецінення) об'єкту нерухомості, то вони характеризуються зменшенням корисності як самого об'єкта, так і його споживчої привабливості, яка виражається в зниженні його вартості (знеціненні) під впливом різних факторів. В міру експлуатації об'єкта поступово погіршуються його параметри, що характеризують конструктивну надійність будинків і споруджень, а також їхня функціональна відповідність поточному і тим більше майбутньому використанню, пов'язані з життєдіяльністю людини. Крім того, на вартість нерухомості в неменшому ступені впливають і зовнішні фактори, обумовлені зміною ринкового середовища, накладенням обмежень на визначене використання будинків і споруд.

На підставі вищевикладеного ми можемо зробити висновок, що термін «знецінення», який використав законодавець у положеннях ст. 181 Цивільного кодексу України у контексті «переміщення яких є неможливим без їх знецінення» є юридично не коректним. Адже, по-перше, знецінення об'єкту нерухомості не може відбутися шляхом вчинення «єдино разової дії людини і техніки» — його переміщення у просторі, так як знецінення це процес, який полягає в постійній, довготривалій експлуатації об'єкта нерухомості. І, по-друге, підставою віднесення будівель та споруд до числа нерухомих речей є те, що вони в змозі служити відповідно до свого функціонального призначення лише у поєднанні з будь-якою земельною ділянкою. При цьому фактор можливого переміщення більшості споруд та будівель взагалі не має вирішального значення. Враховуючи, що сьогодні можна привести не мало випадків переміщення споруд, які мають певну цінність, на значні відстані. Якщо буквально виходити з цього критерію, передбаченого



законодавством, то в силу відсутності їх знецінення під час переміщення, зазначені об'єкти до нерухомого майна вже не будуть відноситися. Але ж це те так.

Адже, нерозривність фізичного зв'язку об'єкта з земельною ділянкою слід розуміти як умову його використання за призначенням, що робить цю ознаку головною. Мова йде про матеріальний зв'язок цих двох об'єктів, тобто не про зв'язок з конкретною земельною ділянкою, а про зв'язок із землею взагалі.

На сьогоднішній день відомо чи мало випадків переміщення будівель та споруд, але необхідно враховувати доцільність такого переміщення, оскільки це процес трудомісткий та витратний, що може перевищити вартість самої споруди. Саме тому будівлі та споруди призначаються до переміщення лише після серйозного техніко-економічного обґрунтування, після опрацювання усіх альтернативних варіантів, таких як коректування проектів розвитку міста і т. п.

Іншою частиною досліджуваного критерію об'єктів до нерухомого майна є неможливість їх переміщення без зміни призначення.

Традиційно цивільне законодавство для позначення об'єктів, які виникли в результаті будівельної діяльності людини та які відносяться до об'єктів нерухомості, використовує поняття «будівлі» та «споруди».

Відповідно, **споруди** — це земельні поліпшення, що не належать до будівель та приміщень, призначенні для виконання спеціальних технічних функцій (дамби, тунелі, естакади, мости тощо), а **будівлі** — це земельні поліпшення, в яких розташовані приміщення, призначенні для перебування людини, розміщення рухомого майна, збереження матеріальних цінностей, здійснення виробництва тощо [3].

Основним критерієм розмежування будівель та споруд є їх призначення.

Будівлі та споруди визнані рукотворною нерухомістю та є штучно створеними об'єктами будівництва, на які покладено певну технічну функцію. Однак, слід зазначити, що не дивлячись на стрімкий розвиток науки та техніки в сфері переміщення об'єктів будівництва, споруди переміщенню не підлягають: по-перше, через нерозривний зв'язок із земельною ділянкою, на якій вони розміщені; по-друге, їх розміщення на певній земельній ділянці обумовлене природними, економічними чи технологічними факторами, і по-третє, покладені на них функції покликані забезпечувати потреби або певного регіону, або держави в цілому.

Отже, як бачимо призначенням (метою) будівель і споруд є задоволення різного роду житлових, побутових та інших особливо важливих потреб населення, крім того, більшість зазначених об'єктів є стратегічними об'єктами нашої країни (метрополітен, дамби тощо).

**Призначення** — це функція, що задається з самого початку проектування об'єкта будівництва, окреслена у відповідних документах і не залежить від фактичного використання об'єкта. Доцільно зауважити, що призначення будівель може бути змінене у процесі їх використання (переведення приміщень з житлового фонду у нежитловий, і навпаки). Що ж до введеного законодавцем терміну «неможливе переміщення без зміни їх призначення», то він застарів з наступних підстав: а) технічно переміщення будівель можливе; б) зміна призначення — це самостійне явище, яке не слід пов'язувати з переміщенням об'єкту нерухомості; і в) переміщення, як процес не обов'язково призводить до зміни призначення будівлі. Врешті решт, такий об'єкт будівництва або буде переміщено успішно зі збереженням всіх його юридично-технічних характеристик та властивостей, або буде частково чи повністю зруйновано. Навіть, у випадку його

часткового руйнування, він буде вважатися нерухомістю через невід'ємний зв'язок із земельною ділянкою та капітальний характер.

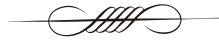
Вважаємо, що з врахуванням тієї обставини, що у будівництві йде пошук нових методів удосконалення процесу переміщення споруд і будівель, то положення ст. 181 Цивільного кодексу України в частині віднесення до нерухомості об'єктів, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни призначення, в найближчому майбутньому буде потребувати уточнення.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.

2. «Про затвердження Національного стандарту № 1 «Загальна оцінка майна і майнових прав»: Постанова КМУ від 10.09.2003 р., № 1440 // Офіційний Вісник України. — 2003. — № 37. — Ст. 1995.

3. Про затвердження Національного стандарту № 2 «Оцінка нерухомого майна»: Постанова КМУ від 28.10.2004 р., № 1442 // Офіційний Вісник України. — 2004. — № 44. — Ст. 2885.



# ДОГОВОРНОЕ ПРАВО

**Боднар Тетяна Валеріївна**

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

## ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВОРІВ ЗА УЧАСТЮ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ТА ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

Загальновідомо, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19 Конституції України).

Чинне законодавство передбачає участь зазначених органів в договірних відносинах, встановлюючи певні особливості укладання і виконання таких договорів.

1) *Договори оренди державного та комунального майна.* Участь органів державної влади та органів місцевого самоврядування в орендних відносинах передбачена Законом України від 10 квітня 1992 р. «Про оренду державного та комунального майна» [1], відповідно до ст. 5 якого вони або виступають орендодавцями державного майна, або уповноважують певні органи управляти комунальним майном і бути щодо нього орендодавцями.

Особливість договорів оренди державного та комунального майна, як договорів публічної спрямованості, що мають на меті закріпити (оформити) взаємовідносини щодо забезпечення підвищення ефективності використання державного і комунального майна, зумовлює специфіку правового становища органів державної влади і органів, уповноважених органами місцевого самоврядування управляти майном, як сторін у договорі оренди відповідного майна.

Ця специфіка полягає у тому, що:

*по-перше*, орган державної влади має діяти в інтересах держави, а не у своїх власних інтересах. Так само орендодавець, уповноважений органом місцевого самоврядування, має діяти в інтересах відповідної територіальної громади.

У цьому полягає чи не найголовніша відмінність договорів оренди державного і комунального майна, від інших цивільно-правових договорів оренди, що укладаються у власних інтересах сторони, яка їх укладає, і це зумовлює інші особливості правового становища органів державної влади і органів, уповноважених органами місцевого самоврядування-сторін у договорі оренди;

*по-друге*, «переддоговірна» поведінка органу державної влади чи органу, уповноваженого органом місцевого самоврядування управляти майном, регламентована більш жорстко і, як правило, не ґрунтується на принципі свободи договору ні при вирішенні питання щодо укладення договору (безпідставна відмова орендодавця від укладення договору оренди може бути оскаржена в судовому порядку), ні при обранні іншої сторони договору — орендаря, ні при визначенні умов договору, які докладно врегульовані законодавчими актами (крім того, договори оренди державного майна укладаються на підставі типових договорів, затверджених Фондом державного майна України [2]);

*по-третє*, кошти, отримані органами державної влади і органами місцевого самоврядування від виконання договорів оренди (орендна плата), зараховуються

переважно відповідно до Державного бюджету України або місцевого бюджету, а не на рахунок орендодавця;

*по-четверте*, на органи, які відповідно до закону здійснюють державну політику у сфері оренди (як правило, вони одночасно виступають і орендодавцями відповідного майна) покладається контроль за використанням майна, переданого в оренду (крім іншого окремого індивідуально визначеного майна) та контроль за виконанням договорів оренди [3].

Контроль за використанням іншого окремого індивідуально визначеного майна, переданого в оренду, здійснюють органи, уповноважені управляти підприємством, яке є орендодавцем цього майна.

Таким чином, публічна спрямованість договорів оренди державного та комунального майна, а також особливість правового становища юридичних осіб публічного права, якими, на нашу думку, є органи державної влади і органи, уповноважені органами місцевого самоврядування управляти майном, що перебуває у комунальній власності, зумовлюють специфіку правового статусу цих органів як учасників орендних договірних відносин.

Крім того, варто мати на увазі, що учасниками організаційних правовідносин, що передують укладенню договорів оренди державного та комунального майна, можуть бути також органи, уповноважені управляти об'єктами державної або комунальної власності, які надають згоду чи відмову на оренду відповідного майна, а у визначених законом випадках — також орган Антимонопольного комітету України.

2) *Договірні відносини у сфері приватизації*. Згідно з ч. 1 ст. 7 Закону України від 4 березня 1992 р. «Про приватизацію державного майна» [4] державну політику в сфері приватизації здійснюють Фонд державного майна України, його регіональні відділення та представництва у районах і містах, органи приватизації в Автономній Республіці Крим, що становлять єдину систему державних органів приватизації в Україні.

Відповідно до покладених на них завдань державні органи приватизації, зокрема, продають майно, що перебуває у державній власності, в процесі його приватизації, включаючи майно ліквідованих підприємств, об'єктів незавершеного будівництва та колишнє військове майно, що набуло статусу цивільного, а також акції (частки, паї), що належать державі у майні господарських товариств.

Ст. 6 Закону України «Про приватизацію державного майна» визначаючи перелік суб'єктів приватизації, називає їх державними органами приватизації, покупцями (їх представниками) і посередниками, що, на нашу думку, не зовсім коректно, оскільки не відображає ролі суб'єктів приватизації на різних її етапах. Так, державні органи приватизації у договірних відносинах приватизації (після укладення договору купівлі-продажу) є продавцями, хоч і з дещо специфічним правовим становищем. Покупці стають такими також лише з моменту укладення договору купівлі-продажу об'єкта приватизації. На попередніх етапах вони можуть бути учасниками (переможцями) конкурсу (аукціону), тобто лише потенційними покупцями.

Договірним відносинам приватизації присвячено норми ст. 27 Розділу V Закону України «Про приватизацію державного майна», що має назву «Оформлення угод приватизації».

Вживання в назві статті та в її тексті терміну «угода» не узгоджується з термінологією Цивільного кодексу України, в якому застосовується термін «правочин», під яким розуміється дія особи, спрямована на набуття, зміну або

припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 202 ЦК України), або «договір» (дво- або багатосторонній правочин — погоджена дія двох або більше сторін).

Оскільки в ст. 27 Закону України «Про приватизацію державного майна» йдеться, по-суті, про двосторонні правочини — договори купівлі-продажу об'єкта приватизації, — то і в назві статті 27, і в її тексті доцільно вживати термін «договір», для чого до зазначеної статті слід внести відповідні зміни. Разом з тим, у ч. 7 ст. 27 термін «угоди» доцільно замінити терміном «правочини», оскільки не виключено, що це можуть бути і односторонні правочини, а термін «укладатися» — терміном «вчинятися».

Особливістю договорів купівлі-продажу об'єктів приватизації є передбачене абз. 20 ч. 2 ст. 27 Закону України «Про приватизацію державного майна» здійснення контролю за виконанням його умов з боку державних органів приватизації.

Основні правила організації та здійснення органами приватизації контролю за виконанням покупцями об'єктів приватизації умов договорів купівлі-продажу цих об'єктів регламентовані Порядком здійснення державними органами приватизації контролю за виконанням умов договорів купівлі-продажу об'єктів приватизації, затвердженим наказом Фонду державного майна України від 27 лютого 2004 р. № 372 (у редакції наказу ФДМУ від 24 червня 2009 р. № 067) [5].

У разі виявлення в результаті перевірки факту порушення умови (умов) договору, органом приватизації застосовуються до покупця санкції, передбачені чинним законодавством та/або умовами договору.

У разі якщо за результатами перевірки орган приватизації приймає рішення про необхідність застосування до покупця санкцій у вигляді накладання штрафу, пені, ним здійснюється розрахунок відповідних сум і направляється претензія з метою безпосереднього врегулювання спору з покупцем щодо сплати штрафу та пені\*. У разі невизнання покупцем претензії органом приватизації направляється позов до суду щодо стягнення з покупця штрафу, пені.

У разі добровільної сплати покупцем штрафу, пені у визначеному органом приватизації розмірі, орган приватизації має право відкликати позов (точніше було б — відмовитися від позову. — Т. Б.).

У разі, коли за результатами контролю за виконанням покупцем умов договору орган приватизації приймає рішення про необхідність розірвання договору і за відсутності при цьому пропозиції або згоди покупця на його розірвання орган приватизації порушує питання про розірвання договору та повернення об'єкта приватизації у державну власність у судовому порядку.

Відносини, пов'язані з поверненням у державну власність об'єкта приватизації, відчуженого за результатами його продажу на аукціоні, за конкурсом або шляхом викупу, у разі розірвання договору купівлі-продажу цього об'єкта за рішенням суду у зв'язку з невиконанням умов договору або визнанням судом його недійсним, регулюються постановою Кабінету Міністрів України від 18 січня 2001 р. № 32 «Про затвердження Порядку повернення у державну власність об'єктів приватизації у разі розірвання або визнання недійсними договорів купівлі-продажу таких об'єктів» [6].

Об'єкт приватизації повертається до сфери управління державного органу приватизації, що проводив його відчуження за договором купівлі-продажу, для

---

\* Незважаючи на те, що згідно з ч. 1 ст. 5 Господарського процесуального кодексу України сторони застосовують заходи досудового врегулювання спору за домовленістю між собою, обов'язкове пред'явлення претензії у цьому випадку впливає з припису ч. 2 ст. 222 Господарського кодексу України.

здійснення управління цим об'єктом згідно із законодавством до моменту відчуження його в результаті повторного продажу.

У разі повернення у державну власність пакета акцій вносяться зміни до реєстру власників акцій акціонерного товариства, пакет акцій якого повертається у державну власність, або здійснюються відповідні операції зберігачем акцій та/або депозитарієм, та приймається рішення щодо його повторного продажу.

3) *Концесійні договори.* Відносини концесії державного та комунального майна, а також умови і порядок її здійснення з метою підвищення ефективності використання державного і комунального майна і забезпечення потреб громадян України у товарах (роботах, послугах) регулюються Законом України від 16 липня 1999 р. «Про концесії» [7].

Зазначений Закон визначає концесію як надання з метою задоволення громадських потреб уповноваженим органом виконавчої влади чи органом місцевого самоврядування на підставі концесійного договору на платній та строковій основі юридичній або фізичній особі (суб'єкту підприємницької діяльності) права на створення (будівництво) та (або) управління (експлуатацію) об'єкта концесії (строкове платне володіння), за умови взяття суб'єктом підприємницької діяльності (концесіонером) на себе зобов'язань по створенню (будівництву) та (або) управлінню (експлуатації) об'єктом концесії, майнової відповідальності та можливого підприємницького ризику.

Як впливає з цього визначення, сторонами концесійного договору є концесіонер і концесіодавець, при цьому концесіонером є суб'єкт підприємницької діяльності, який відповідно до закону на підставі договору отримав концесію, а концесіодавцем — орган виконавчої влади або відповідний орган місцевого самоврядування, уповноважений відповідно Кабінетом Міністрів України чи органами місцевого самоврядування на укладення концесійного договору.

Особливість правового становища органів державної влади і органів місцевого самоврядування як учасників концесійних договірних відносин обумовлена особливим порядком укладання концесійних договорів, а саме: безпосередньому укладанню концесійного договору обов'язково передую проведення концесійного конкурсу, за результатами якого Міністрів України чи уповноважений орган місцевого самоврядування приймає рішення про надання концесії на об'єкт права державної власності або на об'єкт права комунальної власності відповідно.

Організація і проведення концесійного конкурсу здійснюється концесіодавцем.

Претендент, який запропонував кращі умови здійснення концесії, відповідно до умов концесійного конкурсу, визнається переможцем концесійного конкурсу. Рішення про переможця концесійного конкурсу приймає концесіодавець на підставі висновків конкурсної комісії. Юридичне значення такого рішення полягає в тому, що саме з переможцем концесійного конкурсу укладається концесійний договір після погодження всіх його умов.

Таким чином, уповноважений орган державної влади чи орган місцевого самоврядування спочатку приймає рішення щодо проведення концесійного конкурсу, потім організує і проводить такий конкурс, приймає рішення про його переможця і укладає з ним концесійний договір.

Як сторона концесійного договору, орган державної влади чи орган місцевого самоврядування має певні права і обов'язки, примірний перелік яких визначений ч. 1 і 2 ст. 17 Закону України «Про концесії». Концесіодавець має

також інші права і обов'язки, передбачені концесійним договором та законодавством України (ч. 3 ст. 17 Закону України «Про концесії»).

Порівняльний аналіз норм Закону України «Про концесії» і Закону України від 14 грудня 1999 р. (в редакції Закону України від 15 січня 2009 р.) «Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг» свідчить про необхідність запровадження уніфікованого правового регулювання прав та обов'язків концесієдавців — уповноважених органів державної влади та органів місцевого самоврядування — у договорах концесії, зокрема, в частині здійснення контролю за виконанням умов концесійних договорів.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Про оренду державного та комунального майна. Закон України від 10.04.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 30. — Ст. 416.
2. Про затвердження договорів оренди: Наказ Фонду державного майна України від 23.08.2000 р. № 1774 // Офіційний вісник України. — 2000. — № 52. — Ст. 2281.
3. Про управління об'єктами державної власності: Закон України від 21.09.2006 р. // Офіційний вісник України. — 2006. — № 46. — Ст. 456.
4. Про приватизацію державного майна: Закон України від 04.03.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 24. — Ст. 348.
5. Порядок здійснення державними органами приватизації контролю за виконанням умов договорів купівлі-продажу об'єктів приватизації, затв. Наказом Фонду державного майна України від 27.02.2004 р. № 372 (у редакції Наказу ФДМУ від 24.06.2009 р. № 067 // Державний інформаційний бюлетень про приватизацію. — 2009. — № 9.
6. Про затвердження Порядку повернення у державну власність об'єктів приватизації у разі розірвання або визнання недійсними договорів купівлі-продажу таких об'єктів. Постанова Кабінету Міністрів України від 18.01.2001 р. № 32 // Офіційний вісник України. — 2001. — № 3. — Ст. 77.
7. Про концесії: Закон України від 16.07.1999 р. // Офіційний вісник України. — 1999. — № 33. — Ст. 1707.



**Коссак Володимир Михайлович**

*завідувач кафедри цивільного права і процесу Львівського національного університету імені Івана Франка, доктор юридичних наук, професор*

#### **ОСОБЛИВОСТІ ПРИПИНЕННЯ НОТАРІАЛЬНО ПОСВІДЧЕНИХ ДОГОВОРІВ**

Підстави припинення договірних зобов'язань передбачені Гл. 50 Цивільного кодексу України [1]. Виходячи з мети, яку ставлять перед собою сторони, визначальним є припинення зобов'язання належним виконанням зобов'язання. Йдеться про виконання відповідно до умов договору, положень законодавства, звичаїв, вимог, які звичайно ставляться. Виконання договірних зобов'язань в таких випадках за загальним правилом не фіксується в нотаріальній практиці. Однак можуть виникати ситуації, коли виконання договірних зобов'язань необхідно зафіксувати в тій самій формі, в якій було укладено договір. Адже

договір вважається укладеним, якщо досягнуто згоди з усіх істотних умов в належній за законом формі. Але укладення договору щодо якого вимагається нотаріальне посвідчення або на цьому настоює одна із сторін не завжди співпадає з моментом його виконання. Так, укладення договору купівлі-продажу нерухомості, як правило, співпадає з оплатою об'єкта нерухомості покупцем. Водночас неодинокі випадки, коли частина суми оплачується після нотаріального посвідчення договору купівлі-продажу. В такому випадку право власності у покупця виникає на основі правостановлюючого документа, яким є договір купівлі-продажу. В останньому на момент укладення робиться застереження про розмір та кінцевий термін остаточних розрахунків.

Таким чином, право власності у покупця на об'єкт нерухомості може виникнути швидше, ніж виконання своїх обов'язків за договором. Відповідно зобов'язання за договором не припиняється до його належного виконання. Водночас виникає питання щодо правових наслідків неналежного виконання договірних зобов'язань. Адже у покупця виникло право власності, зареєстроване у встановленому законодавством порядку. Однак зобов'язальне правовідношення не припинено. Якщо оплата не здійснена, то продавець може вимагати застосувати одного з правових наслідків порушення зобов'язання, передбачених статтею 671 ЦК України, згідно з якою у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом.

Зокрема:

1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору;

2) зміна умов зобов'язання;

3) оплата неустойки;

4) відшкодування збитків та моральної шкоди.

У разі порушення договірних зобов'язань щодо оплати нерухомості можна застосувати перелічені законом наслідки. Але, якщо йдеться про припинення зобов'язання, можливим є лише розірвання договору купівлі-продажу.

Розірвання договору здійснюється в судовому порядку. Такий порядок з підстав, передбачених договором або законом встановлений ЦК України для багатьох договорів, які можуть посвідчуватися нотаріально. Так, згідно ст. 727 ЦК України:

1) дарувальник має право вимагати розірвання договору дарування нерухомих речей чи іншого особливо цінного майна, якщо обдарований умисно вчинив злочин проти життя, здоров'я, власності дарувальника, його батьків, дружини (чоловіка) або дітей. Якщо обдарований вчинив умисне вбивство дарувальника, спадкоємці дарувальника мають право вимагати розірвання договору дарування;

2) дарувальник має право вимагати розірвання договору дарування, якщо обдарований створює загрозу безповоротної втрати дарунка, що має для дарувальника велику немайнову цінність;

3) дарувальник має право вимагати розірвання договору дарування, якщо внаслідок недбалого ставлення обдарованого до речі, що становить культурну цінність, ця річ може бути знищена або істотно пошкоджена;

4) дарувальник має право вимагати розірвання договору дарування, якщо на момент пред'явлення вимоги дарунок є збереженим;

5) у разі розірвання договору дарування обдарований зобов'язаний повернути дарунок у натурі.



Припинення договірних відносин шляхом розірвання договору довічного утримання (догляду) передбачено ст. 755 ЦК України:

1) на вимогу відчужувача або третьої особи, на користь якої він був укладений, у разі невиконання або неналежного виконання набувачем набувачем своїх обов'язків, незалежно від його вини;

2) на вимогу набувача.

Водночас законодавець в одних випадках використовує термін розірвання договору, а в інших — відмова від договору. Наприклад, ст. 739 ЦК передбачає право платника безстрокової ренти на відмову від договору ренти у випадках, визначених договором. При цьому договір ренти припиняється після спливу трьох місяців від дня одержання одержувачем ренти письмової відмови платника безстрокової ренти від договору за умови повного розрахунку між ними.

Право припинити договірні відносини має право також одержувач ренти. Але в цьому випадку законодавець використовує для припинення договірних відносин термін «розірвання договору». Так, одержувач безстрокової ренти має право вимагати розірвання договору ренти у разі, якщо:

1) платник безстрокової ренти прострочив її виплату більш як на один рік;

2) платник безстрокової ренти порушив свої зобов'язання щодо забезпечення виплати ренти;

3) платник безстрокової ренти визнаний неплатоспроможним або виникли інші обставини, які явно свідчать про неможливість виплати ним ренти у розмірі і в строки, що встановлені договором.

Одержувач безстрокової ренти має право вимагати розірвання договору ренти також в інших випадках, встановлених договором ренти.

Отже розірвання договору можливе у випадках, встановлених законом або договором. Цивільний кодекс України передбачає можливість розірвання договору, зокрема, в зв'язку з істотною зміною обставин якщо інше не впливає із суті зобов'язання або не встановлено договором. Істотною вважається зміна обставин, якщо вони змінилися настільки, що, якби сторони могли це передбачити вони не уклали б договір або уклали його на інших умовах. При цьому у разі недосягнення згоди сторін, договір може бути розірваний судом за наявності одночасно таких умов:

1) в момент укладення договору сторони виходили з того, що така зміна обставин не настане;

2) зміна обставин зумовлена причинами, які заінтересована сторона не могла усунути після їх виникнення при всій турботливості та обачності, які від неї вимагалися;

3) виконання договору порушило б співвідношення майнових інтересів сторін і позбавило б заінтересовану сторону того, на що вона розраховувала при укладенні договору;

4) із суті договору або звичаїв ділового обороту не впливає, що ризик зміни обставин несе заінтересована сторона.

Аналіз перелічених підстав дає можливість дійти до висновку, що нотаріально посвідчені договори відчуження нерухомості не можуть бути розірвані із зазначених підстав.

Право на зміну або розірвання нотаріально посвідченого договору передбачено Інструкцією про вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [2]. Згідно з п. 48 названої Інструкції договір про зміну або розірвання нотаріально посвідченого договору оформляється шляхом складання окремого договору, який додається до примірника основного договору. Договір про зміну або розірвання

договору підписується сторонами і посвідчується нотаріусом. На всіх примірниках основного договору робиться відмітка про його зміну або розірвання.

Якщо договір про розірвання договору про відчуження житлового будинку, садиби, споруди, квартири, дачі, садового будинку, гаража, земельної ділянки, іншого нерухомого майна посвідчується після державної реєстрації договору відчуження, нотаріусу необхідно надати витяг з Реєстру права власності на нерухоме майно. Крім цього, повинні бути відсутні заборони на відчуження або арешт за даними єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна та наявність або відсутність податкової застави та інших застав за даними Державного реєстру обтяжень рухомого майна.

Розірвання договорів, предметом яких є майно, що перебуває у податковій заставі, здійснюється за письмовою згодою відповідного податкового органу. Нотаріально посвідчений договір про відчуження об'єкта нерухомості є правовстановлюючим документом, що згідно з Законом України «Про реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» [3] є підставою для реєстрації речових прав на об'єкт нерухомості. Тому у разі розірвання договору правовстановлюючий документ повертається відчужувачу на його вимогу. Про зміну або розірвання договору, що підлягає державній реєстрації, нотаріус повідомляє відповідний орган, який здійснює державну реєстрацію, якщо такий договір до його зміни або розірвання був цим органом зареєстрований. Договір про відчуження майна, що підлягає державній реєстрації, а також зміну або розірвання такого договору, якщо договір, що змінюється (розривається), був зареєстрований у відповідному органі, повинні бути подані для державної реєстрації за місцем обліку цього майна.

Тому у разі розірвання нотаріально посвідченого договору, предметом якого є нерухомість, необхідно зробити відповідні зміни в документах, що є підставою реєстрації речових прав на це майно. Але підставою розірвання є обставини, визначені законом або договором.

Для припинення договірних відносин законодавець використовує термін в даному випадку «розірвання договору». Водночас йдеться про відмову від правочину за згодою учасників дво-багатостороннього правочину (сторін договору). Необхідно уніфікувати поняттєвий апарат підстав припинення договірних відносин шляхом розірвання та відмови від договору. Відмова від договору можлива лише за взаємною згодою як підстава припинення договірних відносин для всіх без винятку договорів.

Згідно з ст. 615 ЦК України у разі порушення зобов'язання однією стороною друга сторона має право частково або в повному обсязі відмовитися від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом. Одностороння відмова від зобов'язання не звільняє винну сторону від відповідальності за порушення зобов'язання. Внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання частково або у повному обсязі відповідно змінюються умови зобов'язання або воно припиняється. Аналіз дефініції коментованої статті дає можливість дійти до висновку, що така відмова є своєрідною оперативною санкцією щодо сторони — боржника в зобов'язанні. Але вона не матиме ефективного впливу на сторону — порушника, якщо зобов'язання за договором виконані стороною, права якої порушено. В такому випадку, одностороння відмова від договору не матиме жодного значення без застосування правових наслідків відмови.

Відмова як підстава припинення зобов'язання повинна пов'язуватися з поверненням виконаного кредиту — стороні зобов'язання. В іншому разі, відмова для сторони — порушника зобов'язання не буде засобом оперативного

впливу, якщо це односторонній зобов'язуючий договір. В такому випадку право має одна із сторін, а обов'язки друга або, якщо у сторони, яка має право відмовитись від зобов'язання ще не виникло на момент відмови обов'язку вчинити певні дії, які складають зміст зобов'язання.

Так, зобов'язання за договором підряду може припинитись у зв'язку з відмовою замовника від договору, якщо підрядник не приступає своєчасно до виконання договору або виконує роботу так повільно, що закінчення її в строк стає явно неможливим, а також коли підрядник не усуває недоліки в роботі у встановлений замовником строк. В свою чергу підрядник також може відмовитися від договору, якщо замовник, незважаючи на своєчасне та обґрунтоване застереження з боку підрядника, у відповідний строк не змінить вказівок про спосіб виконання роботи або не усуває інших обставин, що загрожують міцності або придатності виконуваної роботи.

Таким чином, відмова від договору можлива у випадках, передбачених законом або договором. Однак спеціальних положень щодо відмови від договорів, які нотаріально посвідчують відчуження об'єктів нерухомості немає. Але можна при укладенні договорів щодо яких вимагається нотаріальна форма передбачити умови, які дозволяють настання правових наслідків поставити в залежність від настання певних обставин. Так, згідно з ст. 212 ЦК України особи, які вчиняють правочин, мають право обумовити настання або зміну, припинення прав та обов'язків обставиною щодо якої невідомо, настане вона чи ні.

Для договорів про відчуження нерухомого майна це не може служити підставою для відмови в подальшому від договірних зобов'язань. Відмова стосується зобов'язань, що виникли, а не тих, виникнення яких ставиться в залежність від настання чи ненастання певних обставин.

Ст. 214 ЦК України передбачає можливість відмови від правочину. Згідно з названою статтею особа, яка вчинила односторонній правочин, має право відмовитися від нього, якщо інше не встановлене законом. Якщо такою відмовою порушено права інших осіб, ці права підлягають захисту.

Особи, які вчинили дво- або багатосторонні правочини мають право за взаємною згодою сторін, а також у випадках, передбачених законом, відмовитися від нього навіть в тому разі, якщо його умови повністю ними виконані. Відмова від правочину вчиняється у такій самій формі, в якій було вчинено правочин. Правові наслідки відмови від правочину встановлюються законом або домовленістю сторін.

Таким чином, учасник одностороннього правочину може в будь-який час відмовитися від правочину, в т.ч. посвідченого нотаріально. Так, згідно з ст. 1254 ЦК України заповідач має право у будь-який час скасувати заповіт та скласти новий заповіт. Заповідач має право у будь-який час внести до заповіту зміни. Складніша ситуація з двостороннім правочином. Одностороння відмова за загальним правилом не допускається. Але за згодою сторін навіть у разі виконання умов правочину, вони мають право на відмову від нього. Відмова повинна бути вчинена в тій самій формі, що і правочин. Тому, якщо правочин вчинений в нотаріальній формі, то відмова від нього повинна бути посвідчена нотаріально.

Підставою припинення відносин за договором, які є дво- або багатосторонніми правочинами за ініціативою однієї із сторін, повинно бути невиконання або неналежне виконання договірних зобов'язань другою стороною (іншими сторонами в багатосторонніх договорах).

При цьому договір розривається з ініціативи сторони, права якої за договором порушено. Тому з метою уніфікації застосування термінології необхідно

розмежовувати правову категорію «відмова від договору» та «розірвання договору». Перша повинна застосовуватися як підстава припинення договірних зобов'язань у випадках, передбачених законом або договором, а друга — у разі порушення договірного зобов'язання другою стороною (сторонами).

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.
2. Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затв. Наказом Міністерства юстиції України від 03.03.2004 р. № 20/5 // Офіційний вісник України. — 2004. — № 10. — Ст. 639.
3. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень: Закон України від 01.07.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 51 — Ст. 553.



#### **Апанасюк Микола Петрович**

*доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського навчально-наукового інституту права та масових комунікацій ХНУВС, кандидат юридичних наук*

### **ОКРЕМІ НЕДОЛІКИ ПОРЯДКУ ЗМІНИ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ**

Останнім часом у договірній практиці України спостерігається досить стійка тенденція включення в зміст деяких цивільно-правових договорів пункту про можливість його зміни в односторонньому порядку шляхом розміщення відповідної інформації про це на дошці оголошень, чи на сайті юридичної особи. В якості прикладу таких договорів достатньо буде згадати договори, що використовуються в банківській договірній практиці, зокрема: кредитний договір (ст. 1054 ЦК), договір банківського вкладу (ст. 1058 ЦК), договір банківського рахунка (ст. 1066 ЦК) та інші. Включення в цивільно-правовий договір подібної умови, на перший погляд, не суперечить загальним вимогам щодо свободи укладення цивільно-правового договору (ст. 627 ЦК) та визначення його змісту (ст. 628 ЦК). Разом із тим, передбачений цими договорами порядок внесення в них змін має як свої переваги так і свої недоліки.

По-перше, очевидно, що в зв'язку із розвитком комп'ютерної мережі Internet подібна умова виглядає досить зручною, оскільки вона, помітно, дозволяє економити на витратах пов'язаних із інформуванням протилежної сторони про зміни в договорі. Водночас, така умова поряд із правами та обов'язками, додатково, обтяжує останніх ще одним обов'язком постійно «моніторити» будь-яку інформацію пов'язану з відстежуванням повідомлень. Не кажучи вже про те, що, буквально, «нав'язує» обов'язок адресата, регулярно, читати всі оголошення на дошках, відвідувати сайт іншої сторони договору, тощо. У зв'язку з тим, належне виконання цього обов'язку видається неможливим.

По-друге, більшість із указаних договорів є договорами приєднання (ст. 634 ЦК). Пропозиція (оферта) укласти цей договір є публічною, а тому укладається він із будь-якою особою (акцептантом), яка безумовно погодиться прийняти її на

запропонованих умовах. Тож, будь-які особи, не маючи можливості обговорювати зміст такого договору, підписують його на запропонованих умовах і потім змушені його виконувати. Як відомо у такий спосіб нівелюється принцип свободи договору.

По-третє, за загальним правилом договір може бути змінено як правило за згодою його сторін (ст. 650 ЦК). Ця вимога закону не може ігноруватися в договорі як спільному вольовому акті його сторін. Згода сторін договору є тоді, коли про зміну договору відомо обом його сторонам. І, в той же час цієї згоди немає, коли одній із сторін про пропозицію змінити договір нічого невідомо. Тому, якщо об'ява розміщена, а інша сторона договору про це нічого не знає, не зовсім зрозуміло на які зміни при цьому вона погоджується під час його укладання. Досить часто, в об'яві вказується строк з якого зміни в договорі набувають чинності. Якщо до цього часу не надійшло зустрічної пропозиції про відмову продовжувати договір на запропонованих умовах, він стає обов'язковим для його сторін. Таким чином, до виконання договору може бути примушена навіть та його сторона, яка про зміни в договорі нічого не знає.

По-четверте, наявність згоди сторін під час підписання договору зовсім не означає, що вона автоматично має місце під час його односторонньої зміни стороною, яка розмістила об'яву. Адже, під час підписання договору ще невідомо на яких умовах він може бути змінений в майбутньому. У таких договорах якими є договори приєднання, це можуть бути лише ті умови, які будуть запропоновані на умовах приєднання і, як такі, вони мають бути погоджені між сторонами. Особливо, в тому випадку, коли мова стосується істотних умов договору, погодження яких є обов'язковим для укладення або зміни будь-якого цивільного договору. Умова про розмір виплачуваних процентів є істотною, а тому відносно її зміни має бути досягнута згода сторін. Дотримання цієї вимоги є обов'язковою тому що в процесі погодження визначаються нові істотні умови даного договору. Якщо цього не відбувається, то домовленість про зміну договору не може вважатися досягнутою. Саме ці міркування можуть бути покладені в основу оспорування відповідного договору в цій частині.

По-п'яте, на відносини сторін (контрагентів), як під час укладення договору, так і під час його зміни мають поширюватися загальні норми ЦК про оферту й акцепт. Як відомо, оферта має бути адресована конкретній особі й виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зв'язаною у разі її прийняття (ч. 2 ст. 641 ЦК). У даному випадку цього не спостерігається, оскільки розміщенням (на дошці оголошень або сайті) оголошення про зміну розміру процентів не може вважатися доставкою пропозиції адресату. Видається, що в такому разі пропозиція про зміну договору має бути не лише формально виражена шляхом розміщення оголошення про неї в певному місці, а й фактично доведена до відома її адресата. Який, у випадку згоди з нею має направити відповідь оференту. Що, і буде відповідно до ЦК вважатися моментом укладення договору (ч. 1 ст. 640 ЦК) на інших змінених умовах. Тобто, буде вважатися моментом зміни договору.

По-шосте, спеціально варто відмітити, що мовчання як спосіб волевиявлення в даному випадку не може розглядатися в якості конклюдентної дії спрямованої на зміну договору, оскільки адресат може не знати про пропозицію щодо зміни умов договору. Мовчання є виявом волі (дією) тоді, коли воно взаємообумовлене зустрічним волевиявленням. Якщо оголошення розміщено на сайті воно не може бути акцептоване шляхом мовчання особою, якій воно не доставлене.

Отже, ніякі пункти договору про наявність згоди стосовно можливості його односторонньої зміни, не можуть собою підміняти взаємного волевиявлення про

зміну договору за непоінформованості про це іншої сторони договору. Оскільки, в протилежному випадку це суперечить вольовій природі договору, як домовленості двох або більше сторін, спрямованої на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 626 ЦК).



### **Батожська Олександра Василівна**

*викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Навчально-наукового інституту права та масових комунікацій Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук*

## **СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ ВІДНОСИН ЗІ ЗБЕРІГАННЯ ТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ ТА ВІДМЕЖУВАННЯ ЇХ ВІД ПОДІБНИХ ПРАВОВІДНОСИН**

Відносини зі зберігання транспортних засобів є досить поширеним на практиці видом послуг. Основна мета виникнення таких відносин полягає у професійному забезпеченні схоронності транспортних засобів. У зв'язку з цим практично важливою є проблема відмежування договірних відносин зі зберігання транспортних засобів від інших, подібних до них, об'єктом яких також можуть бути транспортні засоби. Зокрема це стосується відносин, що виникають із приводу надання послуг із паркування транспортних засобів, відносин зберігання транспортних засобів на штрафних майданчиках чи на тимчасових складах зберігання митними органами та деяких інших подібних відносин.

Правове регулювання відносин зі зберігання транспортних засобів здійснюється на підставі ст. 977 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) та Правил зберігання транспортних засобів на автостоянках [1] (далі — Правила зберігання). Підставою їх виникнення, як впливає зі змісту ст. 977 ЦК України, є договір, який може укладатися як в усній формі (на підтвердження чого видається квитанція, чек, номер тощо), так і в письмовій формі (шляхом складання єдиного для сторін документу). При цьому передумовою укладення договору зберігання транспортного засобу завжди виступає приватноправовий інтерес поклажодавця, який полягає у забезпеченні схоронності його майна. Єдиним винятком із зазначеного правила є зберігання транспортних засобів у гаражно-будівельних та гаражних кооперативах, статутні документи яких передбачають даний вид діяльності. Достатньою підставою виникнення відносин зі зберігання є членство в такому кооперативі.

Сфера застосування відносин, які виникають унаслідок договору зберігання транспортних засобів і підпадають під регулювання ст. 977 ЦК України та Правил зберігання [1], обмежується діяльністю спеціалізованого суб'єкта, створеного виключно з метою надання такого роду послуг, або така мета впливає зі змісту статутних документів даного суб'єкта. Ним може бути підприємницька чи непідприємницька організація або фізична особа-підприємець. У зв'язку з цим на відносини з приводу зберігання транспортних засобів, що виникають на побутовому рівні між фізичними особами, а також між фізичними і юридичними особами, не повинні поширюватися норми ст. 977 ЦК України та Правил зберігання. Це стосується, наприклад, обіцянки наглянути за тимчасово залишеним транспортним засобом біля подвір'я сусіда чи біля певного закладу відпочинку тощо. Такий висновок пояснюється тим, що за даних ситуацій

необхідні для зберігання умови відсутні (не відбувається передання майна у володіння «зберігача», такий «зберігач» не наділений достатніми повноваженнями на здійснення діяльності зі зберігання, немає можливості легітимувати існування даних відносин). Зазначені відносини мають регулюватися на підставі загальних положень про зберігання.

Не підпадають під регулювання ст. 977 ЦК України, а також у цілому під норми про зберігання, відносини, що виникають із приводу надання послуг із паркування транспортних засобів. Істотна їх відмінність від відносин зі зберігання транспортних засобів полягає в наступному. По-перше, паркування є предметно іншою послугою, метою якої є надання володільцеві місця для тимчасового залишення його транспортного засобу на спеціально обладнаному майданчику без забезпечення з боку паркувальника схоронності цього майна. Тобто виникнення даних відносин насамперед обумовлене вирішенням проблеми дотримання правил дорожнього руху, а не забезпечення схоронності транспортних засобів. У зв'язку з цим на паркувальника не поширюються норми про зберігання, а отже — і норми про цивільно-правову відповідальність за втрату чи пошкодження транспортного засобу. По-друге, місця для паркування відводяться органами місцевого самоврядування за погодженням із ДАІ України на комунальній землі та позначаються спеціальними дорожніми знаками з літерою Р (*parking*). При цьому організація (власник чи упорядник місць паркування), на відміну від зберігача автотранспортних засобів, є податковим агентом збору за паркування транспортних засобів. По-третє, правове регулювання відносин з приводу паркування здійснюється на підставі Правил паркування транспортних засобів, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 3 грудня 2009 р. № 1342 [2], та інших нормативних актів, що видаються органами місцевого самоуправління.

Самостійному правовому регулюванню підлягають і відносини зберігання транспортних засобів на штрафних майданчиках, спеціальних стоянках чи на тимчасових складах зберігання митними органами. В основі даних відносин лежить не приватноправовий, а публічний інтерес, їх виникнення ґрунтується на підставі публічно-правових приписів. Наприклад, порядок зберігання на спеціальних майданчиках транспортних засобів, затриманих працівниками ДАІ України за порушення правил дорожнього руху, регулюється ст. 265-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення [3] та Порядком тимчасового затримання та зберігання транспортних засобів на спеціальних майданчиках і стоянках [4], а зберігання транспортних засобів під час їх перебування під митним контролем регулюється за правилами гл. 14 Митного кодексу України [5].

Таким чином основними критеріями відмежування відносин зі зберігання транспортних засобів від подібних правовідносин, об'єктом яких також виступають транспортні засоби, є: 1) мета їх виникнення — професійне забезпечення схоронності майна; 2) підстава їх виникнення (юридичний факт) — укладений у належній формі договір; 3) передумова їх виникнення — приватноправовий інтерес покладавця; 4) спеціальне правове регулювання договірних відносин зі зберігання транспортних засобів.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Правила зберігання транспортних засобів на автостоянках, затверджені Постановою Кабінету Міністрів України від 22.01.1996 р. № 115 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=115-96-%EF>

2. Правила паркування транспортних засобів, затверджені Постановою Кабінету Міністрів України від 03.12.2009 р. № 1342 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1342-2009-%EF>

3. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984р. № 8073-X// Відомості Верховної Ради УРСР. — 1984. — № 51. — Ст. 1122.

4. Порядок тимчасового затримання та зберігання транспортних засобів на спеціальних майданчиках і стоянках, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 17 грудня 2008 р. № 1102 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1102-2008-%EF>

5. Митний кодекс України: за станом на 1 серпня 2009 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 38-39. — Ст. 288.



**Бурханова Лейла Мариусовна**

*заведующая кафедрой гражданского права юридического факультета,  
Национального Университета Узбекистана имени Мирзо Улугбека, кандидат  
юридических наук, доцент*

## **ДОГОВОР О ВОЗМЕЗДНОМ ОКАЗАНИИ УСЛУГ: ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ПО ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ РЕСПУБЛИКИ УЗБЕКИСТАН И НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ**

После провозглашения в 1991 году независимости, в Республике Узбекистан возникли имущественные отношения по поводу оказания услуг, которые по практике нуждались в гражданско-правовом регулировании. Это объяснялось тем, что в Гражданском кодексе Узбекской ССР, принятом 23 марта 1963 года, введенным в действие 1 января 1964 года [1, С. 156], не было не только главы, но и даже статьи, посвященных правовому регулированию договора возмездного оказания услуг. Все правоотношения по возмездному оказанию услуг в то время регламентировались только ведомственными нормативными актами, либо правовое регулирование указанных правоотношений вообще отсутствовало. Поэтому участники гражданского оборота не находя выхода из ситуации опирались на сходные правоотношения, используя при этом аналогию права, что и было проблемой тех времен.

Осуществляющийся переход к рыночной экономике, ее надлежащее функционирование коренным образом потребовали обновления гражданского законодательства Республики Узбекистан. Среди новых законов особую значимость имеет принятый 21 декабря 1995 года Олий Мажлисом Республики Узбекистан Гражданский кодекс Республики Узбекистан, введенный в действие с 1 марта 1996 года (новая редакция — 24 июня 2003 года). Гражданский Кодекс Республики Узбекистан содержит ряд новых глав, регулирующих такие институты как частная собственность, залог, рента, действие в чужом интересе без поручения, комплексная предпринимательская лицензия и другие, которые существенно обновляют гражданское законодательство [2, С. 90-92, 111-125, 220-225, 347-350, 365-371]. Вводя новые институты, законодатель, учитывая необходимость, включил в новый Гражданский кодекс Республики Узбекистан дополнительно целую главу под названием «Возмездное оказание услуг» (глава 38 ГК Республики Узбекистан) [2, С. 298-300]. Характерно, что введение



самостоятельной главы «Возмездное оказание услуг» было предварительно оговорено еще в статье 81 Части первой ГК Республики Узбекистан, в которой услуги определены в виде самостоятельного объекта гражданских прав [2, С. 46]. Это свидетельствует о том, что законодатель заранее предвидел ситуацию о необходимости выделения этой группы правоотношений в отдельный комплекс правовых норм.

Являясь неотъемлемой частью предмета гражданско-правового регулирования, заметное место в обязательственных отношениях занимают услуги, роль которых существенно возрастает в современных условиях перехода к рыночной экономике и ее функционирования, когда во всё большей степени гражданский оборот, развитие предпринимательской деятельности и конкуренции опирается на товарно-денежные связи и действие закона стоимости.

Сфера услуг, как видно из практики за годы независимости, является одной из самых перспективных, быстроразвивающихся отраслей экономики. Она охватывает широкое поле деятельности – от торговли и транспорта до финансирования, страхования и посредничества. Гостиницы и рестораны, прачечные, парикмахерские, учебные, спортивные заведения, туристические фирмы и другие, относятся к сфере услуг. Практически все организации вне зависимости от формы собственности оказывают услуги. По мере усложнения производства и насыщения рынка товарами растёт спрос на услуги. Сфера услуг опережает производственную сферу по темпам роста и по появлению новых видов услуг, по её приспособлению и потребностям рынка и потребителей.

В настоящее время данный договор, которому посвящена глава 38 Гражданского Кодекса Республики Узбекистан [2, С. 298-300] «Возмездное оказание услуг», занимает все более заметное место в экономике страны в современных условиях перехода к рыночным отношениям. Объясняется это несколькими причинами. Развиваясь, в современных условиях перехода к рыночной экономике, договор возмездного оказания услуг выявляет актуальные проблемы, которые в последующем должны быть урегулированы гражданским законодательством. Достаточно широко закреплены категории услуг в ГК Республики Узбекистан, в котором и содержится ряд глав, регулирующих оказание возмездных услуг. Правила главы 38 Гражданского Кодекса следуют за обширным нормативным материалом об отношениях подрядного типа, причем в ней предусматривается возможность применения к договорам возмездного оказания услуг не только общих положений о подряде, но и ряда установлений о бытовом подряде. Сфера применения договора возмездного оказания услуг весьма многообразна. В ГК Республики Узбекистан были определены сфера применения и основные виды услуг. Но, исходя из практики, можно видеть, что на сегодняшнее время сфера данного договора расширяется, появляются новые виды услуг, которые в последующем нуждаются в гражданском правовом регулировании. Каждая сфера договора возмездного оказания услуг регулируется ГК Республики Узбекистан, законами, положениями, правилами и инструкциями.

Рынок услуг в Узбекистане — это один из динамично развивающихся секторов экономики. Однако, правовое регулирование сферы договора возмездного оказания услуг, по мнению многих ученых и юристов-практиков, нуждается в совершенствовании. Это обусловлено: во-первых, недостаточным уровнем законодательной базы для правового регулирования отношений возмездного оказания услуг; во-вторых, отсутствием должного уровня теоретических и практических разработок по каждому виду договора возмездного оказания услуг; в-третьих, необходимостью теоретического исследования данной проблемы с

учетом сложившихся экономических отношений и разработкой практических рекомендаций.

Определение договора о возмездном оказании услуг дано в самом Гражданском кодексе Республики Узбекистан. Так, в соответствии со ст. 703 ГК Республики Узбекистан “по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), не имеющую вещественной формы, а заказчик обязуется оплатить эти услуги” [2, С. 298]. Из содержания статьи 703 ГК Республики Узбекистан следует, что услуга представляет собой определенные действия или определенную деятельность, осуществляемую исполнителем по заданию заказчика. Данные действия или деятельность направлены на достижение определенной цели.

В специальной литературе широко распространена точка зрения, что услуга не производит материального результата и не существует после завершения деятельности услугодателя, в противном случае возникшие отношения опосредуются обязательствами по оказанию услуг [4, С. 207]. Наличие или отсутствие результата не влияет на решение вопроса об ответственности услугодателя. Квалифицирующим фактором является выполнение услугодателем добросовестно всех необходимых действий для достижения обусловленной заказчиком цели. При оказании нематериальной услуги «оплата деятельности услугодателя не зависит от того достигнут или нет результат полезного эффекта услуги — «оплачивается» услуга как таковая [5, С. 238].

В определении договора возмездного оказания услуг, предусмотренного статьей 703 ГК Республики Узбекистан, раскрывается (путем включения в скобки) смысл словосочетания «оказать услуги». Для этого закон привлекает такие определения, как «совершить определенные действия» или «осуществить определенную деятельность». Подобный прием, видимо, обусловлен необходимостью разъяснить недостаточно ясно выраженную начальную часть текста пункта 1 данной статьи, в которой вслед за названием договора повторно использованы слова «оказать услуги».

Характеризуя содержание договора возмездного оказания услуг, некоторые авторы признают главным его признаком отсутствие вещественной формы оказываемых услуг [6, С. 207]. Между тем столь категорическое утверждение не согласуется с существом ряда отношений, упоминаемых в п. 2 ст. 703 ГК Республики Узбекистан.

Услуги — это действия, результаты которых неотделимы от самой деятельности по оказанию, то есть оказание и потребление услуг совпадают. Услуги бывают: материальные, которые материализуются в предмете или в месте потребителя услуг; нематериальные, у которых нет никакого овеществленного результата, результат оказания услуги не может быть гарантирован, и он неотделим от самой деятельности.

Договор возмездного оказания услуг является двусторонним, взаимным, консенсуальным и возмездным.

Хотя договор возмездного оказания услуг в определенной мере регламентирован нормами гражданского законодательства, но, тем не менее, считаем возможным сформулировать определенные **предложения по совершенствованию гражданского законодательства Республики Узбекистан в данной сфере.**

Первое. В статье 708 ГК Республики Узбекистан «Правовое регулирование договора возмездного оказания услуг» сказано, что общие положения о подряде и

положения о бытовом подряде применяются к договору возмездного оказания услуг, если это не противоречит к правилам главы 38. Этим положением договор возмездного оказания услуг привязан к договору подряда. Но договор возмездного оказания услуг — самостоятельный договор и не должен никакими положениями быть привязан к каким-либо гражданским договорам. Целесообразно конкретизировать статью 708 ГК Республики Узбекистан, определяя следующую формулировку: «Договор возмездного оказания услуг регулируется настоящим кодексом и другими законодательными актами. Сферы услуг, перечисленные в пункте 2 статьи 703 настоящего кодекса регулируются отдельным законом».

Второе. В главе 38 ГК Республики Узбекистан содержится минимальное количество статей, регулирующих договор возмездного оказания услуг. Целесообразно, внести дополнения в главу 38 ГК Республики Узбекистан, а именно, включить следующие статьи такие как, «Услуги, выполняемые по договору оказания услуг», «Сроки выполнения услуги», «Порядок оплаты услуги», «Права и обязанности сторон», «Приемка выполненных услуг заказчиком», «Качество услуги», «Гарантии прав заказчика», «Давность по искам о ненадлежащем качестве услуг».

Третье. На практике есть такие виды услуг как юридические услуги, услуги предприятий общественного питания, гостиничные услуги, брокерские услуги, спортивно-оздоровительные и санаторно-курортные услуги, определение и правовое регулирование которых целесообразно будет закрепить в пункте 2 статьи 703 ГК Республики Узбекистан.

Четвертое. Сфера возмездного оказания услуг регулируется Гражданским Кодексом Республики Узбекистан и отдельными законами. Но, некоторые виды услуг, такие как консультационные услуги, услуги по обучению не нашли отражения в отдельных законодательных актах, и поэтому будет целесообразна их правовая регламентация в специальных законах, классифицированным по отдельным отраслям сферы обслуживания.

#### ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:

1. Гражданский Кодекс Узбекской ССР от 1 января 1964 года. // Министерство Юстиции Уз ССР. — 1964.
2. Гражданский Кодекс Республики Узбекистан (новая редакция от 24 июня 2003 г.). // Адолат. — 2007.
3. О туризме: Закон Республики Узбекистан № 237 от 24 августа 1999 г. // Ведомости Олий Мажлиса Республики Узбекистан. — 1999. — №8. — Ст. 45.; О почтовой связи: Закон Республики Узбекистан № 305 от 26 августа 2000 г. // Ведомости Олий Мажлиса Республики Узбекистан. — 2000. — № 8. — Ст. 89.; О сертификации продукции и услуг: Закон Республики Узбекистан № 189 от 24 декабря 1993 г. // Ведомости Олий Мажлиса Республики Узбекистан. — 1993. — № 12. — Ст. 35.
4. Рахманкулов Х. Р. Обязательственное право. — Т.: ТДЮИ, 2005. — 305 с.
5. Рахманкулов Х.Р. ва бошқалар. Ўзбекистон Республикасининг Фукаролик Кодексининг иккинчи қисмига шарҳлар. — Т.: Иқтисодиёт ва ҳуқуқ дунёси, 1998. — 300 с.
6. Абдусаломов А. ва бошқалар. Ўзбекистон Республикасининг фукаролик ҳуқуқи. (ч. 2). — Т.: ТДЮИ, 1999. — 350 с.



**Вакулович Елла Валентинівна**

*доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Навчально-наукового інституту права та масових комунікацій Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук*

**ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ ІСТОТНИХ УМОВ ДОГОВОРУ ОРЕНДИ**

Одним із способів задоволення інтересів підприємців, яким є отримання необхідного певного майна для здійснення їх господарської діяльності в разі відсутності можливості або бажання придбати таке майно, видається договір оренди, відносини за яким регулюються положеннями, що містяться у параграфі 1 глави 58 Цивільного кодексу України та параграфі 5 глави 30 Господарського кодексу України.

За договором оренди, відповідно до ч. 1 ст. 283 Господарського кодексу України, одна сторона (орендодавець) передає другій стороні (орендареві) за плату на певний строк у користування майно для здійснення господарської діяльності. Але перш ніж укласти договір оренди, щоб уникнути в подальшому спірних ситуацій, необхідно ретельно дослідити вимоги чинного законодавства щодо істотних умов, які обов'язково мають бути зазначені у договорі оренди, оскільки відсутність хоча б однієї з них означатиме, що договір оренди неукладений (відповідно до ч. 1 ст. 638 Цивільного кодексу України та ч. 2 ст. 180 Господарського кодексу України).

Істотними умовами договору є умови про предмет, умови, визнані такими законом чи необхідні для договорів даного виду, а також ті, щодо яких на вимогу хоча б однієї з сторін повинна бути досягнута згода. Для договору оренди відповідно до ч. 1 ст. 284 Господарського кодексу України умовами, що за законом вважаються істотними, є об'єкт оренди (склад і вартість майна з урахуванням її індексації), строк, на який укладається договір оренди, орендна плата з урахуванням її індексації, порядок використання амортизаційних відрахувань, відновлення орендованого майна та умови його повернення або викупу.

Слід зауважити, що у Законі України «Про оренду державного і комунального майна» вищенаведений перелік істотних умов договору оренди доповнено іще способом забезпечення виконання зобов'язань, порядком здійснення орендодавцем контролю за станом об'єкта оренди, відповідальністю сторін договору, страхуванням орендарем взятого ним в оренду майна та обов'язками щодо забезпечення пожежної безпеки орендованого майна. Але норми Господарського кодексу України мають пріоритет над положеннями згаданого закону, оскільки він був прийнятий пізніше закону, норми якого можуть застосовуватись до господарських договорів у тій частині, в якій не суперечать нормам кодексу. Тому суб'єкти договору оренди можуть не обтяжувати себе обов'язком узгодження у договорі зазначених додаткових умов. Це стосується орендодавців та орендарів як майна, що перебуває у приватній власності, так і державного та колективного майна, тому що цей закон має універсальний характер, оскільки його положеннями може регулюватись оренда майна різних форм власності.

Враховуючи перелік істотних умов відповідно до ч. 1 ст. 284 Господарського кодексу України слід зазначити, що якщо перші три з наведених умов про об'єкт, строк та ціну договору є традиційно істотними майже для всіх видів договорів, то умови про порядок використання амортизаційних відрахувань та відновлення

орендованого майна й умови його повернення або викупу є умовами специфічними, притаманними лише договору оренди. Внаслідок цього суб'єкти розглядуваного договору часто не приділяють вказаним умовам достатньої уваги, вважаючи їх неважливими, а іноді взагалі не обговорюють їх, між тим як відсутність цих умов (як істотних) свідчить про те, що договір оренди неукладений. Слід звернути увагу на те, що за вказаною підставою договір може бути визнаним саме неукладеним (згідно з п. 17 Роз'яснення Вищого арбітражного суду України про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними, від 12.03.1999 р.).

Таким чином, неузгодження сторонами істотних умов договору є безумовним свідченням його фактичної відсутності. Але виникає питання, чи можна вважати, що умови, які наперед детально регламентовані законодавством, сторони не узгодили, якщо про них не згадується в тексті договору.

Наприклад, у ч. 3 ст. 25 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» чітко визначено порядок використання амортизаційних відрахувань. Зокрема, відповідно до вказаної норми амортизаційні відрахування використовуються на відновлення орендованих основних фондів; орендар має право за погодженням з орендодавцем, якщо інше не передбачено договором, за рахунок власних коштів здійснювати реконструкцію, технічне переоснащення, поліпшення орендованого майна; право власності на майно, придбане за рахунок амортизаційних відрахувань, належить власнику орендованого майна, якщо інше не передбачено договором. Таким чином, коли сторони не обумовили в договорі оренди саме ті його специфічні умови, які вже визначені законом, то підстав для визнання договору неукладеним все ж таки немає, а мають застосовуватись правила, що містяться у відповідних нормах законодавства. Тим більше, що у ч. 1 ст. 180 Господарського кодексу України зазначено, що зміст господарського договору становлять як ті умови, що погоджені сторонами, так і ті, що приймаються ними як обов'язкові умови відповідно до законодавства.

Таким чином, враховуючи, що у разі відсутності у договорі оренди умов щодо порядку використання амортизаційних відрахувань та (або) відновлення орендованого майна можна визнати договір неукладеним (в судовому порядку), так і прийняти прямо протилежне рішення. Відповідно, у потенційних орендодавців та орендарів є при укладенні договору оренди можливість вибору між двома варіантами: або не включати до тексту договору жодних вказівок щодо зазначених специфічних істотних умов договору, або ж все таки узгодити їх між собою при укладенні договору. Очевидно, щоб упередити можливі спірні ситуації, бажано обрати другий з розглядуваних варіантів. Можна, наприклад, зазначити у договорі, що амортизаційні відрахування використовуються орендодавцем на власний розсуд. Щодо відновлення орендованого майна, то, зазвичай воно здійснюється шляхом проведення капітального ремонту орендодавцем за власний рахунок і поточного ремонту, в разі необхідності, орендарем за його рахунок.



**Голубева Неллі Юріївна**

*доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент*

## **КЛАСИФІКАЦІЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ**

*Актуальність* розгляду правових проблем пов'язаних із класифікацією зобов'язань у цивільному праві завжди відмічалась вченими-цивілістами, особливо це помітно на сучасному етапі розвитку цивільного права, що зумовлюється тим, що регулювання зобов'язальних відносин значно вдосконалено у ЦК України. Тому *метою* цієї статті є класифікація зобов'язань у цивільному праві на сучасному етапі його розвитку.

Питання про класифікацію зобов'язань має у літературі дискусійний характер. Різними авторами неодноразово робилися спроби охопити єдиною класифікацією всю систему зобов'язань в цілому з використанням різних критеріїв, наприклад, С. І. Аскназієм, що здійснює класифікацію зобов'язань з урахуванням, головним чином, їх економічних особливостей, О. А. Красавчиковим, який як класифікаційний критерій використовує спрямованість зобов'язальних правовідносин, І. Б. Новицьким, який поділяв зобов'язання як такі, що виникають на підставі або у зв'язку з народногосподарським планом або не охоплені соціалістичним плануванням, чи їх обслуговують, М. М. Агарковим, який використовував як підставу класифікації мету, якій підпорядковуються зобов'язальні правовідносини, М. В. Гордоном, що в основу класифікації поклав змішаний економічний (природа відношення, яке опосередковується) та юридичний (правовий результат, який досягається) критерії. Послідовник останньої класифікації О. С. Іоффе поділяє всі зобов'язання на 11 груп [1, С. 23-26]. А трохи пізніше сам же критикує такий поділ. Зокрема, на його думку, зобов'язання, що виникають з односторонніх дій та охоронні зобов'язання, виділені не за запропонованими критеріями, а в першому випадку — за підставою виникнення, а в другому — юридичним характером зобов'язання, що виникло [2, С. 419].

Неважко встановити, що наведені підходи правознавців, покладені в основу систематизації зобов'язань, були тісно пов'язані с особливостями майнового обороту в межах планово-розподільчої економіки і зумовлені відповідною метою — визначити планові завдання та державні інтереси як безумовні пріоритети [3, с. 630]. Існує також точка зору, що класифікація зобов'язань має бути багаторівневою (М. І. Брагінський) [4, с. 25-27, 30].

До сих пір не існує класифікаційної системи, яка б стала загальновизнаною. Однак традиційною і найбільш поширеною є однорівнева класифікація зобов'язань, що заснована на множинності таких критеріїв, як підстави виникнення зобов'язань, їх спрямованість, співвідношення прав і обов'язків сторін і т. ін. В основі загальноприйнятої систематизації зобов'язань, яка закріплена в Інституціях Гая, лежить розподіл більшості зобов'язань за підставами виникнення на дві великі групи: договірні, що виникають на підставі укладеного договору, та недоговірні, що виникають на підставі інших юридичних фактів.

Вбачається, що саме класифікація з використанням принципу дихотомії — поділу на два парних поняття, є найбільш зручною [5, С. 67-70]. Такий розподіл зобов'язань важливий і тому, що значно розрізняється законодавча регламентація цих зобов'язань, наприклад, при вирішенні питань про характер збитків, що

відшкодовуються, про значення вини потерпілого, про форми вини правопорушника тощо.

Деякі автори вважають невдалою спробу зберегти традиційну двочленну основу систематизації за рахунок розширення недоговірних зобов'язань шляхом включення до них зобов'язань, що виникають з односторонніх правочинів. На їх думку більш зручним є поділ зобов'язань за критерієм правомірності — на регулятивні (договірні та інші зобов'язання правомірного характеру) та охоронні (із заподіяння шкоди, безпідставного збагачення) [6, С. 419].

У ЦК збережено загальний підхід до формування розділу, присвяченого зобов'язанням, хоча їх перелік значно розширено у порівнянні з ЦК УРСР 1964 року. Відмінністю ЦК 2003 року від ЦК УРСР 1963 року є, зокрема, чіткий поділ всіх зобов'язань на два види: договірні та недоговірні зобов'язання, що, напевне, є рецепцією поділу зобов'язань з давньоримського права.

Між договірними і недоговірними зобов'язаннями існують відмінності, які визначають їх місце в системі зобов'язального права.

Договірні зобов'язання виникають на підставі угоди між суб'єктами договору, тобто завжди є результатом правомірних дій.

Недоговірні зобов'язання виникають за відсутності погодженої волі його учасників і не завжди є результатом правомірних дій. Визначальним фактором у недоговірних зобов'язаннях є саме відсутність погодженої волі суб'єктів. Зміст і характер правомочностей суб'єктів, а також обсяг цих правомочностей визначається законом чи волею суб'єктів, що не вимагає обов'язкового узгодження з волею іншого учасника зобов'язального правовідношення, яке виникло.

Недоговірні зобов'язання, як і зобов'язання взагалі, теж не однакові за своїм характером та змістом, що викликає питання щодо класифікації цих відносин. Серед недоговірних зобов'язань у ЦК опинилися відносно різні за своєю суттю зобов'язання.

В результаті того, що недоговірні зобов'язання самі по собі є достатньо неоднорідними, за підставами виникнення їх можна поділити на регулятивні та охоронні. Відмінність регулятивних зобов'язань полягає в тому, що вони виникають з правомірних дій, наприклад, правочинів. Охоронні зобов'язання є, як правило, результатом цивільних правопорушень.

В основі цього поділу лежать також правові норми, що регулюють суспільні відносини. Норми, що породжують регулятивні недоговірні зобов'язання, мають свою специфіку, а саме: «Ці норми регулюють «нормальні» суспільні відносини, установлюють «нормальні» правовідносини зобов'язального типу, оскільки один із суб'єктів цього правовідношення зобов'язаний зробити певні дії, а інший вправі вимагати здійснення цих дій» [7, с. 15]. Недоговірні регулятивні зобов'язання хоча і виникають за відсутності погодженої волі його суб'єктів, останні пов'язані між собою взаємними правами та обов'язками зобов'язального характеру. Виконання цих зобов'язань забезпечується відповідними санкціями — несприятливими для суб'єкта правовими наслідками, передбаченими законом на випадок порушення.

Таким чином, недоговірні зобов'язання можуть бути регулятивними та охоронними. Класифікаційним критерієм у цьому випадку виступають підстави виникнення зобов'язання. Стосовно зобов'язань, що регулюються у ЦК, а їх шість видів, то до регулятивних, тобто таких, що є результатом вчинення одностороннього правочину, адміністративного акту чи юридичного вчинку, можна зараховувати зобов'язання у зв'язку з публічною обіцянкою винагороди, зобов'язання, які виникають з факту рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи та вчинення дій у майнових інтересах іншої

особи без її доручення. Об'єднуючим критерієм для цих видів зобов'язань є правомірність дій, що ведуть до виникнення зобов'язання.

У рамках регулятивних недоговірних зобов'язань можна відокремити зобов'язання з односторонніх правочинів та інших односторонніх дій. Так, зобов'язання у зв'язку з публічною обіцянкою винагороди та вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення виникають з односторонніх правочинів, а зобов'язання, які виникають з факту рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи — з юридичних вчинків.

Навпаки, охоронні зобов'язання виникають, як правило, з неправомірних дій (правопорушень, деліктів). У рамках правоохоронних зобов'язань можна виділити три типи — зобов'язання, що виникають внаслідок заподіяння шкоди, зобов'язання із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави та зобов'язання у зв'язку зі створенням загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи.

Розглянута класифікація за таким критерієм як підстави виникнення зобов'язання є не єдиною.

По співвідношенню прав і обов'язків зобов'язання підрозділяються на односторонні і взаємні (зустрічні або синалагматичні). В першому випадку, у однієї сторони зобов'язання є тільки права, тоді як у іншої — тільки обов'язки (наприклад, в зобов'язаннях довічного утримання або в зобов'язаннях із спричинення шкоди). В другому випадку кожний з учасників зобов'язання має як права, так і обов'язки, тому кожна із сторін вважається боржником іншої сторони в тому, що вона зобов'язана зробити в її користь, і одночасно її кредитором в тому, що вона має право від неї вимагати. Наприклад, в договорі купівлі-продажу продавець і покупець володіють і правами і обов'язками по відношенню один до одного. Більшість зобов'язань відноситься до категорії взаємних. При цьому важливо, що взаємні зобов'язання за загальним правилом повинні виконуватися одночасно (якщо інше прямо не передбачене законом або договором).

Залежно від характеру правового зв'язку між учасниками зобов'язання підрозділяються на складні та прості. Якщо сторони зв'язані лише одним правом і одним обов'язком, зобов'язання вважається простим, а якщо зв'язків більш ніж один, — складним. Так, зобов'язання, що виникли з договору позики — прості, а з договору оренди — складні.

З погляду визначеності предмету виконання виділяються зобов'язання альтернативні і факультативні. До альтернативних належать зобов'язання в яких боржник зобов'язаний зробити для кредитора одну з декількох дій, передбачених законом або договором, наприклад, передати якусь річ або сплатити певну грошову суму.

Право вибору звичайно належить боржнику, якщо інше не витікає із закону, договору або суті зобов'язання. Прикладом може служити ч. 3 ст. 1075 ЦК України, коли клієнт банку, що закрит рахунок, вправі вибирати — отримати самому залишок грошей на рахунок або дати доручення перевести їх на інший рахунок.

Варто відрізнити альтернативний обов'язок від факультативного. Альтернативний обов'язок складається у виконанні одного із двох варіантів, а факультативний — у можливості заміни виконання на іншу дію.

Факультативні зобов'язання передбачають, що боржник зобов'язаний вчинити на користь кредитора конкретну дію. Наприклад, боржник зобов'язується передати кредитору певну річ, а при неможливості цього — відшкодувати її



вартість. Можливість заміни виконання складає право боржника, але не кредитора.

Принципова відмінність альтернативного обов'язку від факультативного у тому, що перша означає рівнозначність обох дій і здійснення кожної з них є виконанням обов'язку, а друга означає звичайний (не альтернативний) обов'язок з можливістю заміни його виконання на іншу дію, що не є виконанням і лише визнається таким.

Ця відмінність проявляється при виникненні неможливості виконання. Неможливість виконання факультативного обов'язку повністю припиняє обов'язок. Наприклад, якщо альтернативний обов'язок полягає в тому, щоб передати річ або сплатити певну суму, то втрата речі не припиняє обов'язок. Якщо ж факультативний обов'язок складається в передачі речі з можливістю заміни на сплату певної суми, то втрата речі повністю припиняє обов'язок, тому що замінити нічого [8, С. 95].

По характеру взаємозв'язку зобов'язань один з одним розрізняють головні (основні) і додаткові (акцесорні) зобов'язання. Головні зобов'язання можуть існувати самостійно, без додаткового зобов'язання. Додаткові (наприклад, поручительство) можуть існувати тільки за наявності головного зобов'язання. Додаткові зобов'язання автоматично припиняються з припиненням дії головних зобов'язань.

В залежності від значення для існування зобов'язання особи кредитора або боржника розрізняють зобов'язання особисті та неособисті. Для неособистих зобов'язань особа сторін зобов'язання — боржника і кредитора — не має істотного впливу для виникнення, зміни і припинення правовідношення, наприклад, смерть сторони, як правило, не припиняє зобов'язання, оскільки права і обов'язки сторін переходять до спадкоємців. Особисті зобов'язання знаходяться у залежності від особи сторін та припиняються у випадку їх зміни з різних причин. Так, тісно пов'язані з особою сторін (або однієї з них) зобов'язання в яких є необхідністю здійснення відповідних дій особисто учасником (надання послуг, що за своїм характером є такими, що здійснити їх може на відповідному рівні та у відповідності до задуму кредитора тільки конкретна особа — створити винятковий дизайн, виготовити особливий виріб з дерева, металу тощо, чи послуги мають довірчій, фідучіарний характер). В таких зобов'язаннях недопустима заміна однієї із сторін, і вони припиняються у разі смерті фізичної особи.

Залежно від змісту прав і обов'язків сторін розрізняють зобов'язання, направлені на відчуження майна у власність; надання майна в користування; виконання робіт і надання послуг тощо.

З точки зору визначеності змісту зобов'язання розрізняють зобов'язання з певним обсягом вимог і зобов'язання з невизначеним змістом.

У зобов'язаннях з певним обсягом вимог точно відомо, виконання яких обов'язків і в якому обсязі може зажадати кредитор від боржника. Такими є переважна більшість зобов'язань.

У зобов'язаннях з невизначеним обсягом вимог (алеаторних), обсяг прав і обов'язків встановлюється тільки в загальному вигляді. Конкретні суми, послуги тощо визначаються вже під час виконання зобов'язання.

Ризиковим чи алеаторним є такий обов'язок, предмет якого містить у собі елемент ризику, випадковості, невідомості.

Наприклад, до алеаторних відносяться зобов'язання, що виникають із договору довічного утримання. Тут відомо тільки те, що набувач будинку приймає на себе обов'язок утримувати первісного власника будинку до його смерті. Однак

скільки буде витрачено часу та грошей, сторони не знають і не можуть знати. До цього ж виду зобов'язань можуть бути віднесені зобов'язання із заподіяння шкоди здоров'ю. У цьому випадку відомий розмір щомісячних платежів в рахунок компенсації втраченого потерпілим заробітку, але кінцева сума, як і розмір додаткової компенсації витрат на лікування, заздалегідь визначити неможливо.

Часто дія, яку належить виконати зобов'язаній особі, залежить від події, щодо якої невідомо, наступить вона або не наступить. Прикладами таких обов'язків є: обов'язок страхувика за договором майнового страхування виплатити страхове відшкодування при настанні страхового випадку — тут невідомо, чи має відбутися дія (сплата грошей), невідомий момент, коли вона повинна відбутися, і сума, що підлягає сплаті; обов'язок платника ренти виплачувати безстрокову ренту одержувачеві ренти — невідомі загальна сума, що підлягає сплаті, і момент, коли дія повинна закінчитися; обов'язок банку дати кредит при недостатності коштів на рахунку (овердрафт) — невідомі момент, коли воно повинне відбутися, сума кредиту.

### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Иоффе О. С. Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1975. — 872 с.
2. Иоффе О. С. Развитие цивилистической мысли в СССР (часть II) / Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». Изд.2-е, испр. — М.: Статут, 2003. — 782 с.
3. Цивільне право України: Підручник. У 2 кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. Б. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; [За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової]. — 2-е вид., доп. і перероб. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Кн. 2. — 736 с.
4. Брагинский М. И. Общее учение о хозяйственных договорах. — Минск, 1967. — 260 с.
5. Харитоновна О. І. Рецепція ідеї дихотомії права / О. І. Харитоновна // Актуальні проблеми держави і права: Зб. наук. праць. — Вип. 13. — С. 67-70.
6. Гражданское право / [Под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого]. — М.: Проспект, 1998. — Т. 1. — 624 с.
7. Носов В. А. Внедоговорные обязательства: Учеб. пособие / Яросл. гос. ун-т. — Ярославль, 1987. — 133 с.
8. Фогельсон Ю. Б. Избранные вопросы общей теории обязательств: Курс лекций. — М.: Юристъ, 2001. — 192 с.



### Гриняк Андрій Богданович

*завідувач наукового сектора проблем цивільного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України, кандидат юридичних наук*

### ОКРЕМІ ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ ОБ'ЄКТА І ПРЕДМЕТА ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ

Регулюванню відносин у сфері виконання робіт присвячено главу 61 ЦК України, яка містить загальні положення про підряд загалом і про його окремі види зокрема. Відповідно до ст. 332 ЦК УРСР за договором підряду одна сторона

(підрядник) зобов'язується виконати на власний ризик певну роботу за завданням іншої сторони (замовника) з її або з своїх матеріалів, а замовник зобов'язується прийняти й оплатити виконану роботу. Відповідно до ст. 837 ЦК України за договором підряду одна сторона (підрядник) зобов'язується на власний ризик виконати певну роботу за завданнями другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу. Як бачимо, дефініція досліджуваного договору не зазнала суттєвих змін. Однак дане визначення уже не містить вказівки на те, що робота повинна виконуватись або з матеріалів підрядника, або з матеріалів замовника, що видається цілком виправданим, оскільки основним завданням підрядних договорів є вчасне та кваліфіковане виконання роботи та передання їх результатів замовнику. Всі ж інші умови (як і умова про виконання робіт з матеріалів підрядника чи замовника) є додатковими та визначаються домовленістю сторін. Це свідчить, насамперед, про відсутність потреб у надмірній «зарегульованості» договірних правовідносин у ринковій моделі управління економічними процесами та, по-друге, про те, що до підрядного типу належать договори із виконання робіт та передачею результату замовникові.

Істотною умовою договору підряду є умова щодо предмета досліджуваного договору. Проте, нерідко його визначення викликає значну складність, оскільки у цивільному законодавстві і в доктрині предмет договору може розглядатися по-різному. Так, на сторінках юридичної літератури зустрічаються випадки ототожнення предмета і об'єкта договору. Аргументується це тим, що предметом договору виступають у переважній більшості випадків активні дії сторін: виконання відповідних робіт та отримання їх результату, передача товару у власність і його прийняття тощо. На думку В. В. Вітрянського предмет договору являє собою дії (бездіяльність), які повинна зробити (або від вчинення яких повинна утриматися) зобов'язана особа [1, С. 22]. У Коментарі до ЦК РФ зазначено, що під предметом підрядних договорів слід розуміти найменування робіт, їх обсяг тощо [2, С. 418]. М. І. Брагінський називає предметом підряду виготовлення або переробку речі (обробку) та виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові [3, С. 4]. Таким чином, більш переконливою видається позиція тих вчених, які все ж розрізняють предмет і об'єкт договору [4, С. 33], оскільки, якщо в теорії права існують зазначені поняття, то в них має бути різний зміст, інакше їх існування не мало б практичної значущості.

Отже, можемо константувати той факт, що і сьогодні представники науки цивільного права фрагментарно підходять до аналізу проблеми співвідношення об'єкта і предмета договору підряду. Тож спробуємо відшукати підходи до вирішення питання співвідношення зазначених категорій з метою їх однакового розуміння для правильного правозастосування, оскільки, як видається, за відсутності чіткого визначення предмета підряду, що є важливою умовою договору, неминучі помилки у застосуванні приписів чинного законодавства.

Слід відмітити, що у юридичній літературі зустрічаються позиції, за якими предметом договору підряду пропонується вважати результат діяльності боржника [5, с. 38]. Відповідно до ч. 2 ст. 837 ЦК України під результатом виконаної підрядником роботи в такому випадку слід розуміти виготовлену, оброблену, перероблену або ж відремонтовану річ. У чинному ЦК України, як і у ЦК 1922 р., ЦК 1964 р., немає окремої статті присвяченої предмету досліджуваного договору. Так, у ЦК УРСР 1922 р. були зафіксовані такі ознаки предмета договору підряду, як матеріальне вираження і тотожність результату виконаної роботи. При відсутності результату виконаної роботи договір підряду не вважався виконаним [4, С. 34]. У ЦК 1964 р. зроблені спроби подальшого розвитку норм про підряд.

Зазначений кодекс конкретизував ознаки предмета договору підяду, а у тогочасній юридичній літературі висловлювалася думка про неодмінне вираженні результату роботи у матеріальній формі, при чому підкреслювалося, що предмет досліджуваного договору завжди індивідуально-визначений, а не визначається родовими ознаками [6, С. 148].

У чинному ЦК України, як і раніше, немає окремої статті про предмет договору підяду. Із законодавчого визначення договору підяду (ч. 1 ст. 837 ЦК) випливає, що істотною умовою договору підяду є умова про роботу, виконану підрядником для контрагента за договором. Така позиція законодавця не випадково піддана критиці О. В. Дзерою [7, С. 180]. Оскільки, на нашу думку, у вищезазначеному визначенні відображається не предмет (результат виконаної роботи), а об'єкт (дії підрядника, виконувана робота) договору підяду. Виходячи із вищевказаного, спробуємо на основі розглянутої точки зору сформулювати поняття об'єкта договору підяду: об'єктом договору підяду є вчинення позитивних дій підрядником, що спрямовані на виконання ним певної роботи, за завданням замовника.

Отже, за чинним сьогодні цивільним законодавством відповідь на питання сутності та змісту предмета договору підяду слід відшукувати шляхом аналізу змісту статей 837, ч. 1 ст. 839, а також ст. 861 ЦК України, де йде мова про передачу підрядником інформації, що стосується експлуатації предмета договору підяду. Буквально тлумачачи ці норми, приходимо до висновку, що замовник проводить оплату за договором підяду за досягнутий підрядником результат роботи, що складається, як правило, у виготовленні, переробці (обробці) речі.

Предметом договору підяду є індивідуалізований результат праці підрядника, який набуває тієї чи іншої матеріалізованої форми, оскільки робота виконується з матеріалів сторін і здається у вигляді, придатному для оцінки. Буквальне тлумачення ст. 332 ЦК УРСР, як уже зазначалось, виключало можливість віднесення до предмета договору підяду робіт, які виконуються без використання матеріалів (наприклад, ремонт годинника, радіоприймача, телевізора без використання запасних деталей чи інструментів). Правда, деякі автори радянського періоду, зокрема І.Л. Брауде, визнали за можливе розглядати як матеріал річ, що її надали для ремонту. Відомі випадки виконання робіт без використання матеріалів, але із застосуванням інструментів або без них (риття траншеї, переміщення вантажу тощо). Такі роботи, на думку дослідника, можуть бути визнані підрядними, оскільки їх дія спрямована на відповідні зміни матеріальних об'єктів [8, С. 27]. Таким чином, доходимо висновку, що визначення договору підяду в ЦК України є більш вдалим, оскільки воно не заперечує можливість визнання підрядними договірні відносини без використання для виконання робіт відповідних матеріалів.

Обсяг самостійності підрядника у виборі способу виконання замовлення багато в чому залежить від ступеня визначеності ознак предмета договору. Деталізація цих ознак при укладенні договору позбавляє підрядника певної свободи дій у виконанні замовлення, але разом з тим вона сприяє зменшенню можливих непорозумінь. Якщо ті чи інші ознаки предмета визначені нормативними актами, типовими договорами, технічними чи будівельними правилами, то підрядник повинен їх додержуватися, навіть якщо вони не були обумовлені в договорі [9, С. 386].

Однією із таких важливих ознак предмета договору підяду є якість виконаної роботи, вимоги до якої встановлені у ст. 857 ЦК України. При цьому результат роботи в межах розумного строку має бути придатним для використання

відповідно до договору або для звичайного використання роботи такого характеру [10, С. 211-212]. Договором або законом може бути передбачений строк, протягом якого виконана робота повинна відповідати вимогам, встановленим у ст. 857 ЦК України (гарантійний строк). Гарантія якості роботи, якщо інше не передбачено договором, поширюється на все, що становить результат роботи. До обчислення гарантійного строку застосовуються положення ст. 676 ЦК України, якщо інше не передбачено договором або законом.

Отже, хоча законодавець і не дотримується єдності термінології, вказуючи в одному випадку тільки на роботу як на предмет договору, а у другому — і на роботу, і на її результат (до речі, і при регулюванні окремих видів договору підряду спостерігається така сама тенденція), предметом цього договору є матеріалізовані результати створення, перетворення, поновлення і навіть ліквідації речей виробничого, споживчого та науково-культурного призначення. Результат роботи — це та матеріалізована форма (наприклад, об'єкт будівництва, проектно-кошторисна документація), що опосередковує виконану роботу. В той час як об'єктом договору підряду є вчинення позитивних дій підрядником, що спрямовані на виконання ним певної роботи, за завданням замовника.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Брагинский М. И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. — М.: Статут, 2000. — 456 с.
2. Комментарий к части первой ГК РФ (постатейный)/ Под. ред. О. Н. Садикова. — М.: КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 1999. — 650 с.
3. Брагинский М.И. Договор подряда и подобные ему договоры. — М., Статут. — 1999. — 160 с.
4. Абрамцова Е. Л. Договор подряда в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Е. Л. Абрамцова. — М.: РГБ, 2005. — 223 с.
5. Баринов Н. А. Права граждан по договору бытового заказа и их защита. Изд-во Саратовского ун-та. — Саратов, 1973 г. — С. 38.
6. Гражданское право / Под ред. В.А.Рясенцева. Т.2. — М.: Госюриздат, 1976. — С. 148.
7. Дзера О. В. Глава 48. Договір підряду. Цивільне право України: Підручник. У 2 кн. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К., 2004. — Кн. 2. — С. 180.
8. Брауде И. Л. Договоры по капитальному строительству в СССР. — М.: Госюриздат. — 1952. — С. 27.
9. Договірне право України. Особлива частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.: за ред. О. В. Дзери. — К.: Юрінком Інтер, 2009. — С. 386.
10. Цивільне право України / О. Г. Братель, С. В. Губарев, В. П. Мироненко та ін.: Посібник для підготовки до іспитів. — К.: Вид. ПАЛИВОДА А. В., 2005. — С. 211-212.



**Ковальчук Інна Валентинівна**

*доцент кафедри історії, теорії держави і права та державного будівництва  
Білоцерківського національного аграрного університету,  
кандидат юридичних наук, доцент*

## **ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СТРАХУВАННЯ ЦИВІЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АВІАПЕРЕВІЗНИКІВ**

Страховання відповідальності є специфічним видом страхування, в якому об'єктом виступає відповідальність перед третіми особами, котрим може бути завдано збитку внаслідок якихось дій або бездіяльності страхувальника. Таким чином, поруч зі страховиком і страхувальником третьою стороною відносин виступають будь-які, не визначені раніше (треті) особи [6, С. 11].

Повітряний транспорт, як і інший транспорт, може бути небезпечним для учасників перевезення і для навколишніх людей і їхнього майна. Адже після великих авіакатастроф буває, що авіакомпанія банкрутує і стає неспроможною виплатити відшкодування потерпілим сторонам. Тому держави світу, котрі, обстоюючи інтереси своїх громадян, приєдналися до відповідних міжнародних конвенцій, вимагають від кожної авіакомпанії-авіаперевізника обов'язково застрахувати свою відповідальність, причому на ліміт, не менший за встановлений у країні, на території якої виконуються польоти [1, С. 96].

Розрізняють обов'язкове та добровільне авіаційне страхування. Обов'язковість низки авіаційних видів страхування обумовлена міжнародними конвенціями з цивільної авіації, до яких приєдналася Україна, та внутрішніми законодавчими актами. Воно поширюється на усіх авіаперевізників України як на території нашої країни, так і за її межами.

До основних міжнародних документів, що регулюють порядок страхування авіаперевізників належать:

1. Конвенція для уніфікації деяких правил, що стосуються міжнародних повітряних перевезень, Варшава 12.10.1929 р.

2. Протокол щодо зміни Варшавської конвенції для уніфікації деяких правил, що стосуються міжнародних повітряних перевезень, Варшава 12.10.1929 р., Гаага 28.09.1955 р.

3. Конвенція про збитки, заподіяні іноземними повітряними суднами третім особам на поверхні, Рим 07.10.1952 р.

4. Протокол щодо зміни Конвенції про збитки, заподіяні іноземними повітряними суднами третім особам на поверхні, підписана у Римі 07.10.1952р., Монреаль 23.09.1978 р.

5. Конвенція для уніфікації деяких правил міжнародних повітряних перевезень, Монреаль 28.05.1999 р.

6. Конвенція, додаткова до Варшавської конвенції для уніфікації деяких правил, що стосуються міжнародних повітряних перевезень, що здійснюються особою, яка не є перевізником по договору, Гвадалахара 18.09.1961 р.

7. Резолюція Європейської Конференції цивільної авіації (ЕСАС/25-1) щодо мінімального рівня страхового покриття відповідальності авіаперевізників перед пасажирами та третіми особами (13.12.2000 р.).

8. Постанова (ЄС) № 785/2004 Європейського парламенту і Ради Європейського Союзу від 21.04.2004 р. про вимоги до страхування авіаперевізників і операторів повітряних суден.

Порядок та умови проведення авіаційних видів страхування є специфічними і потребують докладного висвітлення. Це, зокрема, зумовлено такими чинниками: авіаційне страхування має справу з особливими, відмінними від інших видів майна ризиками; значний розмір страхових сум передбачає узгодження дій страховиків і перестраховиків; авіаційні ризики можуть тягти за собою катастрофічні та кумулятивні збитки; авіаційне страхування тісно пов'язане з міжнародним страховим ринком; авіаційне страхування регулюється як національним, так і міжнародним правом; для проведення операцій з авіаційного страхування потрібна розвинена спеціалізована інфраструктура; авіаційні ризики висувають високі вимоги до професійної підготовки фахівців, які здійснюють їх страхування.

Отже, авіаційне страхування є досить складним за своєю суттю, а його реалізація потребує від страховика особливого підходу.

Компанії авіаперевізники, які мають право здійснювати пасажирські та вантажні перевезення, власники повітряних суден або особи, що є замовниками авіаційних робіт, можуть скористатися комплексом страхових продуктів, які включає обов'язкове авіаційне страхування цивільної авіації, а саме: обов'язкове страхування відповідальності за шкоду, заподіяну життю, здоров'ю або майну пасажирів та пошкодження вантажу, що перевозиться; обов'язкове страхування відповідальності за шкоду, заподіяну майну або здоров'ю третіх осіб (не пов'язаних з авіаперевізником договірними відносинами); обов'язкове страхування членів екіпажу та авіаційного персоналу; обов'язкове страхування повітряного судна; обов'язкове страхування відповідальності замовника авіаційних робіт та осіб, відповідальних за забезпечення технологічного процесу під час виконання таких робіт; Закон України «Про страхування» [2] п. 26 визначає як обов'язковий і такий вид «страхування, як відповідальність суб'єктів перевезення небезпечних вантажів на випадок настання негативних наслідків при перевезенні небезпечних вантажів». Звичайно ж суб'єктом перевезення небезпечних вантажів може бути і авіаексплуатант, і тоді він також страхує свою відповідальність в обов'язковому порядку.

Факт страхування цивільної відповідальності авіаперевізника перед пасажирами, власниками багажу, вантажу, пошти та третіми особами (Legal Aviation Third party, passenger's, baggage, cargo and mail liability) обов'язково підтверджується сертифікатом міжнародно визнаної форми, текст якого має бути англійською мовою з обов'язковим зазначенням міжнародного страхування брокера, через котрого здійснювалось розміщення ризику. Крім того, сертифікат має містити назву та всі реквізити страхувальника, назву авіакомпанії-страхувальника та всіх співстрахувальників, ліміт відповідальності, строк дії страхового захисту та реєстраційний номер повітряного судна [1, С. 97].

Об'єктом страхування відповідальності власника (користувача, орендатора, експлуатанта) засобу повітряного транспорту, як Страхувальника (Водія), є майновий інтерес, пов'язаний з його обов'язком відшкодувати збиток (шкоду), завданий працездатності, життю і здоров'ю потерпілих осіб, їх майну, багажу, вантажу внаслідок експлуатації (в тому числі використання для перевезень) засобу повітряного транспорту, що належить Страхувальнику або на законних підставах знаходиться в експлуатації, оренді, користуванні у Страхувальника (Водія).

Об'єктом страхування відповідальності Страхувальника або Водія як Перевізника є законний майновий інтерес останнього, пов'язаний з обов'язком Перевізника відшкодувати збиток, завданий потерпілим особам внаслідок

використання належного йому засобу повітряного транспорту для перевезення пасажирів, вантажу (багажу). При цьому до потерпілих осіб відносяться вантажовідправники та вантажоотримувачі, що користуються послугами Страхувальника (Водія) як Перевізника.

Страховим випадком є пред'явлення Страхувальнику Потерпілими особами (пасажирями, третіми особами) претензій, заявлених згідно з нормами законодавства України, про відшкодування завданих ним збитків внаслідок раптової, непередбаченої і неупередженої відносно Страхувальника, Потерпілих осіб випадкової події в період дії договору страхування при виконанні польоту (перевезення) визначеним засобом повітряного транспорту, наслідком якої стало спричинення Потерпілим особам шкоди працездатності, життю, здоров'ю або майну, і з настанням якої виникає обов'язок Страховика зробити виплату страхового відшкодування цим Потерпілим особам.

Страховик несе страхову відповідальність, якщо страховий випадок стався внаслідок:

- непередбаченого аварійного випадку з визначеним в Договорі страхування повітряним транспортом (авіакатастрофа, аварійна посадка, зіткнення з нерухомими або рухомими об'єктами і т. і.);
- аварії двигунів, навігаційного та іншого обладнання, встановленого на цьому повітряному транспорті, яке забезпечує технічну і технологічну функціональність цього транспортного засобу;
- протиправних дій будь-яких осіб (крадіжка, пограбування, розбій, озброєний бандитський напад і т. і.), відносно транспортного засобу, відносно осіб, що виконують керування ним, та (або) пасажирів, вантажу, багажу, виконання перевезень тощо;
- стихійних явищ (удару блискавки, бурі, землетрусу, виверження вулкану, падіння метеориту, урагану, цунамі і т. і.);
- порушення строків прибуття пасажирів в кінцевий або інший визначений Договором страхування пункт маршруту перевезення і строків доставки вантажу (багажу), за які Перевізник (Страхувальник, Водій) несе відповідальність.

Наприклад, якщо у аеропорту однієї з країн український літак під час рулювання пошкодить світлотехнічне обладнання аеропорту або літак іншої авіакомпанії, то керівництво аеропорту вправі затримати подальший політ українського літака до підтвердження легальності та дії сертифікатів страхування, які неодмінно мають бути на борту літака. Якщо таке підтвердження отримано й встановлено зв'язок зі страховиком, то українська авіакомпанія може здійснювати подальший політ. Інакше літак буде затримано, авіакомпанія-експлуатант понесе великі збитки і дозволу на виліт не буде отримано доти, доки не підтвердиться дійсність сертифіката страхування. Тому страховик має уважно оформляти сертифікати як бортові документи літака, використовуючи лише міжнародно визнаний текст, та мати змогу підтримувати при потребі цілодобовий зв'язок зі своїми клієнтами.

Розмір страхового внеску залежить від наступних факторів: страхової суми; типу і класу засобу повітряного транспорту; технічних характеристик і виробничого призначення засобу повітряного транспорту; умов експлуатації; географії польотів; інших факторів.

Щодо відшкодування збитків пасажирам важливо пам'ятати, що ліміти відповідальності в різних країнах неоднакові. Наприклад, в Україні цей ліміт становить не менш як 20000 дол. США за кожною особою, у країнах Європейського



союзу — не менш як 100000 дол., а у США, Канаді, Японії — не має обмежень. Необмежений ліміт відповідальності означає, що особа, яка потерпіла від авіаційної події, може подати позов на необмежену суму, і він може бути визнаний судом. У такому разі загальна сума відшкодування повинна бути саме такою, яку визнав суд.

Відповідальність за багаж здебільшого встановлюється як 1 дол. за 1 кг, а за вантаж — 20 дол. за 1 кг. Тому страхування цього виду може здійснюватись як з визначенням лімітів відповідальності окремо за одного пасажирів, за 1 кг багажу або вантажу та окремо перед третіми особами. У практиці при страхуванні цього виду дуже часто застосовують так званий єдиний комбінований ліміт (combine single limit). Ліміт відповідальності в комбінованому ліміті — це загальна максимальна страхова сума (страхове відшкодування), що може сплатити страховик за сукупністю позовів третіх осіб, пасажирів, вантажовласників стосовно одного страхового випадку.

Як приклад можна згадати катастрофу літака, що сталась у одній із країн Європи, де уламки літака зруйнували будівлі й стали причиною смерті кількох осіб, котрі перебували тут на цей час. Крім того, загинули всі пасажирів, які були на борту. Страхова сума — комбінований ліміт відповідальності становив 500 млн. дол. Виплата, у мільйонах доларів, здійснювалась так: пасажирів (або спадкоємцям за законом) за їхній багаж і вантаж — 380; сім'ям загиблих на землі — 80; компенсація за зруйновані будівлі — 40. Усього — 500 млн. дол. [1, С. 98-99].

Отже, можна виокремити такі особливості авіаційного страхування:

- 1) комплектність (майнове, особисте, відповідальності);
- 2) великі розміри страхових сум, визначених у валюті різних країн;
- 3) дія полісів за межами України;
- 4) значна акумуляція ризиків;
- 5) необхідність перестраховування ризиків на міжнародному страховому ринку.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Страхування : Підручник / Керівник авт. колективу і наук. ред. С. С. Осадець. — Вид. 2-ге, перероб. і доп. — К.: КНЕУ, 2002. — 599 с.
2. Про страхування: Закон України від 07.03.96 р. № 86/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 18. — Ст. 78
3. Про затвердження Порядку і правил проведення обов'язкового авіаційного страхування цивільної авіації: Постанова Кабінету Міністрів України від 12.10.02 р. № 1535 // Офіційний Вісник України. — 2002. — № 42. — Ст. 1943
4. Про затвердження Інструкції про порядок реєстрації у державній авіаційній адміністрації України страховиків (перестраховиків), які здійснюють обов'язкове авіаційне страхування: Наказ МТУ від 29.12.98 р. № 550 // Офіційний Вісник України. — 1998. — № 3. — Ст. 120.
5. Самойловський А.Л. Державне регулювання страхової діяльності в Україні: Автореф. дис. ... канд. екон. наук: 08.02.03. — К., 2000. — 17 с.
6. Кузьмич О. Я. Договір на користь третьої особи в цивільному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — К., 2010. — 20с.
7. Никифорак В. М. Договір страхування відповідальності: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. — К., 2002. — 19 с.



**Кодинець Анатолій Олександрович**

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

## **ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРІВ НА ВИКОНАННЯ НАУКОВО- ДОСЛІДНИХ АБО ДОСЛІДНО-КОНСТРУКТОРСЬКИХ ТА ТЕХНОЛОГІЧНИХ РОБІТ**

Широке залучення до сфери виробництва результатів наукових досліджень у сучасних умовах призвело до необхідності формування у межах ЦК України системи правових норм, спрямованих на спрощення договірної оформлення правових зв'язків по впровадженню досягнень науки у виробництві. Зазначені договірні конструкції дістали у науці цивільного права назву «договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт».

Незважаючи на регулювання відносин по використанню цих договорів в єдиній 62 главі ЦК України, мова йде про два самостійних, хоча тісно пов'язані договори: договір на виконання науково-дослідних робіт (далі — НТР) та договір на виконання дослідно-конструкторських та технологічних робіт (далі — ДКТР).

Відповідно до ст. 892 ЦК України за договором на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт підрядник (виконавець) зобов'язується провести за завданням замовника наукові дослідження, розробити зразок нового виробу та конструкторську документацію на нього, нову технологію тощо, а замовник зобов'язується прийняти виконану роботу та оплатити її.

Крім Цивільного кодексу дані форми договірних зв'язків регулюються також ст. 331 ГК України. Остання стосується договору на створення і передачу науково-технічної продукції, проте її зміст не викликає сумнівів, що законодавець у даному випадку мав на увазі опосередкування суспільних відносин по виконанню науково-дослідних та дослідно-конструкторських робіт.

Спільність механізму правового регулювання не означає цілковиту тотожність договорів на виконання науково-дослідних та дослідно-конструкторських робіт. Між ними існує суттєва різниця, що виражається у специфіці предмету та пов'язані з цією обставиною особливості виконання та оплати праці виконавця у зв'язку з неможливістю досягнення результату наукових робіт.

Предметом договору на виконання НДР є результати одержані у процесі проведення фундаментальних чи прикладних наукових досліджень. Ними можуть бути нові технічні рішення у відповідній сфері науки і техніки, винаходи та інші результати інтелектуальної діяльності, що характеризуються достатньо високим рівнем творчості.

У свою чергу, предмет договору на виконання ДКТР має більше практичне застосування. Ним є, як правило, науково-прикладні результати, одержані у процесі розробки чи удосконалення конструкторських чи технологічних рішень. Зокрема, зразок нового виробу, конструкторська документація, нова технологія, їх зміна чи поліпшення тощо. Тобто, рівень творчості, виражений у результаті дослідно-конструкторських робіт може бути нижчим ніж у договорі про здійснення наукових досліджень.

Різниця існує також у правових наслідках неможливості досягнення результату за договором про виконання науково-дослідних робіт та договором на

здійснення дослідно-конструкторської діяльності. Зокрема, відповідно до ст. 899 ЦК України якщо у ході науково-дослідних робіт виявляється неможливість досягнення результату внаслідок обставин, що не залежать від виконавця, замовник зобов'язаний оплатити роботи, проведені до виявлення неможливості отримати передбачені договором результати, але не вище відповідної частини ціни робіт, визначеної договором. Але, якщо у ході виконання дослідно-конструкторських та технологічних робіт виявляється неможливість досягнення результату внаслідок незалежних від виконавця обставин, замовник зобов'язаний лише відшкодувати витрати виконавця, без надання йому встановленої договором винагороди.

Тому незважаючи на єдине структурне розміщення норм про договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт у Главі 62 ЦК України можна підтримати позицію тих науковців, що стверджують про різний, хоча і взаємопов'язаний характер зазначених правочинів [1, С. 420; 2, С. 504].

Договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт тісно пов'язані з іншими договорами, спрямованими на виконання робіт чи надання (передачу) прав на об'єкти інтелектуальної власності. Насамперед, з підрядними правочинами та договорами у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Зв'язок договорів підряду та договорів на виконання науково-дослідних та дослідно-конструкторських робіт спричиняється спільністю предмету регулювання та правової спрямованості. Обидва договори спрямовані виконання робіт та передачі їх результату замовникові. Проте, договір підряду відповідно до ч. 2 ст. 837 ЦК України може укладатися на виготовлення, обробку, переробку, ремонт речі або на виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові. Предметом договору на виконання НДР або ДКТР є проведення наукових досліджень, експериментів, розробка конструкторської документації чи нової технології. Результати таких робіт передбачають не лише виготовлення, переробку чи ремонт речі, а, насамперед, створення немайнового блага, що може виражатися у відповідній документації, дослідних зразках, наукових звітах тощо. Вони можуть отримати правову охорону як об'єкти авторських чи патентних прав.

Творчий характер робіт у договорах, регламентованих Главою 62 ЦК України притаманний також договорам на виконання проектних та пошукових робіт. Водночас, реалізація останніх, як правило, здійснюється у процесі будівництва та являється одним з його етапів. Тому законодавець небезпідставно поряд з будівельним підрядом відніс виконання проектних та пошукових робіт до групи підрядних правочинів.

Незважаючи на різницю у об'єктах договорів протягом тривалого часу в юридичній доктрині та правозастосовчій практиці домінувала позиція щодо належності договорів на виконання НДР або ДКТР до підрядних правочинів [3, С. 479]. Дана точка зору базувалася на положеннях законодавства, яке не здійснювало самостійного правового регулювання відносин у сфері укладання та реалізації таких договорів. Тому подібні правовідносини автоматично підпадали під сферу дії норм, що стосувалися підряду. Іншу причину поширення норм про підряд на відносини по виконанню наукових досліджень слід вбачати у нерозвиненості у радянському законодавстві сфери охорони інтелектуальної власності.

Фіксація самостійного регулювання договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт у нормах глави

62 ЦК України, стало підставою для доктринальної позиції про самостійний договірний тип зазначених договорів [4, С. 541]. Однак, положення договорів, що не знайшли законодавчого закріплення у главі 62 кодексу, можуть визначатися сторонами за аналогією до підрядних договорів (наприклад, положення про кошторис робіт, їх етапність, порядок прийняття результату робіт тощо).

Необхідно також наголосити, що ЦК України сторони договору на виконання НДР або ДКТР ідентифіковані як виконавець та замовник, проте у ст. 892 фігурує поняття «підрядник», що за змістом даної норми застосовується як синонімічна замовнику. В інших статтях Глави 62 така сторона договору визначається як виконавець. Тому фіксація у положенні ст. 892 підрядника для позначення сторони договору, який не є договором підяду, слід розцінювати як недоліки законодавчої техніки проведення кодифікаційних робіт.

Дискусійним в юридичній доктрині є питання співвідношення договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських робіт та договорів у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Пробність даних правочинів зумовлюється спільністю об'єкта, яким можуть бути результати інтелектуальної творчої діяльності. Як відзначають М. І. Брагінський та В. В. Вітрянський результат робіт, що виконуються на підставі даних договорів нерідко являє собою об'єкт виключних прав (інтелектуальної власності) [5, С. 191]. Спільною є також сфера договірного регулювання. Зазначені договори застосовуються для забезпечення правового опосередкування інноваційної діяльності.

Спільність об'єктів договірного регулювання, однак, не свідчить про ідентичність договорів у сфері інтелектуальної власності та договорів про створення та передачу науково-технічної продукції. Не кожний результат наукового дослідження може бути об'єктом охорони права інтелектуальної власності. У певних випадках законодавство встановлює особливі вимоги охороноздатності творчого результату. Зокрема, для отримання правової охорони результати науково-технічної творчості мають бути належним чином кваліфіковані органом, що здійснює функції патентного відомства.

Різниця між ліцензією, ліцензійними договорами та договорами про виконання НДР і ДКТР полягає у тому, що ліцензійним договором опосередковуються відносини по наданню прав на вже створений результат інтелектуальної, творчої діяльності. Водночас, договір на виконання НДР і ДКТР передбачає здійснення наукових досліджень, технологічної чи дослідної діяльності та передачу одержаних результатів замовникові. Тобто, в момент укладання договору на створення НДР і ДКТР сторони можуть домовитись лише про характер наукової та дослідної діяльності, якісні, технічні чи інші параметри запланованого результату. Самий результат буде створений пізніше у процесі виконання науково-дослідної, конструкторської чи технологічної діяльності.

Тісний зв'язок існує між договором про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності (ст. 1112 ЦК України) та договорами про виконання НДР і ДКТР. Обидва договори спрямовані на створення та подальше використання результатів інтелектуальної діяльності.

Проте між даними договорами існують певні відмінності. По-перше, договір передбачений ст. 1112 ЦК України спрямований на створення об'єкту інтелектуальної власності. Водночас, як відзначалося, результат науково-дослідних чи дослідно-конструкторських чи технологічних робіт не завжди може бути об'єктом інтелектуальної власності. У процесі реалізації договору про виконання НДР та ДКТР може бути досягнутий, навіть, негативний результат.

Однак зазначена обставина не свідчить про можливість невиконання сторонами своїх зобов'язань. Проведені науково-дослідні роботи також підлягають оплаті з відповідним врахуванням параметрів та ознак фактично одержаних результатів.

По-друге, договір про створення за замовленням об'єкта інтелектуальної власності має передбачати умови та способи використання такого об'єкта замовником, у тому числі права на нього творця. За змістом ч. 2 ст. 1112 ЦК України творець має право надати права на використання створеного об'єкта іншим особам, якщо інше прямо не обумовлено у договорі. Разом з тим, згідно ст. 896 ЦК України виконавець за договором про виконання НДР і ДКТР має право використати одержаний ним результат робіт також для себе, якщо інше не встановлено договором. Виконавець має право передати результати робіт третім особам лише у випадку, якщо така можливість передбачена договором.

По-третє, простежується різниця у суб'єктному складі зазначених договорів. Договір про створення за замовленням та використання об'єкта права інтелектуальної власності укладається між замовником та автором — особою, що безпосередньою творчою діяльністю якої буде створений об'єкт інтелектуальної власності. Сторонами договору про виконання НДР і ДКТР є замовник та виконавець. Здебільшого виконавцями таких робіт є наукові та науково-дослідні (науково-технічні) установи, інститути, організації, комплекси, навчальні заклади, національні наукові центри, підприємства, що мають у своєму складі лабораторії, науково-дослідні та конструкторські підрозділи. Тобто, функції виконавця, реалізують спеціалізовані юридичні особи, що не виступають безпосередніми творцями наукових результатів. Тобто, якщо договір про створення за замовленням об'єкта інтелектуальної власності укладається з безпосереднім творцем, то стороною договору про виконання НДР та ДКТР є особа, з якою автор (автори) пов'язані трудовими чи цивільно-правовими договорами.

Проведене співвідношення договору на виконання НДР і ДКТР дає можливість окреслити його правову природу та визначити його місце у системі зобов'язального права.

Підтримуючи позицію щодо самостійного договірного типу зазначених правочинів, слід визнати їх тісний зв'язок з підрядними договорами та договорами у сфері розпорядження результатами творчості, насамперед, з договором про створення за замовленням та використання об'єкта інтелектуальної власності. Зазначена обставина, однак, не дає підставу для характеристики правової природи договорів на виконання НДР і ДКТР як змішаних договорів, тобто договорів, що поєднують елементи різних договірних типів.

У договорах на виконання НДР і ДКТР відсутній притаманний для підрядних правочинів обов'язок про виконання підрядником роботи на власний ризик. Крім того, результатом НДР і ДКТР є нематеріальні блага. Різниця у суб'єктному складі, об'єктах та способах їх використання відмежовують договори про здійснення НДР і ДКТР від договорів про створення за замовленням об'єктів інтелектуальної власності. Наведене дає підстави для висновку про самостійний, а не змішаний договірний тип даних правочинів. Різниця у правовій конструкції договору на виконання НДР і договору про здійснення ДКТР та їх зв'язок з суміжними договорами дає можливість стверджувати про наближеність договору на виконання НДР до договорів у сфері інтелектуальної власності, а договору про здійснення ДКТР до правочинів підрядного типу.

## ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Сергеев А. П. Выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и ехнологических работ. // Гражданское право. В 3- томах. Учебник / [под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М.: ТК Велби, 2004. — Том. 2. — 848 с.
2. Олюха В. Г. Виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт // Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / [за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — 1088 с.
3. Иоффе О. С. Обязательственное право. Избранные труды: В 4 т. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — Т. III. — 837 с.
4. Жилінкова І. В. Виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт. // Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / [за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України]. — К.: Істина. — 928 с.
5. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. — М.: Статут, 2002. — 1038 с.



### Мороз Микола Володимирович

*доцент кафедри цивільного права № 2 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», кандидат юридичних наук, доцент*

## ЩОДО СТРОКУ ДІЇ ДОГОВОРУ ОРЕНДИ МАЙНА ДЕРЖАВНИХ ПІДПРИЄМСТВ

Строковість володіння і користування орендованим майном є основною ознакою групи договорів на передачу майна в користування. Під строками в цивільному праві слід розуміти певні періоди або моменти часу, з якими закон пов'язує ті або інші юридичні наслідки. У класифікації юридичних фактів строки відносяться до категорії подій, оскільки їх вплив носить об'єктивний характер, тобто вони є «... явища, які не залежать від волі людини» [1, С. 163]. Ще конкретніше визначаючи місце строку договору оренди, можна скористатися класифікацією подій, запропонованою О. А. Красавчиковим [1, С. 166-168] і віднести їх до відносних юридичних подій. До них О. А. Красавчиков відніс явища, викликані діяльністю людини, але виступаючі вже незалежно від причин, які їх породили.

З приводу місця строків у класифікації юридичних фактів висловлена і інша позиція, згідно з якою, строки у цивільному праві вважаються явищами вольовими за своїм походженням і займають особливе місце в системі юридичних фактів [2, С. 7-10; 3, С. 248-249]. Безумовно строки встановлюються вольовими актами (законом, угодою сторін і так далі). Проте, також очевидно, що в основі їх завжди лежить час — категорія об'єктивна. Це, а не те, як вони встановлюються, є визначальним в характеристиці строків.

У ст. 17 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [4] встановлені положення, що регулюють строк договору оренди, зокрема, ч. 1 ст. 17 встановлює, що термін договору оренди визначається за погодженням сторін. Зі змісту норми видно, що законодавець надає можливість орендареві і

орендодавцеві самим визначити початок і кінець існування у часі орендного правовідношення, підставою якого є укладений між ними договір оренди.

Сторони вільні у визначенні строку договору оренди. Проте, незважаючи на це, термін, відповідно до ст. 10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [4] є істотною умовою договору оренди і має бути чітко визначений, оскільки відсутність в договорі чітко визначеного терміну тягне за собою визнання його недійсним. При цьому, на відміну від класичного майнового найму, для оренди державного майна взагалі і оренди майна державних підприємств зокрема, невизначеність строку оренди недопустима. Це продиктовано тим, що при невизначеності строку договору оренди кожна із сторін могла б відмовитися від нього у будь-який час, завчасно попередивши про це іншу сторону, що спричинило б нестабільність у стосунках сторін при оренді державного майна. При цьому, передусім, страждав би орендар, як слабша сторона у договорі.

Практика показує, що сторони при укладенні договору оренди віддають перевагу довгостроковій оренді, оскільки вона надає орендареві ширші можливості для залучення коштів на розвиток орендованого майна і підвищення ефективності використання майна державних підприємств.

Відповідно до ст. 17 України «Про оренду державного та комунального майна» [4] термін договору оренди не може бути меншим, ніж п'ять років, якщо орендар не пропонує менший термін. Такий підхід законодавця, щодо визначення мінімального строку договору оренди державного та комунального майна в цілому є виваженим, особливо стосовно оренди цілісних майнових комплексів державних підприємств і їх структурних підрозділів, а також нерухомого майна. Внесення цих змін до Закону України «Про оренду державного та комунального майна» (яке відбулося 15.12.2009 року) було необхідним у зв'язку з тим, що встановлення занадто нетривалого строку оренди майна державних підприємств створює шкідливе з соціально-економічної точки зору становище: у цьому випадку орендар втрачає упевненість у тому, що він встигне за час договору використати здійснені ним витрати на орендоване майно, а це означає, що орендар і не буде таких витрат робити, внаслідок чого, ефективність використання орендованого майна та його фізичний стан страждатиме.

При визначенні оптимального розрахунку строків, не можна займати позицію: «чим більший строк, тим краще». Сторони при цьому повинні враховувати цілий ряд чинників. Так вони повинні прийняти до уваги максимальні строки служби майна або найважливіших об'єктів, що входять до його складу. Необхідність визначення долі повністю зношеного «ядра» орендованого майна вирішальним чином впливає на тривалість оренди, визначаючи максимальний її строк.

З урахуванням цього, можна погодитися з рекомендаціями, що висловлювалися, про встановлення строку договору оренди, виходячи з розрахунку часу, необхідного для реновації основних фондів, оновлення технологічної структури виробництва.

При визначенні строку договору оренди сторони повинні зважати також на специфіку об'єкту оренди.

Довгостроковій оренді необхідно віддати перевагу у тому разі, коли предметом договору оренди виступає цілісний майновий комплекс або нерухоме майно, маються на увазі окремі будови і споруди.

У тому ж випадку, коли йдеться про передачу в оренду таких об'єктів, як окреме індивідуально-визначене майно, перевагу, на нашу думку, слід віддавати короткостроковій оренді на строк до 5 років. У зв'язку з чим пропонується внести

відповідні зміни до ст. 17 України «Про оренду державного та комунального майна» [4], виклавши частину першу її у наступній редакції «Термін договору оренди визначається за погодженням сторін. Термін договору оренди не може бути меншим, ніж п'ять років, якщо орендар не пропонує менший термін (зазначене положення не розповсюджується на договори оренди окремого індивідуально-визначеного майна)».

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. — М.: Госюриздат, 1958. — 183 с.
2. Грибанов В. П. Сроки в гражданском праве. — М.: Знание, 1967. — 48 с.
3. Советское гражданское право: учебник в 2-х т. / [под ред. В. П. Грибанова, С. М. Корнеева]. — М.: Юрид. лит., 1979. — Т. 1. — 1979. — 552 с.
4. Про оренду державного та комунального майна: Закон України в редакції Закону № 98/95-ВР від 14.03.1995 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 15. — Ст. 99.



#### **Мороз Ольга Володимирівна**

*доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Навчально-наукового інституту права та масових комунікацій Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук*

#### **ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ПЕРЕДАЧІ МАЙНА НАЙМАЧЕВІ ЗА ДОГОВОРОМ НАЙМУ**

При укладанні договору найму у наймача та наймодавця виникають ряд прав та обов'язків пов'язаних із майном, що передається у тимчасове користування, одним з яких є обов'язок з передачі наймачеві майна.

Оскільки предметом зобов'язання найму є обов'язок наймодавця передати річ, воно відноситься до зобов'язань, що іменуються «зобов'язання що-небудь дати» [1, С. 14]. Для того, щоб у наймача була можливість використовувати майно відповідно до досягнутої угоди, на наймодавця покладається обов'язок з передачі наймачеві майна. Згідно зі ст. 761 ЦК України [2] право передання майна у найм має власник речі або особа, якій належать майнові права. Наймодавцем може бути також особа, уповноважена на укладення договору найму.

Під передачею об'єкту найму слід розуміти дію наймодавця, спрямовану на переміщення цього об'єкту з його майнової сфери в майнову сферу наймача.

Для наймача велике значення має стан майна, яке передається йому в найм. Майно, яке передається у найм, повинно відповідати своєму призначенню, тобто стан його має бути таким, який забезпечить можливість його нормального використання. Звичайно, це не означає, що майно, яке передається в найм, має бути взагалі без недоліків, проте, ці недоліки не повинні перешкоджати використанню майна за його цільовим призначенням. Згідно з ч. 1 ст. 767 ЦК України [2] наймодавець зобов'язаний передати наймачеві річ у комплекті і у стані, що відповідають умовам договору найму та її призначенню.

При укладенні договору найму наймодавець зобов'язаний обумовити усі недоліки майна, що передається у найм. При цьому не має значення, є ці недоліки



прихованими або явними. Так, відповідно до ч. 2 ст. 767 ЦК України [2] наймодавець зобов'язаний попередити наймача про особливі властивості та недоліки речі, які йому відомі і які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна наймача або інших осіб або призвести до пошкодження самої речі під час користування нею.

У законодавстві закріплений і обов'язок наймача по перевірці стану майна, що приймається від наймодавця. Згідно з ч. 3 ст. 767 ЦК України [2] наймач зобов'язаний у присутності наймодавця перевірити справність речі. Якщо наймач у момент передання речі в його володіння не переконається у її справності, річ вважається такою, що передана йому в належному стані.

Але, як нами було відзначено раніше, є недоліки приховані та явні. На нашу думку положення ч. 3 ст. 767 ЦК України можна застосовувати виключно для перевірки справності речі на наявність явних недоліків. Приховані ж недоліки не завжди можна виявити при огляді речі. Тому дана норма обмежує захист прав наймача. Хоча ч. 2 ст. 768 ЦК України [2] і передбачає, права наймача якщо у речі, яка була передана наймачеві з гарантією якості, виявляться недоліки, що перешкоджають її використанню відповідно до договору, але ст. 768 ЦК України, застосовується тільки у випадку, коли наймодавець гарантує якість речі.

На нашу думку, слід внести доповнення в чинне законодавство, якими встановити, що у разі виявлення прихованих недоліків в об'єкті найму після його прийняття, наймач має ті ж права, що і у випадку, коли наймодавець гарантує якість речі, переданої у найм речі. А саме: 1) заміни речі, якщо це можливо; 2) відповідного зменшення розміру плати за користування річчю; 3) безоплатного усунення недоліків речі або відшкодування витрат на їх усунення; 4) розірвання договору і відшкодування збитків, які були йому завдані. При цьому наймача слід звільнити від внесення плати за користування майном за період, протягом якого об'єкт не міг бути використаний, і надати право вимагати відшкодування неотриманих прибутків та збитків, заподіяних йому затримкою виконання.

Якщо наймач знав про наявність недоліків об'єкту найму, але не зажадав їх усунення від наймодавця, він втрачає право на стягнення заподіяного йому збитку.

Оскільки наймодавець повинен передати майно наймачу, на останньому лежить обов'язок прийняти це майно. Цей обов'язок є кредиторським, оскільки він є умовою виконання обов'язку боржника з передачі майна [3, С. 62].

Отже, визначення вищевказаних прав та обов'язків наймача та наймодавця і їх юридичне закріплення, має важливе практичне значення. Відсутність у законодавстві положень які б встановлювали способи захисту прав орендаря у разі передання у найм речі з прихованими недоліками перешкоджає можливості їх належного захисту.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Краснов Н. И. Реальное исполнение договорных обязательств между социалистическими организациями. — М.: Госюриздат, 1959. — 190 с.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.
3. Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. — М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. — 192 с.



## **Никифорак Володимир Михайлович**

*доцент кафедри цивільного права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, кандидат юридичних наук, доцент*

### **ПРИНЦИПИ СТРАХУВАННЯ**

Сучасна цивілістика знає чимало способів і механізмів захисту цивільних прав та інтересів. Більшість із них своїм корінням сягають ще у римське право. При цьому, традиційно одним із найефективніших способів захисту цивільних прав та інтересів визнають страхування. Страхування — одна із найдавніших категорій суспільних відносин. За твердженнями науковців страхування існувало ще у феодальному, і навіть у рабовласницькому суспільстві, причому це було “справжнє страхування” [10, С.34]. Від моменту свого виникнення страхування спрямоване на захист законних прав та інтересів усіх суб’єктів цивільних правовідносин, які можуть зазнати суттєвих збитків від негативних подій у їхньому житті чи діяльності.

В процесі свого багатовікового історичного розвитку страхування виробило основоположні принципи, на підставі яких сьогодні формуються всі страхові правовідносини. Серед найважливіших з них виділимо наступні: принцип страхового інтересу, принцип реального відшкодування збитків, принцип суброгації та принцип співстрахування і перестрахування.

Аналізуючи зміст принципу страхового інтересу, необхідно виходити з того, що страхування спрямоване на захист лише законних прав та інтересів. У зв’язку із цим статтею 980 Цивільного кодексу України та статтею 4 Закону України «Про страхування» було визначено, що предметом страхування можуть бути лише ті майнові інтереси, які не суперечать чинному законодавству.

Досліджуючи питання страхового інтересу, ми цілком погоджуємось із позицією тих науковців, які стверджують, що в якості предмета страхування можуть виступати лише майнові інтереси осіб, і в жодному разі не конкретні об’єкти матеріального світу [9, С.11-12; 10, С.212]. Втім треба зауважити, що ще наприкінці ХІХ, початку ХХ ст. з такою позицією погоджувались далеко не всі. Так, наприклад, російський правознавець С.Е.Ліон визначав інтерес як можливість отримати (чи не отримати) від речі певну вигоду. Тому, на його думку, можливим було лише страхування реально існуючих речей, а страхування інтересу суперечило основним загальноприйнятим положенням договору страхування [7, С.2-4]. На нашу думку, укладаючи договір страхування і сплачуючи страхову премію, страхувальник має на меті забезпечити власний законний майновий інтерес, а саме — отримати по можливості повну грошову компенсацію (зокрема при особистому та майновому страхуванні) або ж зберегти (відновити) попередній майновий стан шляхом перекладення обов’язку відшкодування завданих страхувальником збитків на страховика (при страхуванні відповідальності).

Не менш важливим для страхування є принцип реального відшкодування збитків. Страхова сума в договорі страхування визначає граничний розмір зобов’язань страховика з виплати грошової компенсації. В повній мірі даний принцип стосується лише майнового страхування, оскільки при особистому страхуванні (особливо при страхуванні життя) визначити хоч приблизно «вартість» життя чи здоров’я людини неможливо, а при страхуванні відповідальності у договорі встановлюються лише приблизна страхова сума (так званий ліміт

відповідальності страховика), якої за підрахунками страховика й страхувальника мало б вистачити для покриття збитків, зумовлених страховим випадком.

Отже, при здійсненні майнового страхування страхова сума визначається страховою (дійсною) вартістю майна або її частиною і за жодних умов не може перевищувати таку вартість. Саме тому законом заборонене так зване «подвійне» незаконне майнове страхування. Іншими словами мова йде про страхування одного предмета одночасно в кількох страхових компаніях на повну його вартість. При цьому від страховиків приховується інформація про те, що існують і інші діючі договори страхування щодо даного предмета (а це є прямим порушенням вимог закону [2, Ст. 21]). Наслідком такого шахрайства може бути як мінімум виплата всіма страховиками лише дійсної вартості застрахованого майна, або ж як максимум — відмова всіх страховиків у виплаті страхової суми за фактом приховання правдивих відомостей про предмет страхування та діючі щодо нього договори страхування, а також створення перешкод для з'ясування причин настання страхового випадку.

Одним із найспецифічніших принципів страхування є суброгація. Страхування — це вид цивільно-правових відносин, що спрямований на захист майнових інтересів фізичних та юридичних осіб у разі настання страхових випадків. Якщо страхові випадки носять об'єктивний (незалежний від волі та дій осіб) характер, то питання про суброгацію не виникає взагалі, оскільки немає винних у заподіянні шкоди осіб (наприклад, стихійне лихо). Якщо ж настання страхового випадку було зумовлене винними діями окремих суб'єктів цивільного права, то в такому разі механізм страхування повинен мати в своєму арсеналі засіб, який здатний або самостійно реагувати на неправомірні дії заподіювачів шкоди, або забезпечити перехід до цивільно-правової відповідальності як універсального механізму «майнового виховання» [8, С.260-261]. Ця обставина і обґрунтовує необхідність існування в страхових правовідносинах механізму суброгації.

У зв'язку з тим, що за договором майнового страхування страховик виплачує страхове відшкодування страхувальникові чи вигонабувачеві та після цього отримує право вимоги до винної в заподіянні збитків особи, можна стверджувати наступне. Під час реалізації механізму суброгації виникає ціла система правовідносин між трьома суб'єктами: 1) страховиком; 2) особою, винною в заподіянні шкоди; 3) страхувальником (вигодонабувачем). Для кожного з них суброгація має окреме значення і переслідує різні цілі. Для страховика суброгація уявляє собою безумовний інтерес, оскільки забезпечує повернення виплачених страхових сум (відшкодування), а отже призводить до збільшення його доходів. Стосовно заподіювача шкоди механізм суброгації переслідує по-суті аналогічну до цивільно-правової відповідальності мету, а саме: компенсувати збитки (але вже не потерпільній особі, а страховикові), а отже у такий спосіб покарати і виховати винну особу. Окремі дослідники, зокрема Ю.Б.Фогельсон, обґрунтовують необхідність суброгації вимогами справедливості [11, С.86]. Особливе значення принцип суброгації має для страхувальника. Володіючи так званим «стримуючим характером», суброгація не допускає можливості безпідставного збагачення страхувальника [3, С.150].

Принципами страхування, які визначають методи (способи) та порядок перерозподілу страхового ризику є співстрахування та перестраховування. При цьому спосіб розподілу ризику між двома та більше страховиками шляхом покладення на кожного з них заздалегідь обумовленої частки можливих збитків страхувальника називається співстрахуванням [1, Ст.986].

Співстрахування наділене своїми специфічними рисами. По-перше, при співстрахуванні завжди укладається лише один договір страхування. По-друге, страхуванню підлягає лише один і той самий предмет. По-третє, перелік страхових випадків на випадок настання яких укладається договір страхування також завжди однаковий для всіх страховиків. По-четверте, в разі настання страхового випадку кожен із співстраховиків виплачує страхувальникові (застрахованій особі чи вигодонабувачеві) лише частину збитків, яка заздалегідь визначена у договорі. Це означає, що обов'язок по виплаті страхової суми (страхового відшкодування) може бути розподілений між усіма співстраховиками на началах часткової чи солідарної відповідальності відповідно до ст.ст.540-544 ЦК України. Таким чином, у договорі обов'язково повинні міститися умови, що визначають права і обов'язки кожного із співстраховиків.

На практиці механізм співстрахування найчастіше застосовується, в якості способу забезпечення страхових потреб, що мають значні за обсягом ризику, або ж як способу певної взаємодопомоги страховиків, коли у одного із них співвідношення активів і страхових зобов'язань не дозволяє взяти на страхування весь ризик. До того ж співстрахування застосовують у випадках, коли немає можливості передати частину ризику в перестраховання.

Стосовно перестраховання зауважимо наступне. Економічною сутністю всіх страхових відносин є формування страховиками за рахунок внесків страхувальників спеціальних грошових фондів, із коштів яких надалі й здійснюється компенсація збитків, завданих страхувальникові внаслідок настання страхового випадку. Тут відбувається первинне накопичення коштів і первинний розподіл ризику між суб'єктами правовідношення. В свою чергу при перестрахованні відбувається перерозподіл вже сформованих страхових фондів і, відповідно, вторинний перерозподіл того ж по-суті страхового ризику. Таким чином, якщо об'єктом страхування завжди виступають майнові інтереси осіб, пов'язані з життям, майном чи цивільною відповідальністю, то об'єктом перестраховання завжди виступає виключно ризик виплати страхової суми (відшкодування). Іншими словами, "пряме страхування здійснюється або від всіх небезпек, або від визначених, і перелік яких достатньо широкий, а перестраховання захищає лише від одного ризику — від настання страхового випадку за основним договором страхування" [5, С.36].

Специфіка перестраховання розкривається також через його спеціальні принципи, на підставі яких він укладається договір перестраховання. Зокрема, мова йде про принцип "наслідування долі" та принцип "дотримання рішень і дій страховика". Перший принцип орієнтований на підкорення перестраховика об'єктивним обставинам, які пов'язані з перестрахованим ризиком, а саме таким обставинам, що не залежать від волі перестраховальника [6, С.53]. В свою чергу другий принцип означає, що перестраховик зв'язаний рішенням перестраховальника про виплату страхового відшкодування і повинен відшкодувати перестраховальникові частину виплаченого ним страхового відшкодування особі, на користь якої був укладений договір страхування, якщо перестраховальник прийняв таке рішення [4, С.358].

Підсумовуючи вищенаведене, можна стверджувати, що завдяки перестрахованню здійснюється «прихований» перерозподіл прийнятого на страхування ризику і передача його (або його частини) іншим страховикам (перестраховикам). В свою чергу вигідність такого «прихованого» механізму перерозподілу страхового ризику для страхувальника очевидний — страховик за

основним договором завжди залишається відповідальним перед страхувальником у повному обсязі.

Проведений аналіз змісту основних принципів страхування дозволяє нам стверджувати, що воно є повноцінним, ефективним та надійним механізмом (способом) захисту та відновлення законних прав та інтересів. Первинною і, по суті, основною метою страхування є компенсація тих збитків, які були зумовлені настанням страхового випадку і, як наслідок, відновлення попереднього становища. Окрім цього, страхування може бути спрямоване і на запобігання настанню страхового випадку, тобто безпосередньо на захист прав та інтересів.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. — К.: Атіка, 2003. — 416 с.
2. Про страхування: Закон України від 07.03.1996 р. в редакції Закону України від 04.10.2001 р. // Урядовий кур'єр. — 2001. — № 205 від 7 листопада.
3. Брагинский М.И. Договор страхования. / М.И.Брагинский. — М.: Статут, 2000. — 174 с.
4. Бубнова К.Ю. К вопросу о правовой природе договора перестрахования / К.Ю.Бубнова // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 6 / Под ред. О.Ю.Шилохвоста. — М.: Издательство НОРМА, 2003. — С.349-367.
5. Дедиков С.В. Перестрахование на "оригинальных условиях" / С.В.Дедиков // Страховое право. — 2002. — № 1. — С.33-44.
6. Дедиков С.В. Принцип следования решениям и действиям страховщика / С.В.Дедиков // Хозяйство и право. — 2002. — №8. — С.53-64.
7. Договоръ страхования по русскому праву. Изслѣдованіе кандидата правъ С.Е.Ліона. / С.Е.Ліон. — М.: Товарищество "Печатня С.П.Яковлева", 1892. — 85 с.
8. Никифорак В.М. Принцип суброгації в страхуванні / В.М.Никифорак // Держава і право. Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Випуск 21. — К.: Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України. — 2003. — С.260-265.
9. Пылов К.И. Страховое правоотношение по советскому гражданскому праву и проблемы его совершенствования. / К.И.Пылов. — Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М.: МГУ, 1987. — 18 с.
10. Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. / В.К.Райхер. — Москва-Ленинград: Изд-во Акад. наук СССР, 1947. — 282 с.
11. Фогельсон Ю.Б. Введение в страховое право. / Ю.Б.Фогельсон. — М.: Издательство БЕК, 1999. — 264 с.



**Отрадна Олеса Александровна**

*доцент кафедры гражданского права Киевского национального университета имени Тараса Шевченко, кандидат юридических наук, доцент*

## **СРОК, МЕСТО И СПОСОБ ИСПОЛНЕНИЯ ДЕЛИКТНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ УКРАИНЫ**

Исполнение обязательства является той последней стадией существования обязательства, после успешного прохождения которой обязательство прекращается. В соответствии со ст. 599 ГК Украины обязательство прекращается исполнением, проведенным надлежащим образом. То есть необходимо учитывать, что прекращает обязательство, в том числе и деликтное, не любое, а только лишь надлежащее исполнение.

Деликтное обязательство будет считаться исполненным надлежащим образом, если будут соблюдены важнейшие условия любого исполнения гражданско-правового обязательства, а именно: срок, место и способ исполнения.

Важнейшим критерием надлежащего исполнения деликтного обязательства является срок его исполнения. Определение срока исполнения деликтного обязательства, на наш взгляд, зависит от того, каким способом данное обязательство будет исполняться: добровольно или принудительно. Деликтное обязательство возникает с момента причинения вреда при наличии всех необходимых условий привлечения причинителя к ответственности. При этом срок его исполнения не определен ни в Гражданском кодексе, ни в иных актах гражданского законодательства. Не определяется он и договором в связи с отсутствием такового. В связи с этим возникает вопрос — когда должно быть исполнено деликтное обязательство? В Гражданских кодексах некоторых стран СНГ (ч. 2 ст. 314 ГК Российской Федерации, ч. 2 ст. 277 ГК Республики Казахстан) существует правило о разумном сроке исполнения таких обязательств. Если в обязательстве не предусмотрен срок его исполнения, оно должно быть исполнено в разумный срок после возникновения обязательства. В связи с этим российские исследователи делают вывод, что охранительное (в том числе и деликтное) обязательство должно быть исполнено в разумный срок с момента нарушения [6, С. 153].

Гражданское право Украины не содержит положения о разумных сроках исполнения обязательства с неопределенным сроком. Ч. 2 ст. 530 ГК Украины говорит, что если срок исполнения должником обязанности не установлен или определен моментом предъявления требования, кредитор вправе требовать его исполнения в любое время. Должник должен исполнить такую обязанность в семидневный срок с дня предъявления требования, если обязанность немедленного исполнения не вытекает из договора или актов гражданского законодательства.

Сложно сказать, можно ли распространить данное правило на исполнение деликтных обязательств. С одной стороны ст. 530 расположена в общей части обязательственного права, в связи с чем ее действие распространяется на любые гражданско-правовые обязательства. А с другой стороны, между потерпевшим и причинителем вреда часто имеет место спор относительно того или иного элемента обязательства — надлежащего должника, размера причиненного вреда, наличия и размера морального вреда, наличия или отсутствия вины делинквента, наличия или отсутствия какого-либо иного условия ответственности и т. п. И до решения в судебном порядке данных вопросов сложно говорить о том, что обязательство

является определенным и уже должно исполняться. Подобного подхода придерживается и судебная практика [8].

Таким образом, в случае наличия спора между делинквентом и потерпевшим относительно какого-либо элемента или условия деликтного обязательства, потерпевший вправе обратиться в суд с целью принудительного исполнения обязательства. Такое право может быть реализовано потерпевшим в течение 3-х лет (исковая давность).

При принудительной защите нарушенного права потерпевшего срок исполнения деликтного обязательства отсчитывается с момента вступления в законную силу решения суда о возмещении причиненного вреда.

Срок исполнения деликтного обязательства может быть указан в самом судебном решении. Так в соответствии со ст. 217 Гражданского процессуального кодекса Украины и ст. 83 Хозяйственного процессуального кодекса Украины суд может определить порядок исполнения решения, дать отсрочку или рассрочить его исполнение. Кроме того, поскольку по общему правилу статьи 1202 ГК Украины возмещение вреда, причиненного увечьем, иным повреждением здоровья или смертью потерпевшего, осуществляется ежемесячными платежами, в своем решении суд должен привести точный расчет присужденных потерпевшему сумм для возмещения вреда и определить сроки их выплаты [7, П. 22].

Нарушением должником требований о сроках исполнения обязательства может быть как просрочка исполнения, так и досрочное исполнение.

Срок исполнения обязательен для должника. Нарушив установленные сроки, должник считается допустившим просрочку [5, С. 130]. Основное последствие просрочки должника закреплено в ст. 612 ГК Украины и состоит в том, что просрочив, должник отвечает перед кредитором за причиненные просрочкой убытки и за невозможность исполнения, случайно наставшую после просрочки. Думается, что данное правило полностью применимо к деликтным обязательствам в случае если делинквент обязан возместить причиненный вред в натуре.

Если же в силу деликтного обязательства на делинквента возложена обязанность произвести денежные выплаты, такое обязательство становится денежным и к нему могут быть применены правила ст. 625 ГК Украины о взыскании суммы долга с учетом установленного индекса инфляции за все время просрочки, а также трех процентов годовых от просроченной суммы.

Что касается досрочного исполнения деликтного обязательства, то в силу особенностей таких правоотношений оно в подавляющем большинстве случаев невозможно. Исключение может быть сделано только для обязательств по возмещению вреда, причиненного увечьем, иным повреждением здоровья или смертью, по которым предусмотрены периодические платежи. Здесь правила о досрочном исполнении предусмотрены в Главе 82 ГК Украины. Так статья 1202 ГК Украины устанавливает в качестве общего правила ежемесячные платежи по возмещению вреда, причиненного здоровью или жизни потерпевшего. Вместе с тем в этой же статье сказано, что при наличии обстоятельств, имеющих существенное значение, и с учетом материального состояния физического лица, причинившего вред, сумма возмещения может быть выплачена однократно, но не более, как за три года вперед.

Также возможность досрочного исполнения деликтного обязательства предусмотрена в статье 1205 ГК Украины и касается случаев ликвидации юридического лица, обязанного возместить вред, причиненный увечьем, иным повреждением здоровья или смертью потерпевшего. Установлено, что в случае ликвидации юридического лица платежи, подлежащие к выплате потерпевшему,

должны быть капитализированы для выплаты их потерпевшему. Данное правило корреспондирует общему правилу части 1 статьи 107 ГК Украины, в соответствии с которым кредитор юридического лица, которое прекращает свое действие, может требовать от него прекращения или досрочного исполнения обязательства, кроме случаев, предусмотренных законом.

Еще одним условием надлежащего исполнения деликтного обязательства является *место его исполнения*. «Определение места исполнения обязательства имеет значение не только для решения вопроса о том, где сторона-должник обязана провести исполнение, но и для решения некоторых иных вопросов, связанных с исполнением обязанностей. В частности, от места исполнения зависит решение вопроса о распределении расходов по доставке предмета исполнения» [1, С. 344].

Поскольку деликтное обязательство является внедоговорным, место его исполнения, также, как и предмет и срок, не может быть установлено договором, в связи с чем устанавливается по правилам статьи 532 ГК Украины.

Общее правило данной статьи, определяет место исполнения обязательства местом проживания (местонахождением) должника. То есть потерпевший должен явиться к делинквенту за получением исполнения. Однако из этого правила существуют два исключения. Так если делинквент должен передать потерпевшему недвижимое имущество (такой объект исполнения деликтного обязательства встречается нечасто, но тем не менее теоретически возможен), обязательство должно быть исполнено по местонахождению такого имущества. Если же делинквент возмещает вред в денежной форме, такое обязательство будет считаться денежным и подлежит исполнению по месту проживания кредитора, а если кредитором является юридическое лицо — по его местонахождению на момент возникновения обязательства.

Поскольку деликтное обязательство возникает с момента причинения вреда (при наличии условий возникновения обязательства), то местом его исполнения будет местонахождение потерпевшего именно на момент причинения вреда. И если к моменту исполнения обязательства потерпевший поменял свое место жительства (местонахождения), он должен уведомить об этом делинквента и взять на себя все затраты, связанные с изменением места исполнения. Так же должен поступать кредитор и в случае длящегося исполнения деликтного обязательства, когда, вред возмещается периодическими платежами (например, в случае возмещения вреда, причиненного увечьем или иным повреждением здоровья).

Вышеуказанное правило может быть применено к возмещению вреда в денежной форме только если платеж будет происходить наличными деньгами. Поскольку безналичные деньги не существуют вне банковского счета, местом исполнения денежного обязательства всегда будет банк должника или кредитора в зависимости от используемой формы безналичных расчетов [4, С. 80].

Важными элементами надлежащего исполнения деликтного обязательства являются *предмет и способ его исполнения*.

В юридической цивилистической литературе существуют различные подходы к пониманию термина «предмет исполнения» и к соотношению данного термина с понятием «предмет обязательства». Однако господствующей в данной сфере является точка зрения, в соответствии с которой предметом обязательства являются конкретные действия его участников — передача имущества, выплата денег, выполнение работ, оказание услуг и т. п., — тогда как предметом исполнения обязательства являются вещи, деньги, работы, услуги, которые должник в соответствии с условиями обязательства должен передать (выполнить,



предоставить) кредитору [1, С. 425-426; 2, С. 542; 3, С. 240]. Подобной позиции мы будем придерживаться в данной работе.

Ответ на вопрос, что должен делинквент передать потерпевшему в качестве возмещения вреда, зависит от того, каким благам потерпевшего причинен вред. Так в случае причинения вреда имуществу, предмет исполнения деликтного обязательства определен в ст. 1192 ГК Украины и является альтернативным. Альтернативное обязательство предполагает выбор предмета исполнения. Правда в отличие от общего правила исполнения альтернативного обязательства (ст. 539 ГК Украины), по которому право выбора конкретного предмета исполнения принадлежит должнику, в деликтных обязательствах это право предоставлено кредитору (потерпевшему). С учетом обстоятельств дела суд по выбору потерпевшего может обязать лицо, причинившее вред имуществу, возместить его в натуре (передать вещь того же рода и такого же качества, починить поврежденную вещь и т. п.) либо возместить причиненные убытки в полном объеме (ст. 1192 ГК Украины).

При этом делинквент должен исполнить именно то действие, которое установлено решением суда. Без согласия потерпевшего, он не вправе предлагать передачу иного предмета исполнения, в том числе выдачу векселя. Любая замена предмета исполнения (передача отступного) возможна исключительно по соглашению сторон деликтного обязательства.

В случае если вред причинен увечьем, иным повреждением здоровья или смертью потерпевшего, а также если потерпевшему причинен моральный вред, возмещение его в натуре не представляется возможным. Поэтому гражданское законодательство предполагает тут только денежную компенсацию.

Анализ судебной практики позволяет сделать вывод, что в подавляющем большинстве случаев суды присуждают потерпевшим именно денежные возмещения причиненного вреда, в связи с чем деликтные обязательства часто приобретают характер обязательств денежных. При этом исполнение таких обязательств должно подчиняться правилам статьи 533 ГК Украины, устанавливающей валюту исполнения денежного обязательства — гривна.

Известный русский цивилист Г. Ф. Шершеневич отмечал следующее: «Если делимость исполнения не была предусмотрена, то хотя бы предмет обязательства и допускал деление, веритель не обязан соглашаться на исполнение по частям, потому что совершение по частям не есть еще совершение самого действия» [9, С. 367]. Данное общее правило действует, и сегодня и закреплено в статье 529 ГК Украины: Кредитор имеет право не принимать от должника исполнение его обязанности частями, если иное не установлено договором, актами гражданского законодательства или не вытекает из сути обязательства или обычаев делового оборота.

Правило о недопустимости частичного исполнения применимо и к деликтным обязательствам. Правда в отдельных случаях законодатель прямо устанавливает периодический порядок исполнения деликтного обязательства. Так, в соответствии с частью 1 статьи 1202, возмещение вреда, причиненного увечьем, иным повреждением здоровья или смертью потерпевшего, осуществляется ежемесячными платежами.

#### **ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:**

1. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. — М.: Статут, 1997. — 682 с.

2. Гражданское право. Том 1. Учебник Издание третье / [под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого]. — М.: «Проспект», 1999. — 632 с.
3. Договірне право України. Загальна частина: навч. посібн. / [за ред. О. В. Дзери]. — К.: Юрінком Інтер, 2008. — 896 с.
4. Ефимова Л. Г. Безналичные деньги — законное средство платежа // Закон. — 2000. — № 3 — С. 79-84
5. Иоффе О. С. Избранные труды: в 4 т. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — Т. 3 Обязательственное право. — 837 с.
6. Кархалев Д. Н. Охранительное гражданское правоотношение. — М.: Статут, 2009. — 332 с.
7. Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди: Постановление Пленума Верховного суда Украины от 27.03.1992 г. № 6 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0006700-92>
8. Решение Святошинского районного суда г. Киева от 14.02.2008 г. Дело № 2-16/08 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/3491650>
9. Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. — Тула: Автограф, 2001. — 720 с.



**Панова Людмила Вячеславівна**

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

**ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВОВОЇ КОНСТРУКЦІЇ РАМКОВОГО КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ У БАНКІВСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ.**

Комерційний банк — особливий суб'єкт цивільних правовідносин, одним з головних видів діяльності якого є кредитування. Надання кредитів, як правило, здійснюється за рахунок залучених коштів від вкладників. Банк завжди є з одного боку кредитором, а з іншого — боржником. Сучасне законодавство України передбачає захист прав вкладників у вигляді безспірності зобов'язань банку, права дострокового повернення коштів, страхування, резервування банком вкладів і т.п. При цьому, успішна діяльність будь-якого банку у своїй основі полягає у своєчасному поверненні наданих банком кредитів, за рахунок чого стає можливим своєчасне повернення депозитів. Очевидним є факт прагнення банками до досягнення балансу між своїми безумовними зобов'язаннями перед вкладниками та зобов'язаннями позичальників перед самим банком.

Для досягнення взаємопов'язаної діяльності суб'єктів, що надає значний економічний ефект на практиці, достатньо часто, укладаються договори які називаються «рамковими договорами», «генеральними договорами» або «договорами про співпрацю» і т. д. З правової точки зору, договори про які йдеться мова мають одне спільне, а саме — правову мету, що полягає у організації тривалих економічних зв'язків.

При зверненні погляду на вітчизняну доктрину цивільного права, можна констатувати, що правова конструкція рамкового договору знаходиться у нерозвинутому стані. У правовій літературі вперше на «організаційні договори»

звертає увагу О. А. Красавчиков: «Значна частина організаційних відносин в нашому суспільстві регулюється адміністративним правом, що не виключає у той же час актуальності цивільно-правового регулювання тих організаційних відносин, які будуються на началах координації (а ні власті та підпорядкування)» [1, С. 15; 2] На організаційну складову у розрахункових відносинах звертав увагу О. П. Підцерковний [3]. Договір банківського рахунку був кваліфікований в якості рамкового договору Л. Г. Ефімовою при аналізі банківських правочинів [4, С. 304]. А у 2006 році, професор Л. Г. Ефімова, рамковим (організаційним) договорам у російському банківському праві приділила увагу окремою працею [5].

Спираючись на такий досить незначний фундамент спробуємо надати аналіз правового статусу рамкового (генерального) кредитного договору, а також звернути увагу на ризики, що виникають при укладенні забезпечувальних договорів до рамкового (генерального) кредитного договору.

По-перше, під рамковим договором, який застосовується у банківській діяльності, необхідно розуміти кредитний договір з встановленим лімітом кредитування, транші за яким видаються на підставі заяв/додаткових договорів, що акцептовані банком. При цьому банк самостійно приймає рішення про видачу такого траншу або про відмову від його видачі. У заявки на видачу траншу/додатковому договорі також можливо встановлення конкретного розміру процентної ставки.

Для визначення правової природи такого договору, необхідно звернутися до встановленого законодавством процесу укладення кредитного договору. Згідно із ст. 638 Цивільного кодексу України договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є, як відомо, умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Істотні умови кредитного договору встановлені у ст. 345 ГК України: У кредитному договорі передбачаються мета, сума і строк кредиту, умови і порядок його видачі та погашення, види забезпечення зобов'язань позичальника, відсоткові ставки, порядок плати за кредит, обов'язки, права і відповідальність сторін щодо видачі та погашення кредиту.

Проводячи аналіз рамкового кредитного договору на відповідність вимогам закону щодо істотних умов договору, необхідно зауважити, що рамковий договір містить тільки загальний ліміт кредитної лінії і загальний строк її надання. Однак, в той же час, рамковий договір не містить сум та строків конкретних траншів, а в деяких випадках і конкретного розміру процентної ставки. При формальному застосовуванні норми закону, виникає неоднозначне тлумачення правового статусу рамкового договору. Якщо між сторонами досягнута згоди відносно загального строку кредитного договору і загального ліміту кредитної лінії — цей договір можна вважати укладеним, а якщо між сторонами не досягнуто згоди по конкретних строках і сумах траншів — договір вважається неукладеним, а якщо додати окремі випадки, що стосуються не досягнення згоди по розміру процентної ставки, то кредитний договір, очевидно, вважається неукладеним. Однак, такий теоретичний висновок не несе ніяких критичних наслідків на практиці ані для банківських ризиків, ані для безпосередньо рамкового кредитного договору, оскільки, видача траншів відбувається на підставі заяв/додаткових договорів, в яких сторонами досягається згода по всім істотним умовам у належній формі. Відповідно до моменту досягнення сторонами згоди по всім

істотним умовам банк не видає кошти, а у випадку визнання договору не укладеним не буде нести збитки.

На практиці застосовуються такі види рамкових договорів:

1. Кредитний договір суб'єкта господарювання з можливістю встановлення відкличності зобов'язань. Згідно з таким різновидом договору транші видаються на підставі заяви позичальника, яка акцептована банком. Конструкція такого договору передбачає право банка безумовно відмовитися від видачі траншів, шляхом не акцептування заяв позичальника, що враховуючи консенсуальний характер кредитного договору, можливо тільки у випадку, коли рамковий договір не є укладеним кредитним договором.

2. Договір про надання кредитних послуг в національній валюті. Процедура видачі кредиту за таким договором є аналогічною вищезгаданій, але такий вид договору має два підвиди:

- З фіксованою процентною ставкою, яка встановлюється в рамковому договорі (в цьому випадку всі істотні умови вказані в договорі);
- Зі ставкою, яка встановлюється у заяві на видачу траншу (в даному випадку рамковий договір не містить однієї істотної умови)

3. Генеральний договір про надання кредитних послуг. Такий договір не містить в собі основних істотних умов кредитного договору — суми, строку, цільового призначення кредиту, розміру процентної ставки. Перелічені законні умови визначаються Індивідуальними договорами в межах рамкового договору, на підставі яких і видаються транші. Суттю індивідуальних договорів є надання окремих кредитів. При цьому, забезпечення (іпотека) надається під Генеральний договір, а також в іпотечне зобов'язання зміни не вносяться.

Для визначення правової природи рамкового договору необхідно проаналізувати правові конструкції, що є відомими цивільному праву.

Можливо, у відповідності до ст. 635 ЦК України, вони є попередніми договорами? Попереднім є договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір в майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором. За попереднім договором суб'єкт господарювання зобов'язується у певний строк, але не пізніше одного року з моменту укладення попереднього договору, укласти основний господарський договір на умовах, передбачених попереднім договором (ст. 182 ГК України). Виходячи з визначення попереднього договору, сторони, що уклали такий договір, зобов'язуються в подальшому укласти основний договір, що у випадку встановлення відкличності рамкового договору не відповідає інтересам банку.

Більш того, законодавством передбачається і механізм захисту інтересів сторін попереднього договору у частині забезпечення обов'язку укласти основний договір. У разі якщо сторона, яка уклала попередній договір, одержавши проект договору від іншої сторони, ухиляється від укладення основного договору, друга сторона має право вимагати укладення такого договору в судовому порядку (ст. 182 ГКУ). Враховуючи те, що в рамковому договорі сторони не беруть на себе обов'язок отримувати і видавати в подальшому транші, його (рамковий договір) не можна вважати попереднім у розумінні законодавця.

Можливо рамкові договори є договорами про наміри? У Цивільному та Господарському кодексах згадується і договір про наміри, однак, вони не містять визначення такого договору. Виходячи з загального змісту ст. ст. 635 ЦКУ, 182 ГКУ, можна зробити висновок про те, що Договір (протокол) про наміри — не є попереднім договором і не породжує юридичних наслідків для сторін. Таким чином, договір про наміри є декларативним документом, після укладення якого не

виникають ані права, ані обов'язки у сторін які його уклали. На відміну від нього, рамковий кредитний договір, що укладається між банком і позичальником, починає виконуватися сторонами з моменту його укладення, зокрема, сплачуються комісії за встановлення ліміту кредитування, сторони виконують покладені на них обов'язки по наданню відповідних документів (фінансові документи позичальника), по переводу грошових потоків, по обмеженню дій (передача в заставу активів, заміна власників підприємства-позичальника і т. п.). Тобто, рамковий договір породжує правові наслідки для сторін і не може бути визнаний договором про наміри.

Можливо рамкові договори є безпосередньо кредитними договорами? Як встановлюється доктриною цивільного права кредитний договір є консенсуальним договором і відповідно набирає чинності з моменту досягнення згоди по всім істотним умовам договору до яких відносяться строк, сума, процентна ставка. При недосягненні сторонами згоди хоча б по одній з істотних умов, договір вважається неукладеним (хоча в деяких випадках, судова практика виключає з переліку істотних умов, наприклад, строк договору). Можливо тлумачення рамкового договору як неукладеного до моменту акцептування банком заяви позичальника на видачу траншу. Момент акцептування банком заяви позичальника на видачу конкретного траншу вказує на те, що сторони уклали договір, але у відповідній, конкретній частині. Таке тлумачення приводить до виникнення відповідних ризиків, зокрема, виникають ризики повернення банком позичальнику всього отриманого по договору (комісій), а також існує можливість відшкодування позичальнику понесених ним збитків.

Можливо рамковий договір є договором, який не встановлений нормами законодавства і укладений сторонами на підставі ст. 6 ЦКУ, а також на принципі свободи договору? Законодавство надає сторонам цивільних і господарських правовідносин право врегулювати свої відносини на свій розсуд, шляхом укладення договорів не передбачених актами цивільного законодавства, однак вони повинні відповідати загальним засадам цивільного права, що встановлені в ст. 3 ЦКУ, а саме, справедливості, добросовісності, розумності, свободі підприємницької діяльності і т.д. Рамковий договір про кредитування, який укладається між банком і позичальником не передбачений актами цивільного законодавства, однак він відповідає загальним принципам цивільного законодавства, у зв'язку з чим його можна розглядати як договір, укладений на основі принципу свободи договору.

Таким чином, правова конструкція в межах генеральних (рамкових) кредитних договорів про надання послуг, представляє собою правовідносини між банком і позичальником, предметом якого є надання в майбутньому кредиту позичальнику на умовах частково встановлених в рамковому договорі, а частково — які будуть встановлені в майбутньому і зафіксовані в заяві на видачу траншу (яка є окремим кредитним договором в рамках генерального договору). Рамковий договір встановлює права та обов'язки сторін, загальні принципи відносин сторін при подальшому кредитуванні. При цьому рамковий договір (при умові відкличності) не породжує обов'язку сторін у подальшому укласти кредитний договір, а тільки надає їм відповідні права — клопотати про видачу кредиту — з одного боку і видати кредит — з іншого. При подачі позичальником заяви на видачу траншу (оферта) і отриманні згоди від банку (акцепт), вважається укладеним окремий кредитний договір, істотні умови якого врегульовані сторонами частково в рамковому договорі, а частково — безпосередньо в кредитному договорі, який є невід'ємною частиною рамкового договору.

Генеральний (рамковий) договір є дійсним з моменту його укладення, т. я. сторони досягли згоди по всім умовам договору, які вони вважають істотними в рамках даного договору, а окремий кредитний договір в рамках генерального — з моменту акцептування заяви позичальника, після чого між сторонами буде досягнута згода по всім істотним умовам, що є необхідними для кредитного договору.

По-друге, окрему увагу необхідно звернути на особливості укладення договорів забезпечення до рамкового договору.

1. Іпотекою може бути забезпечене виконання дійсного зобов'язання або задоволення вимоги, яка може виникнути в майбутньому на підставі договору, що набрав чинності (ст. 3 ЗУ «Про іпотеку»). Кореляційним зв'язком цієї норми з правовою моделлю рамкового договору є її проекція на відносини між банком і позичальником. Проекція надає таку картину: іпотека забезпечує зобов'язання по кредитному договору в рамках генерального договору, яке є зобов'язанням дійсним з моменту акцептування банком заяви на видачу траншу, отримання позичальником коштів і виникнення у нього обов'язку повернути отриманні кошти. Вказане зобов'язання виникає у майбутньому на підставі рамкового договору, який вже вступив в силу і є дійсним. Законом також встановлюється, що іпотека має похідний характер від основного зобов'язання — «... зобов'язання боржника за договорами позики, кредиту, купівлі-продажу, лізингу, а також зобов'язання, яке виникає з інших підстав, виконання якого забезпечене іпотекою». При цьому рамковий договір відповідає легальному поняттю основного зобов'язання. Іпотекою можуть бути забезпечені зобов'язання як безпосередньо по поверненню кредиту (які виникнуть в майбутньому), так і по рамковому договору (наприклад, сплата комісії). Згідно із ст. 18 ЗУ «Про іпотеку» іпотечний договір повинен містити такі істотні умови: зміст та розмір основного зобов'язання, строк і порядок його виконання та/або посилання на правочин, у якому встановлено основне зобов'язання. Таким чином, в договорі іпотеки достатньо вказати загальне посилання на генеральний договір, а також, на зобов'язання, які виникнуть в майбутньому на підставі генерального договору в рамках окремих траншів. При цьому, для зниження ризиків банку, в договорах іпотеки, іпотекодавцем за якими виступає майновий поручитель, договорах застави, поруки необхідно вказувати загальну суму основного зобов'язання із застереженням про те, що в межах вказаної суми забезпечуються зобов'язання по генеральному договору, а також зобов'язання, які виникнуть в майбутньому на підставі генерального договору в рамках окремих траншів. При державній реєстрації іпотеки, у відомостях про реєстрацію необхідно серед іншого вказувати інформацію, що вимагається ст. 4 ЗУ «Про іпотеку», а саме, розмір основної суми заборгованості та процентів за основним зобов'язанням та/або посилання на правочин, в якому встановлено основне зобов'язання у разі, якщо іпотекою забезпечується задоволення вимог, які можуть виникнути в майбутньому; строк повного виконання основного зобов'язання або строк дії іпотечного договору в разі, якщо іпотекою забезпечується задоволення вимог, які можуть виникнути в майбутньому.

2. Заставою, згідно зі ст. 3 ЗУ «Про заставу» може бути забезпечена будь-яка дійсна існуюча або майбутня вимога, що не суперечить законодавству України, зокрема така, що впливає з договору позики, кредиту, купівлі-продажу, оренди, перевезення вантажу тощо. Застава може мати місце щодо вимог, які можуть виникнути у майбутньому, за умови, якщо є угода сторін про розмір забезпечення заставою таких вимог. Істотною відмінністю застави від іпотеки, в призмі розгляду нашого питання, є необхідність згоди сторін відносно розміру забезпечення заставою розміру вимог, які можуть виникнути у майбутньому.

Згідно із ст. 12 згаданого закону України у договорі застави визначаються суть, розмір та строк виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, опис предмета застави, а також інші умови, відносно яких за заявою однієї із сторін повинна бути досягнута згода. Таким чином, договір застави повинен встановлювати конкретний розмір зобов'язання, виконання якого забезпечується заставою, його строк. Відповідно, на момент укладення рамкового договору і договору застави, сторонам необхідно визначитися, в якій сумі застава буде забезпечувати зобов'язання і прописати відповідну суму в договорі, а також вказати, що в межах цієї суми забезпечується окрім погашення основного зобов'язання, також проценти, комісії, штрафи.

3. Поручка. Законодавством не врегульована можливість укладення договору поручки в забезпечення зобов'язань, які можуть виникати у майбутньому, на відміну від договорів застави та іпотеки. В той же час, у законодавстві відсутні імперативні норми, які б обмежували таку домовленість сторін. У зв'язку з цим, необхідно керуватися загальними нормами і принципами цивільного законодавства та аналогією права. Договір поручки повинен укладатися на забезпечення дійсного зобов'язання, яке виникає на підставі діючого договору. Поручитель, укладаючи договір поручки, повинен повною мірою розуміти ступінь, строк та розмір своєї відповідальності, у зв'язку з чим, договір поручки повинен містити необхідну інформацію відносно розміру основного зобов'язання та строку. Необхідно також, звернути особливу увагу на те, що договір поручки втрачає силу у випадку підвищення розміру зобов'язання без згоди поручителя. Виходячи з цього, договір поручки у первинному варіанті повинен містити вказівку на максимальну суму основного зобов'язання, з урахуванням процентів, штрафів, пені або враховувати тільки основне зобов'язання, без врахування платежів, які можуть змінюватися (проценти, штрафи).

4. Гарантією забезпечується виконання зобов'язання боржника в розмірі встановленому у гарантії. При цьому, відповідності до ст. 562 ЦКУ, зобов'язання гаранта перед кредитором не залежить від основного зобов'язання (його припинення або недійсності), зокрема і тоді, коли в гарантії міститься посилання на основне зобов'язання. Таким чином, гарантія повинна містити загальне посилання на генеральний договір, зобов'язання, які можуть виникнути в майбутньому на підставі генерального договору, а також суму (ліміт) відповідальності гаранта.

На підставі вищевикладеного, можна констатувати, що розробка правової конструкції рамкового договору не є результатом досліджень теоретиків. Рамковий договір є результатом правозастосування і тому є життєздатним. Він є адаптованим до різноманітних відносин, що виникають. Правовою особливістю рамкового договору є складна конструкція, яка складається з базового договору і договорів-додатків, що укладаються як виконання базового договору, тобто є його виконавчими правочинами. Окрім того, рамкові договори можуть бути забезпечені як і інші основні зобов'язання всіма відомими цивілістиці інструментами.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Советское гражданское право: Учебник. В 2-х томах. / Илларионова Т. И., Кириллова М. Я., Красавчиков О. А. и др.; [под ред. О. А. Красавчикова]. — 3-е изд., испр. и доп. — М.: Высш. шк., 1985. — Т.1. — 544 с.
2. Красавчиков О. А. Гражданские организационно-правовые отношения // Советское государство и право. — 1966. — № 10. — С. 50-57

3. Подцерковный О. П. Денежные обязательства и расчетные правоотношения в Украине. — Одесса: «Студия «Негоциант», 2005. — 308 с.

4. Ефимова Л. Г. Банковские сделки: право и практика. — М., 2001. — 654 с.

5. Ефимова Л. Г. Рамочные (организационные) договоры. — М.: Волтерс Клувер, 2006 — 104 с.



**Пахомова Анна Олександрівна**

*Білоцерківський національний аграрний університет, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін, кандидат юридичних наук*

## **ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ В СФЕРІ РЕАЛІЗАЦІЇ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ ПРОДУКЦІЇ ЯК НЕВІД'ЄМНА ЧАСТИНА ФОРМУВАННЯ РИНКОВОЇ ЕКОНОМІКИ**

В умовах переходу до ринкової економіки в Україні виникла нагальна потреба розробки і здійснення великої сукупності економічних, наукових, правових, організаційних, соціальних та інших заходів з метою забезпечення такого розвитку аграрної сфери економіки, який би повністю відповідав потребам країни, забезпечував її продовольчу безпеку.

Вирішення цих питань неможливе без обґрунтованої і виваженої аграрної політики. Стратегічна мета такої політики полягає у формуванні реального власника і господаря землі, сільськогосподарської продукції, соціально-економічної розбудови села, проведення аграрної і земельної реформ [1, С. 12].

З затвердженням у 2004 році Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу Україна стала на шлях невід'ємних політичних та економічних змін в усіх сферах суспільного життя. Нові реформи також стосуються важливої галузі української економіки — сільського господарства. Саме тому, як зазначається в Посланні Президента України до Верховної Ради України «Європейський вибір. Концептуальні засади стратегії економічного та соціального розвитку України на 2002-2011 роки», невідкладним є інституційне забезпечення реформ в агропромисловому комплексі, створення на селі сучасної ринкової інфраструктури (створення оптових ринків, торгових домів, розвиток біржової торгівлі), стимулювання сільськогосподарської кооперації, розвитку приватних та приватно-кооперативних підприємств у сфері агросервісу, переробки і збуту продукції [2].

В сучасних умовах розвитку ринкових відносин в нашій державі домінуюче місце у аграрному секторі займають договірні відносини, які виступають засобом регулювання економічних зв'язків між учасниками АПК. Договір в АПК є природним способом оформлення товарно-грошових відносин, притаманних ринковій економіці. Товарно-грошові відносини потребують узгодженого регулювання, яким і є договір, не обмежений надмірно державним втручанням. Однією з основних ланок договірного регулювання в аграрній сфері, що потребує реформування, залишається реалізація сільськогосподарської продукції.

За часів Радянського Союзу суспільні взаємовідносини між постачальниками сільськогосподарської продукції та заготівельниками визначалися економічною складністю. Зміст договорів контрактації визначався обов'язковими для сторін типовими договорами, кількість та асортимент



сільськогосподарської продукції встановлювались в договорах згідно планів державних закупок, закупівельні ціни визначались в адміністративному порядку, також органи державного управління в директивному порядку закріплювали господарства для укладання договорів до заготівельників.

Система централізованих планових закупок за низькими цінами не стимулювала збільшення виробництва сільськогосподарської продукції, яка була необхідна для постачання продуктів харчування населенню. Тому в другій половині 80-х років з початком перебудови почали поступово розширюватись права колгоспів та радгоспів по розпорядженню продукцією, що ними виготовлялась.

З 1986 р. колгоспам та іншим сільськогосподарським підприємствам було надано право продавати організаціям споживчої кооперації та на колгоспних ринках до 30% планового об'єму державних закупок овочів, а також понад планову продукцію. Проте відсутність розвиненої ринкової інфраструктури та заборона вивозу продукції за межі області заважали використанню наданих колгоспам прав [3, С. 83].

У 1989 р. сільськогосподарські підприємства отримали право самостійно визначати, яку частину продукції вони будуть продавати державі, а яку — іншим споживачам за договірними цінами.

Аналіз встановлених наприкінці 80-х — початку 90-х років правових норм по стимулюванню різних форм обов'язкових закупок та поставок сільськогосподарської продукції свідчив про необхідність докорінних змін правового регулювання відносин по реалізації сільськогосподарської продукції. Тому в середині 90-х років почався пошук нових, відмінних від обов'язкових поставок, форм реалізації продукції, виготовленої сільськогосподарськими комерційними організаціями та селянськими (фермерськими) господарствами.

Відмінність нового варіанту державних закупок від попереднього полягає в наступному: держава перестала бути монопольним заготівельником сільськогосподарської продукції, знизилась обсяги державних закупок та поставок, продаж продукції державі стала здійснюватись на добровільних засадах, суттєво змінилися договірні відносини. Таким чином постала необхідність у вдосконаленні правової бази, що регулює договірні відносини між аграрними товаровиробниками та заготівельниками продукції сільського господарства [3, С. 85].

На сучасному етапі, першою з колишніх республік Радянською Союзу, Російська Федерація в Цивільному кодексі визначила договір контрактації як самостійний вид договору купівлі-продажу, що є спорідненим з договором поставки. В подальшому Україна пішла схожим шляхом, також визначивши договір контрактації самостійним видом договору купівлі-продажу. Указ Президента України «Про заходи щодо реформування аграрних відносин» від 18 січня 1995 р. визначив широкий перелік форм реалізації сільськогосподарської продукції. Відповідно до Указу, виробники сільськогосподарської продукції самостійно розпоряджаються своєю продукцією, реалізуючи її за контрактами (включаючи державні) та іншими договорами через біржі, торговельні та контрактові дома, заготівельні та посередницькі організації [4].

Застосуванням договірних методів заготівель сільськогосподарської продукції забезпечується свобода волевиявлення товаровиробників у виборі виду договорів на реалізацію виробленої продукції, у розробленні змісту, умов і порядку укладання договорів та їх виконання [5, С. 98].

Договорам контрактації присвячений § 4 Гл. 54 Цивільною кодексу України 2003 року. В ньому зазначається, що за договором контрактації сільськогосподарської продукції виробник сільськогосподарської продукції зобов'язується виробити визначену договором сільськогосподарську продукцію і передати її у власність заготівельникові або визначеному ним одержувачеві, а заготівельник, в свою чергу, зобов'язується прийняти цю продукцію та оплатити її за встановленими цінами відповідно до умов договору [6, Ст. 713]. Таке формулювання визначення враховує загальні положення, які притаманні всім договорам купівлі-продажу, в тому числі договорам поставки.

В сучасних умовах правовий статус особи, яка реалізує продукцію, немає конкретного значення. Головним є те, що така особа реалізує сільськогосподарську продукцію, яка була виготовлена у власному господарстві. Отже, продавцем за договором контрактації можуть бути не тільки сільськогосподарські комерційні організації та селянські (фермерські) господарства, для яких виготовлення сільськогосподарської продукції є підприємницькою діяльністю, а й громадяни які виготовляють сільськогосподарську продукцію на присадибних ділянках. В свою чергу покупець завжди буде особою, яка здійснює закупку продукції для подальшої переробки або продажу, тобто для використання її в підприємницькій діяльності.

За договором контрактації продукція реалізується в кількості та асортименті, передбачених договором. Але на відміну від договорів купівлі-продажу, це може бути продукція як така, що є в наявності, так і продукція наступного врожаю.

На заготівельника за договором контрактації покладаються в основному такі ж зобов'язання, що й на покупця за договором поставки.

Поряд з цим регулювання відносин за договором контрактації визначає і спеціальні правила, що є більш сприятливими для іншої сторони, тобто виробника сільськогосподарської продукції. Законодавець відноситься до нього як до більш слабкої сторони у взаємовідносинах із заготівельником.

Таким чином, відмінністю договорів контрактації є передача продукції. Якщо за договором купівлі-продажу у більшості випадків доставка товарів здійснюється постачальником, то за договором контрактації продукція приймається контрактантом на визначених договором приймальних пунктах, розташованих у межах адміністративного району за місцезнаходженням виробника.

Отже, Цивільний кодекс України вніс принципові зміни до правового регулювання договорів контрактації сільськогосподарської продукції порівняно з нормативною базою УРСР та надав сторонам можливість для рівноправної співпраці з урахуванням особливостей сільськогосподарського виробництва. Договір контрактації може успішно використовуватись виробниками сільськогосподарської продукції та заготівельниками, які встановили довгострокові господарські зв'язки. Але поки що такі договори є недостатньо використовуваними в зв'язку з нерозвиненими господарськими зв'язками в аграрній сфері та застарілим законодавством про закупку сировини, сільськогосподарської продукції, при здійсненні яких можуть використовуватись договори контрактації.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Аграрне право та законодавство України: підручник / [Гайворонський В. М., Жушман В. П., Корнієнко В. М. та ін.]; за ред. В. П. Жушмана. – Х.: Одисей, 2006. — 736 с.

2. Європейський вибір. Концептуальні засади стратегії економічного та соціального розвитку України на 2002-2011 роки: Послання Президента України до Верховної Ради України від 30.04.2002 р. [Електронний ресурс]: — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=1&nreg=n00110-02>

3. Договорные отношения сельскохозяйственных производителей / [Иконницкая И. А., Беляева З. С., Краснов Н. И. и др.]; под ред. И. А. Иконницкой, З. С. Беляевой. — М.: Колос, 2003. — 256 с.

4. Про заходи щодо реформування аграрних відносин : Указ Президента України від 20.10.1995 р. № 63/95 // Урядовий кур'єр. — 1995. — 21 січ. — № 11.

5. Близнюк О. Договір контрактації сільськогосподарської продукції: історія та сучасність в застосуванні // Юридичний журнал. — 2006. — № 5. — С. 98-107.

6. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.



### **Посполітак Володимир Володимирович**

*завідувач кафедрою гуманітарного розвитку ПВНЗ «Міжнародний інститут менеджменту», кандидат юридичних наук, доцент*

## **ДОГОВІР РЕНТИ ЯК ПРИВАТНО-ПРАВОВИЙ ІНСТРУМЕНТ ПЕРЕРОЗПОДІЛУ ФІНАНСОВИХ АКТИВІВ**

Дослідники розвитку рентних зобов'язань стверджують, що цей правовий інститут походить ще з римських часів, хоча на відміну від інших інститутів римського права, і не був достатньо чітко сформований. Зокрема, М. П. Апанасюк зазначав у своєму дослідженні: «... в Стародавньому Римі під рентними правовідносинами розумілися поорендні земельні правовідносини під назвою *ius in argo vectigali* або *ius emphiteuticum*. Відмінність названих орендних правовідносин від усталених рентних полягає у тому, що при емфітевзисі *canone* сплачує володілець власнику, а при рентному договорі ренту платить власник землі іншій особі» [2, С. 5]. У середньовічний період рентні правовідносини почали активно розвиватися і саме тоді з'явилися перші класифікації рентних договорів на договори довічної ренти і договори постійної ренти (безперервної або безстрокової) [12, С. 11].

В Україні договір ренти отримав законодавче регулювання з набранням чинності 1 січня 2004 року Цивільним кодексом України (далі — ЦК) (ст. ст. 731-743) [12].

Норми щодо договору ренти можна знайти й у законодавстві інших країн, а також в уніфікованих міжнародних документах. Так, зокрема, норми про договір ренти містяться в Модельному ЦК для країн СНД (ст. ст. 550-572, гл. 33), ЦК РФ (ст. ст. 583-605, гл. 33), ЦК Республіки Білорусь (ст. ст. 554-576, гл. 33), ЦК Республіки Казахстан (ст. ст. 517-539, гл. 28), ЦК Республіки Узбекистан (ст. ст. 512-529, гл. 32), ЦК Киргизької Республіки (ст. ст. 519-541, гл. 26), ЦК Республіки Вірменія (ст. ст. 571-588, гл. 32), ЦК Республіки Молдова (ст. 847-858). При цьому, в більшості цивільних кодексів колишніх республік СРСР, на відміну від законодавства України, договір довічного утримання прописаний як різновид договору ренти. У той же час, у ЦК Республіки Таджикистан, ЦК Туркменістану Сапармурата Туркменбаши, ЦК Грузії містяться норми договору довічного утримання, а договір ренти не виписаний як окремий вид (самостійний) чи тип

(підвид) договору.

Що ж стосується законодавства Західної Європи, то в уніфікованих актах договір ренти окремо не виділяється. Зокрема немає спеціальних норм про даний договір в Директивах ЄС. Також норми про договір ренти відсутні в проекті Європейського цивільного кодексу. Аналогічною є ситуація і щодо конкретних держав Європи. Як правило, в законодавстві не прописується окремо договір ренти.

Законодавче закріплення рентного договору як самостійного правового інституту є новелою в цивільному законодавстві, що вимагає дискусію, пов'язану з тим, до якої групи договорів його слід віднести.

**Щодо наукових розробок договору ренти**, то правове регулювання правовідносин договором ренти здійснили Н. С. Кузнецова, Р. А. Майданик, І. С. Тімуш, В. М. Балюк, Е. А. Яригіна, Н. В. Золотько. Особливу увагу слід звернути на дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук Апанасюка Миколи Петровича — «Договір ренти» [2].

Дослідження договору ренти проведено також у Російській Федерації Ворониним А. А. «Понятие и содержание рентных правоотношений по гражданскому кодексу Российской Федерации: Теоретические проблемы».

**Правова характеристика договору ренти**. Договір ренти — це цивільно-правовий договір, згідно з яким одна сторона (одержувач ренти) передає іншій стороні (платнику ренти) у власність майно, а платник ренти зобов'язаний в обмін на отримане майно періодично виплачувати одержувачеві ренту у вигляді певної грошової суми чи надання засобів на його утримання в іншій формі.

За своєю юридичною природою договір ренти є двостороннім, оскільки платник ренти та одержувач ренти мають взаємні права та обов'язки. Виходячи з формально-логічного тлумачення договору ренти, цей договір є реальним. Договір ренти, за яким передається нерухома річ або майнові права, вважається укладеним з моменту нотаріального посвідчення, а тому його слід віднести до консенсуальних.

Договір ренти є довготривалим, його специфіка передбачає тривалість договірних відносин, які можуть нараховувати не одне десятиліття. Він пов'язаний із ризиком тому, що розмір рентних платежів може бути більше або менше вартості відчуженого під ренту майна.

**Предмет договору ренти**. Предметом договору ренти виступає майно, яке відчужується під виплату ренти, а з другого боку — сама рента, яка виплачується її одержувачеві. В правничій літературі є декілька думок з цього приводу. М. П. Апанасюк зазначає, що «предметом договору ренти може бути будь-яке індивідуально визначене майно, не вилучене з цивільного обігу, якому властиві як родові, так і індивідуально визначені ознаки, використання якого у підприємницькій діяльності або для задоволення власних потреб платника ренти сприяє утворенню майнового доходу [10, С. 286]. Дещо ширше тлумачать поняття предмету договору ренти Н. С. Кузнецова та Р. А. Майданик: «предмет договору ренти складається з двох взаємозумовлених видів дій щодо передання майна, яке відчужується під виплату ренти, та самої ренти, яка виплачується її одержувачеві [3, С. 172]. На думку Р. О. Стефанчука, «предметом договору ренти є майно (не лише речі та їх сукупність, а й майнові права та обов'язки, зокрема інформація, результати інтелектуальної діяльності та виключні права на них, виконання робіт та надання послуг), яке передається під виплату ренти, а також сама рента (як у грошовій формі, так і шляхом надання речей, виконання робіт або надання послуг)» [11, С. 243]. В літературі також обговорюють питання щодо передачі під

виплату ренти грошей. Р. А. Майданик вказує, що «теоретично рента грошей не суперечить сутності ренти, оскільки у цьому випадку гроші виконують функцію рентного капіталу. Рента грошей відрізнятиметься від позики алеаторним характером зобов'язання» [1, С. 324].

На нашу думку, оскільки у відповідних статтях про договір ренти закон не встановлює жодних обмежень щодо того, що розуміти під майном для цього виду договору, то виходячи з визначення майна (ст. 190 ЦК) та суті правовідносин ренти предметом договору ренти в частині майна, що передається платнику рентних платежів можуть бути речі (в тому числі гроші та цінні папери), сукупність речей, а також майнові права. Обов'язки, хоча й охоплюються поняттям майно, однак не можуть бути передані під виплату ренти, оскільки це суперечить суті договорів про відчуження майна у власність (зокрема, договору ренти).

Щодо можливості використання грошових коштів в іноземній валюті як об'єкта договору ренти, слід зазначити позицію Національного банку України, яку викладено у листі від 20.02.04 року № 18-313/651-1516. НБУ вважає, що іноземна валюта не може бути предметом договору ренти [6].

Переважною формою рентних платежів виступають грошові суми, але в договорі можливо передбачити виплату ренти шляхом надання речей, виконання робіт та надання послуг, які відповідають по вартості грошовому еквіваленту ренти, крім цього можливе встановлення змішаної форми ренти.

Таким чином, предметом ренти може бути грошова сума (ч. 2 ст. 737 ЦК) у гривнях, певна кількість емісійних цінних паперів або неемісійні цінні папери. Рентні платежі можуть складатися з аналогічних об'єктів цивільних прав.

**Класифікація договору ренти.** Ч. 2 ст. 731 ЦК містить основний поділ договору ренти на види критерієм якого є строковість чи безстроковість виплати рентних платежів. Залежно від строку, на який передбачається виплата ренти, договори поділяються на ренту, укладену на певний строк, та безстрокову ренту. Відмінність безстрокової ренти від договору ренти, укладеного на певний строк, полягає в тому, що в договорі сторонами не обумовлюється строк закінчення виплат. Усі статті гл. 56 надалі поділені в залежності від цього поділу: у ст. ст. 731–738, 741 регулюються спільні правовідносини для строкової та безстрокової ренти; у ст. ст. 739, 740, 742 регулюються відносини щодо безстрокової ренти, а у ст. 743 регулюються відносини щодо строкової ренти.

Таким чином, можна досягнути ситуації, при якій сумарна вартість рентних грошових платежів покриє суму грошових коштів, передану під виплату ренти платнику ренти одержувачем ренти.

**Сторони договору ренти.** Відповідно до ст. 733 ЦК, яку слід застосовувати у сукупності з іншими статтями цієї глави, сторонами договору ренти виступають:

1) власник майна, який передає це майно іншій особі в обмін на отримання періодичних виплат рентних платежів у грошовій чи натуральній формі, — одержувач ренти з однієї сторони;

2) особа, яка набуває права власності на майно, яке передається одержувачем ренти в обмін на зобов'язання сплачувати одержувачеві ренту у формі певної грошової суми або іншого надання, — платник ренти з іншої сторони.

Платником та одержувачем можуть бути як юридичні, так і фізичні особи. Вказані особи повинні бути наділені цивільною правосуб'єктністю.

У літературі часто зустрічається згадка про соціальний характер рентного договору який полягає у тому, що одержувачем ренти повинен бути суб'єкт, який не займається підприємницькою діяльністю. Такої позиції притримується ряд

вчених у юридичній літературі та окремих науково-практичних коментарях [9, С. 628]. Проаналізувавши норми глави 56 ЦК, а також загальних положень про зобов'язання та договори, виходячи з основ формальної логіки, ми не бачимо обмеження суб'єктного складу одержувача ренти за ЦК. М. П. Апанасюк зазначає, що одержувачами ренти можуть бути як комерційні, так і не комерційні юридичні особи. Те, що ренту вважають доходом, який не пов'язаний з підприємницькою діяльністю, не заважає їй одержувати суб'єктам підприємницької діяльності, наприклад, комерційним банкам [2, С. 7].

Крім того, у ст. 732 ЦК не визначено, якою із сторін конкретно можуть бути фізичні та юридичні особи за договором ренти. Тому можна стверджувати, що юридичні і фізичні особи можуть бути як платниками ренти, так і її одержувачами.

Як зазначалося, сторонами у договорі ренти можуть бути фізичні або юридичні особи. Згідно зі ст. 2 ЦК учасниками цивільних відносин, крім фізичних та юридичних осіб, є держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права, які не зазначені у коментованій статті в якості можливої сторони договору ренти. Керуючись формальною логікою, вказані учасники цивільних правовідносин можуть виступати стороною договору ренти лише через створені ними юридичні особи.

Однак, виходячи зі змісту ст. ст. 13 та 14 Конституції України [5], видається за можливе набуття статусу сторони за договором ренти також органами державної влади та органами місцевого самоврядування. Така позиція підтверджується змістом статей Земельного кодексу України, зокрема, п. «г») ч. 4 ст. 83 та ч. 1 ст. 131 [4].

Щодо можливості територіальних громад та держави виступати стороною договору ренти (набувачем майна під виплату договору ренти) також зазначає Президія Вищого господарського суду України своїми рекомендаціями від 02 лютого 2010 року № 04-06/15 «Про практику застосування господарськими судами земельного законодавства» [7].

Отже, законодавець не обмежує суб'єктний склад учасників рентного договору.

**Висновок:** Аналіз договору ренти у сфері перерозподілу фінансових активів показав, що:

1) предметом ренти може бути грошова сума у гривнях, певна кількість емісійних цінних паперів або неемісійні цінні папери. Рентні платежі можуть складатися з аналогічних об'єктів цивільних прав;

2) сумарна вартість рентних грошових платежів чи емісійних цінних паперів може покрити (і перевищити) суму грошових коштів чи кількість цінних паперів, передану під виплату ренти платнику ренти одержувачем ренти, що фактично призводить до кредитування фінансовими активами;

3) законодавець не обмежує суб'єктний склад учасників рентного договору, що дозволяє укладати договір ренти суб'єктами господарювання.

Викладене дозволяє говорити про можливість використання договору ренти як інструменту (правового інституту) перерозподілу фінансових активів.

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Аномалії в цивільному праві України: навч.-практ. посібник / [відп. ред. Р. А. Майданик]. — К.: Юстініан, 2007. — 912 с.
2. Апанасюк М. П. Договір ренти: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. — Харків. 2004. — 15 с.

3. Договірне право України. Особлива частина: навч. посібник / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; [за ред. О. В. Дзери]. — К., Юрінком Інтер, 2009. — 1200 с.
4. Земельний кодекс України від 25.10.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 3-4. — Ст. 27.
5. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
6. Лист Національного банку України від 20.02.2004 р. № 18-313/651-1516 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v1516500->.
7. Про практику застосування господарськими судами земельного законодавства: Рекомендація Президії Вищого господарського суду України від 02.02.2010 р. № 04-06/15 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://document.org.ua/pro-praktiku-zastosuvannja-gospodarskimi-sudami-zemelno-go-za-doc12567.html>.
8. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40. — Ст. 44.
9. Цивільний кодекс України: Коментар / [За заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенка]. — Одеса: Юридична література, 2004. — 1110 с.
10. Цивільне право України: курс лекцій: у 6-ти т. / Р. Б. Шишка [керівник авт. колективу], Є. О. Мічурін, та ін.; [за заг. ред. Р. Б. Шишки]. — Харків: Еспада, 2006. — Т. 5. Кн. 2. Договірне право: ч. 1. Загальні положення та договори на передачу майна у власність. — 307 с.
11. Цивільне право України: навч. посібник / Ю. В. Білоусов, С. В. Лозінська, С. Д. Русу та ін. [за ред. Р. О. Стефанчука]. — К.: Прецедент, 2005. — 448 с.
12. Яригина Е. А. Основные концептуальные проблемы правового регулирования рентных отношений: Дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. — М., 2003. — 191 с.



### **Процьків Наталія Миколаївна**

*доцент кафедри цивільного права Чернівецького національного університету  
Імені Юрія Федьковича, кандидат юридичних наук, доцент*

## **РОЗІРВАННЯ ДОГОВОРУ УПРАВЛІННЯ МАЙНОМ**

Договори є істотною складовою частиною сучасної цивілізації і культури як сфери індивідуального самовираження особи і творчості. Вони проникають у всі сфери відносин у людському суспільстві. Оскільки суспільство — це союз вільних особистостей, які мають право на індивідуальність, відносини яких повинні будуватися на взаємній повазі і врахуванні взаємних інтересів, то саме договір є найбільш дієвим механізмом для врегулювання відносин між людьми. Законодавство приділяє основну увагу виконанню договору. Що ж стосується розірвання договорів, то законодавець, виходячи з умов ринкової економіки, пішов шляхом не забороняти, а регламентувати. І не обов'язково, щоб до розірвання договору привели недобросовісні дії однієї з сторін, можливо і зміни в економіці країни, політичній ситуації, які неможливо було врахувати при укладенні

договору. Такі критичні ситуації виникли в багатьох країнах світу, що і лягло в основу концепцій, які виправдовували вихід з договірних відносин однієї з сторін.

В принципі, розірвання договірних відносин є необмеженим, але якщо ж виникає така необхідність, то вона повинна бути обмежена рамками закону і даний процес можна буде контролювати. Розірвання договору спонукає учасників договірних відносин на чітке виконання укладених договорів, зокрема договору управління майном.

Питання розірвання договорів досліджувалися в працях І. Новицького, І. Покровського, В. Вітрянського, Л. Міхеевої, І. Венедіктової, Р. Майданника.

В результаті економічного розвитку розширюється сфера використання договору управління майном в цивільно-правовому обігу, змінюється його функція. А тому важливим є аналіз підстав та порядку розірвання договору управління майном.

Договір управління майна відносно новий в нашому законодавстві. Він відноситься до договорів про надання послуг і передбачає надання послуг по здійсненню права власника у відношенні певного майна з метою отримання майнової вигоди.

Даний договір може бути розірваний одним з трьох способів: за згодою сторін; на вимогу однієї з сторін; шляхом односторонньої відмови від виконання договору, коли така відмова допускається законом або договором.

Основним способом розірвання договору є його розірвання за згодою сторін. Майже необмежена можливість розірвати договір своєю угодою базується на принципі свободи договору, а тому такі цивільно-правові відносини, як правило, базуються на диспозитивних началах. Але при бажанні лише однієї сторони вийти з договірної правовідносини опиратися на принцип свободи договору вже не можна. Подібне розірвання зачіпає майнові інтереси контрагента. Свобода одного починається там, де закінчується свобода іншого. Теоретично, праву однієї сторони розірвати договір протистоїть право іншої сторони на збереження існуючих між ними відносин. До того ж завжди питання про розірвання договору виникає у зв'язку з недобросовісною поведінкою однієї із сторін. Прикладом є розірвання договору у зв'язку з істотними порушеннями умов договору.

Необхідність детального правового регулювання розірвання договору за ініціативою лише однієї сторони пояснюється і тим, що може виникнути конфліктна ситуація при зіткненні інтересів.

Законодавство передбачає можливість розірвати договір управління майном на вимогу однієї з сторін в таких випадках:

- 1) у випадку істотного порушення умов договору;
- 2) у випадках передбачених законодавством або договором.

До істотних умов відноситься, зокрема, здійснення управителем управління майном в інтересах установника. При цьому, «такі дії не суперечать закону і мають за мету збереження і збільшення вартості майна, переданого в управління; вони повинні здійснюватись так, щоб не допускати ризику можливих втрат, і так, як вчинила б на місці управителя сама зацікавлена особа» [1, С. 12].

Інший обов'язок управителя полягає у виконанні договору особисто, порушення даного обов'язку також може призвести до розірвання договору. З даного правила існують винятки. Управитель може доручити іншій особі здійснити від свого імені певні дії необхідні для управління майном в таких випадках:

- якщо він уповноважений на це договором управління майном;



– якщо він отримав на це згоду установника управління в письмовій формі;

– якщо він зробив це в силу обставин для забезпечення інтересів установника управління і не було можливості отримати вказівки останнього в розумний термін.

Третій спосіб розірвання договору — це відмова від договору. Вона допускається при дотриманні відповідних правил.

По-перше, відмова від виконання договору управління майном як зі сторони установника управління, так і зі сторони управителя допускається у зв'язку з неможливістю здійснити управління майном.

Якщо одна сторона вимагає розірвати договір за даною підставою, а інша — не погоджується і вважає, що відмова від договору є незаконною, то такий спір передається на вирішення суду.

При вирішенні спорів, що виникли між суб'єктами правовідносин з приводу відмови від договору суд повинен з'ясувати такі питання:

– наявність і зміст закону, який регулює відповідні правовідносини про можливість односторонньої відмови від договору;

– ознайомлення контрагента при укладенні договору з положенням такого закону або договору;

– своєчасне попередження контрагента про виникнення обставин, що надають право розірвати договір.

По-друге, сторони мають право відмовитися від договору і за іншими підставами, крім неможливості виконання зобов'язання. Як правильно вказує Є.А. Суханов, [2, С.312] «це пов'язане перш за все із збереженням за довірцем права розпорядження належним йому майном, яке він вправі здійснювати самостійно».

По-третє, сторона, яка реалізує своє право на відмову від договору довірчого управління майном, зобов'язана попередити іншу сторону за три місяці до припинення договору, якщо самим договором не передбачений інший строк для попередження (ст. 1105 ЦК) [3]. Дане правило має своїм наслідком те, що при розірванні договору внаслідок відмови від нього однієї із сторін договір буде вважатись розірваним не з того дня, коли його контрагент отримав письмове повідомлення про відмову від договору, а по спливу трьох місяців з цього моменту.

У разі дострокового розірвання договору установник управління зобов'язаний сплатити управителю всі фактичні втрати по управлінню майном та винагороду за надані послуги.

І.Венедиктова пропонувала нормативно передбачити відповідальність установника управління у разі порушення кредиторського зобов'язання: відмови від прийняття виконаного боржником зобов'язання; несплати гонорару боржникові; нездійснення дій, передбачених законом, іншими правовими актами, договором або звичаями ділового обороту, в результаті чого боржник не зміг виконати своїх зобов'язань. У такому разі управитель вправі вимагати відшкодування збитків або не сплачувати відсотків від доходу, якщо невиконання зобов'язання є "його суттєвим порушенням" і підставою розірвання або зміни договору [4, С. 17].

Якщо договір був розірваний у зв'язку з неналежним виконанням зобов'язань управителем, то останній зобов'язаний установнику управління відшкодувати збитки за загальними правилами, тобто прямі дійсні збитки і неотриманні доходи, якщо інше не передбачено договором. Управитель може бути

звільнений від відшкодування збитків, якщо вони виникли внаслідок дії непереборної сили або умислу установника управління.

Також у випадку розірвання договору управитель зобов'язаний повернути установнику управління всі кошти та майно, які йому були передані. У випадку не виконання даного обов'язку винна особа сплачує неустойку.

Якщо управитель відмовився від виконання договору за таких умов, коли установник управління не має можливості замінити його або інакше забезпечити свої інтереси, то він також зобов'язаний відшкодувати завдані зупиненням договору збитки.

Договір управління майном може бути розірваний шляхом новації або передачі вигодонабувачу відступного.

Враховуючи вищесказане, можна зробити висновок, що розірвання договору управління майном пов'язано з фактом часткового або повного невиконання договору.

Таким чином, розірвання договору управління майном — це дія, направлена на припинення частково або повністю невиконаного договору і тим самим зобов'язань, які випливають з нього. При цьому такі зобов'язання припиняються на майбутнє.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Михеева Я. Ю. Доверительное управление имуществом. — М.: Юристъ, 1999. — 176 с.
2. Суханов Е.А. Гражданское право России. Учебник: в 4-х томах; т.4. / Е.А.Суханов. — М.: Волтерс Клувер, 2008. — 800 с.
3. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради. — 2003. — №40-44. — Ст.356.
4. Венедиктова І.В. Договір довірчого управління майном як форма реалізації правового інституту довірчого управління майном в Україні. Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня к. ю. н. — Х., 2003. — 19 с.



#### **Таш'ян Роман Іванович**

*асистент кафедри цивільного права № 1 Національного університету  
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», заступник декана  
Інституту підготовки кадрів для органів прокуратури України, кандидат  
юридичних наук*

#### **ВІДМЕЖУВАННЯ ДОГОВОРУ ТРАНСПОРТУВАННЯ ТРУБОПРОВОДАМИ ВІД ДОГОВОРУ ПОСТАЧАННЯ ЕНЕРГЕТИЧНИМИ ТА ІНШИМИ РЕСУРСАМИ ЧЕРЕЗ ПРИСДНАНУ МЕРЕЖУ**

Сьогодні перевезення речей може здійснюватися різними видами транспорту, одним з яких є трубопровідний. У такому випадку відносини сторін оформлюються договором транспортування трубопроводами, за яким транспортувальник зобов'язується транспортувати речі (газ або рідину), які передаються йому відправником, трубопроводами до пункту призначення та

передати їх уповноваженій особі, а відправник зобов'язується сплатити обумовлену плату.

Однією з характерних ознак даного договору, що відрізняють його від інших транспортних договорів, є використання спеціальної системи трубопроводів, тобто переміщення речей відбувається за допомогою замкненої системи, обов'язковим елементом якої є лінійна частина трубопроводів. У той же час, мережа труб може використовуватися і в інших відносинах. Наприклад, цивільному праву відомий договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, де передача речей також може відбуватися шляхом переміщення системами труб. Відповідно, виникає необхідність щодо визначення співвідношення цих видів договорів, дослідження їхніх спільних ознак та відрізняльних рис.

Актуальність проблеми збільшує те, що обидва договори є порівняно малодослідженими у науці.

Ці договори мають ряд спільних рис. За обома договорами переміщення речей здійснюється за допомогою *спеціальної системи*.

Так, до складу магістрального трубопроводу як складна технологічна система входить, зокрема, лінійна частини магістральних трубопроводів з відгалуженнями, лушінгами, запірною арматурою, переходами через природні та штучні перешкоди, вузлами підключення насосних і компресорних станцій, вузлами запуску і приймання очисних засобів, вузлами вимірювання кількості продукту, який транспортується, конденсатозбірниками, пристроями для введення метанолу.

Передача ресурсів споживачеві здійснюється шляхом подання енергії через приєднану мережу на установку цього споживача. Приєднану мережу визначають як ділянку спеціальних технічних пристроїв, що слугує для передання енергії, яка безпосередньо під'єднана до електроустановок або теплопроводів енергопостачаючої організації й перебуває на балансі в абонента [1, С. 25]. Приєднана мережа складається з теплопроводів, регулюючої апаратури, приладів обліку споживаної енергії, перетворюючих пристроїв тощо. Відтак, трубопровід та приєднана мережа є складними речами.

Особа, яка надає послуги з транспортування трубопроводами, повинна *підтримувати їх у належному стані*. Наприклад, Наказом Державного комітету України з промислової безпеки, охорони праці та гірничого нагляду № 11 від 27.01.2010 р. затверджені Правила безпечної експлуатації магістральних газопроводів, які регулюють відносини за участю суб'єктів господарювання, діяльність яких пов'язана з експлуатацією, ремонтом та реконструкцією об'єктів магістральних газопроводів або які здійснюють науково-дослідні, проектно-конструкторські, будівельно-монтажні, пусконаладжувальні та діагностичні роботи на цих об'єктах.

Для забезпечення нормального функціонування системи вимагається відповідність приймаючого обладнання технічним вимогам. Так, на абонента покладаються додаткові обов'язки у зв'язку з використанням такого товару як енергія: забезпечити дотримання режиму її споживання, безпеки експлуатації його енергетичних мереж і справності приладів і обладнання [2, С. 19].

Використання єдиної мережі для переміщення речей обумовлює *специфіку їх передачі*. Якщо в інших договорах з транспортування можна чітко виділити момент передання майна організації-перевізнику, то за договором транспортування газ або рідина передаються поступово, по мірі закачування до трубопроводу. Так само поступово та безперервно речі надходять до системи отримувача.

Схожим є процес передання речей до системи споживача за договором постачання енергетичними та іншими ресурсами. Так, на безперервний характер постачання електроенергією, теплом і газом по приєднаній мережі вказував А. М. Шафир [3, С. 8-9].

**Відносини сторін за обома договорами можуть підпадати під дію антимонопольного законодавства.** Указом Президента України «Питання Національної комісії регулювання електроенергетики України (НКРЕ)» № 335/98 від 21.04.1998 р. визначені повноваження НКРЕ, яка, зокрема: здійснює заходи щодо забезпечення рівних прав доступу до транспортних мереж суб'єктів ринків електроенергії, газу, нафти та нафтопродуктів усіх форм власності; формує в межах своєї компетенції державну політику щодо встановлення цін на електроенергію, газ, нафту та нафтопродукти, тарифів на їх транспортування, зберігання, постачання та розподіл, а також транспортування трубопроводами інших речовин.

Статтею 18 Закону України «Про теплопостачання» передбачена можливість здійснення діяльності з теплопостачання суб'єктами, які займають монополіне становище на ринку.

**Діяльність, що здійснюється на підставі вивчаємих договорів, підлягає ліцензуванню.** Так, відповідно до ст. 6 Закону України «Про засади функціонування ринку природного газу», діяльність, пов'язана з транспортуванням та розподілом трубопроводами, постачанням за регульованим та нерегульованим тарифами, зберіганням природного газу в обсязі, що перевищує рівень, установлений ліцензійними умовами провадиться за умови отримання відповідної ліцензії. Ліцензія на провадження такої діяльності видається Національною комісією регулювання електроенергетики України. Наказом Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва № 88 від 30.09.2005 р. затверджені Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з транспортування нафти магістральними трубопроводами.

Відповідно до ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», ліцензуванню підлягає виробництво теплової енергії, транспортування її магістральними і місцевими (розподільчими) тепловими мережами та постачання теплової енергії.

**Специфічні риси досліджуємих договорів зумовлюють встановлення законодавством особливих вимог щодо якості речей, що передаються мережею.** Наприклад, у разі транспортування трубопроводами нафти її якість підтверджується паспортом якості нафти, який підписується стороною, в лабораторії якої здійснювалося встановлення фізико-хімічних властивостей нафти. Особа, яка передає нафту для транспортування, відповідає за її належну якість.

Енергія, яка передається приєднаною мережею, також має певні характеристики. Теплова енергія характеризується тиском та температурою носія (пару або води). Газ також повинен відповідати певним стандартам — бути очищеним від різних домішок. Відповідність ресурсів встановленим вимогам повинен забезпечити постачальник.

**Вартість послуг транспортувальника та вартість ресурсів за договором постачання визначаються з урахуванням відповідних тарифів або визначення максимально допустимого рівня цін виходячи з засад обмеження чистого прибутку природних монополістів.**

Так, ціна на транспортування нафти магістральними нафтопроводами визначається на підставі Тарифів ВАТ «Укртранснафта», які затверджені Постановою Національної комісії регулювання електроенергетики України від 29.12.2001 р. № 1307.

Відповідно до ч. 6 ст. 272 ГК України, розрахунки за договорами енергопостачання здійснюються на підставі цін (тарифів), встановлених відповідно до вимог закону. Наприклад, постановою Національної комісії з питань регулювання електроенергетики України № 15/1 від 13.06.1996 р. затверджені Умови та Правила здійснення підприємницької діяльності з постачання електричної енергії за регульованим тарифом.

У той же час, **договір транспортування трубопроводами та договір постачання через приєднану мережу мають ряд відрізняльних рис**. Перш за все, це стосується правової природи цих договорів. Договір транспортування трубопроводами є договором про надання послуг, а договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу — договором про передання майна у власність.

Слід зазначити, що не всі вчені поділяли думку, що договір постачання через приєднану мережу є різновидом купівлі-продажу.

У 60-ті роки О. Н. Садіков заперечував проти виділення самостійного договору на постачання електричною, тепловою енергією і газом через приєднану мережу. Вчений вказував, що умови договору поставки і постачання газом є схожими і що кваліфікація договору на постачання газом промислових підприємств як договору особливого виду, а не як різновиду договору поставки створює для практики певні труднощі [4, С. 158-159].

На думку Г. С. Васильєва, договір водопостачання належить до договорів про виконання робіт. Вчений обґрунтовує свої погляди тим, що водопостачальник повинен не стільки передати певну кількість води, скільки забезпечити її постійну наявність і можливість її практичного використання (тиск у трубі, температуру, рівень очистки). Таке ж саме бачення науковець має щодо договору теплопостачання за допомогою пару [5, С. 182]. З таким розумінням не можна беззастережно погодитися. Адже основним обов'язком за договором енергопостачання є передання об'єкту набувачеві. Безумовно, об'єкт (енергія) має ряд специфічних рис — неможливість збереження протягом тривалого часу у великій кількості, неможливість застосування на відносини з використанням енергії ряду положень про об'єкти цивільних прав, перш право власності.

Отже на сьогоднішній день договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу слід віднести до договорів про передання майна у власність, що і знайшло своє закріплення у ЦК України, в якому положення про цей договір знаходяться у параграфі 5 Глави 54, присвяченій купівлі-продажу.

Досліджуемі договори відрізняються **за колом речей, що переміщуються в процесі їх виконання**. За договором постачання передаються енергетичні та інші ресурси, до яких належать газ, нафтопродукти, вода. У цивільному праві відсутнє поняття ресурсів, і не визначено їх місце у системі об'єктів цивільних прав.

Серед ресурсів відособлено знаходиться енергія. Вона є особливим об'єктом цивільних прав. У науковій доктрині нема єдності щодо визначення її правової природи. Єдине, в чому сходяться науковці — що енергія має ряд властивостей, які виділяють її з-поміж інших об'єктів цивільних прав, зокрема, речей.

М. М. Агарков вказував, що електрична енергія не є ні правом, ні річчю. Електрична станція зобов'язується виконати роботу, необхідну для доставки споживачу енергії, а не передати останньому певне майно [6, С. 43]. Проте якщо використовувати термін «доставка», як це зробив науковець, то ітися може тільки про доставку певної речі, а не виконання роботи. Тому не можна вважати висновок М. М. Агаркова остаточним.

Л. Ш. Мінкіна зазначає, що об'єкт договору енергопостачання — електроенергія є властивістю матерії, а не самою річчю [7, С. 87]. Б. М. Сейнаровєв називає такі властивості електроенергії: неможливість зорозво виявити її як річ, накопичити на складі у значному обсязі для промислового споживання, обмеженість застосування принципу володіння, розпорядження енергією як річчю, практичне співпадіння моменту виробництва і споживання електроенергії [8].

Специфічні риси енергії виділяє А. Д. Жане. До них вчений відносить: 1) неможливість виявити як річ за допомогою зору; 2) неможливість накопичуватися і зберігатися у значній кількості; 3) процес виробництва енергії, як правило, безперервний і нерозривно пов'язаний з її транспортуванням і споживанням; 4) енергія при переданні споживається і не може бути повернена. На думку дослідника, енергію слід відносити до категорії речей (так званому безтілесному майну), які мають ряд специфічних властивостей, що не дозволяє використовувати її в цивільному обороті в повній мірі [9, С. 26].

Навряд чи можна говорити про можливість існування права власності або іншого речового права на енергію. Енергія не може бути предметом більшості цивільно-правових договорів — наприклад, найму, зберігання, ренти. Договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу не містить вказівки, що ці ресурси передаються у власність споживача (абонента). Таким чином, енергія не є річчю, хоча і належить до об'єктів цивільних прав. Фізичні особливості енергії зумовлюють специфіку її транспортування — трубопроводами передається не виключно енергія, а теплоносій — газ або рідина.

Таким чином, договір транспортування трубопроводами та договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу мають спільні риси, але у той же час відрізняються за рядом ознак. Це дозволяє говорити про різну правову природу цих договорів.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Филиппова М. К. Договор снабжения электрической и тепловой энергией: вопросы правового регулирования // Журнал российского права. — 1998. — № 10-11. — С. 22-26.
2. Фаустов С. А. Правовое регулирование электро и теплоснабжения в системе энергоснабжения Российской Федерации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004. — 28 с.
3. Шафир А. М. Энергоснабжение предприятий: Правовые вопросы. — М., 1990. — 49 с.
4. Садиков О. Н. Правовые вопросы газоснабжения. — М., 1961.— 235 с.
5. Васильев Г. С. Переход права собственности на движимые вещи по договору. Дис. ... канд. юрид. наук. — СПб., 2006.— 236 с.
6. Агарков М. М. Подряд. Текст и комментарий к ст. 220-235 Гражданского кодекса. — М.: Юридическая литература, 1924. — 80 с.
7. Минкина Л. Ш. Поставка нефти и нефтепродуктов: проблемы и перспективы правового регулирования // Российский юридический журнал. — 2007. — № 5. — С. 85-89.

8. Сейнаров Б. М. Договор энергоснабжения [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.lawmix.ru/comm/6906/>

9. Жанэ А. Д. Электроэнергия как особого вида вещь // Журнал российского права. — 2004.— № 5.— С. 25-29.



### **Тупицька Євгенія Олександрівна**

*асистент кафедри цивільного права № 2 Національного університету  
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», кандидат юридичних  
наук*

## **СИСТЕМА ПОЗИКОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ**

Цивільний Кодекс України 2003 року закріпив певну систему договірних зобов'язань, одна із структурних частин якої знайшла своє відображення в ГЛ. 71 ЦК, що має назву «Позика. Кредит. Банківський вклад». Сказане свідчить про те, що в існуючій законодавчо визначеній моделі системи договірних правовідносин особливе самостійне місце займають позикові зобов'язання.

Системне дослідження договірних зобов'язань має істотне значення насамперед для правильного визначення правових норм, що підлягають застосуванню в регулюванні тих чи інших правовідносин.

Позикові відносини складають окремий вид договірних зобов'язань. Ознакою, яка вказує на їх специфіку, є подвійний перехід права власності: по-перше, коли відбувається передача позикодавцем предмета договору у власність позичальника; по-друге, повторна зміна власника під час виконання зобов'язання. Виходячи з цього, позикове зобов'язання можна визначити як правовідношення, за яким одна сторона надає чи зобов'язується надати іншій стороні гроші, інший майновий еквівалент або визначену кількість змінних речей, а інша сторона зобов'язується повернути у встановлений строк надані блага та сплатити обумовлені та визначені сторонами проценти.

На сьогодні в науковій правовій літературі ведеться дискусія стосовно місця позикових зобов'язань у системі цивільних правовідносин. М. І. Брагінський класифікує зобов'язання за спрямованістю їхнього результату [3]. Відповідно, правник виділяє чотири групи зобов'язань: ті які спрямовані на передачу майна, виконання робіт, надання послуг тощо. У межах цієї класифікації автор відносить позикові зобов'язання до групи зобов'язань із передачі майна. Продовжуючи запропоновану М. І. Брагінським класифікацію, В. В. Вітрянський поділяє групу зобов'язань із передачі майна на три підгрупи [4]. Одну з них складають зобов'язання, спрямовані на передачу майна з метою його тимчасового використання, у якій автор поєднує позикове зобов'язання, зобов'язаннями майнового найму (оренди) та позички. На думку правника, зазначені правові інститути мають однакову мету — тимчасове використання майна з обов'язком повернути те ж саме майно. Єдиною відмінною ознакою між ними виступає предмет зобов'язання: якщо у випадку позички ним є речі, визначені родовими ознаками, то у випадку найму чи позички — індивідуально-визначені речі. Очевидно, що в наведеній класифікації автор не бачить особливої специфіки позикового зобов'язання, оскільки наголошує на тотожності мети і спрямованості

зобов'язань із позики та майнового найму. Хибність цієї позиції підтверджується такими аргументами: у правовідносинах найму (оренди) та позички наймодавець передає майно контрагенту за плату (чи безоплатно) в тимчасове володіння та (або) користування; наймач не має права розпорядження переданим майном і після спливу встановленого строку зобов'язується повернути саме це майно із урахуванням його природного зносу. У позиковому зобов'язанні позикодавець передає гроші або речі, визначені родовими ознаками, позичальнику саме у власність із тією метою, щоб останній міг розпоряджатися ними в повному обсязі та по закінченні встановленого строку повернув позикодавцю не ті ж самі рачі, а рівну кількість наданих йому грошей або речей того ж роду і якості, а також встановлені договором проценти.

До того ж, позикове зобов'язання та зобов'язання майнового найму відрізняються за об'єктом даних правовідносин, тому не можуть бути об'єднані в одну групу зобов'язань. Так, ще І. Б. Новицький та Л. А. Лунц класифікували зобов'язання за властивостями предмету [9]. Відповідно, усі зобов'язання вони поділяли на родові та індивідуальні (конкретні). При цьому родовим вважалось зобов'язання, зміст якого (тобто те, що повинно було бути виконано боржником) визначався родовими ознаками, а індивідуальним (конкретним) зобов'язанням — таке, змістом якого був певний конкретний предмет, визначений особливими індивідуальними ознаками. Така класифікація має як теоретичне, так і практичне значення, оскільки саме від визначення предмета зобов'язання родовими або індивідуальними ознаками залежить спосіб його виконання. Так, втрата грошей або предмета, визначеного родовими ознаками не є підставою для звільнення боржника від відповідальності виконати зобов'язання в натурі. Це характерно і для позикового зобов'язання. І навпаки, втрата або пошкодження індивідуально-визначеного майна звільняє боржника від виконання зобов'язання, в такому випадку він зобов'язується відшкодувати кредиторів збитки.

Також необхідно зазначити, що у випадку існування певних прогалів у законодавстві передбачається використання принципу аналогії закону, який полягає в застосуванні до не врегульованих законом або договором відносин норм цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини. Отже, у випадку, коли окрема умова договору не врегульована самою домовленістю сторін або законом, до таких правовідносин застосовуються загальні положення про зобов'язання та договори певного виду. Із формально-юридичної точки зору правове регулювання інститутів найму (оренди) та позики знаходиться в різних главах ЦК України. Таким чином, не буває ситуації в якій для регулювання позикових правовідносин застосовувались би правові норми майнового найму.

Російський правник Д. О. Медведев пропонує виділяти розрахункові та кредитні правовідносини в окрему групу зобов'язань, особливими ознаками якої є участь спеціального суб'єкта — фінансової установи (банку чи іншої особи) та грошовий характер зобов'язання [7, С. 56]. Саме до цієї групи автор відносить і позикове зобов'язання. Але крім зазначених ознак важко знайти інші спільні риси між кредитними та розрахунковими відносинами. До того ж, участь суб'єкта фінансової діяльності та грошовий характер не завжди мають місце в позикових зобов'язаннях (наприклад, у договорі позики речей). Отже, враховуючи не універсальність своєї класифікації, автор у своїх подальших дослідженнях сам пропонує відокремлювати в цій групі кредитні та розрахункові відносини.

Є. А. Суханов зазначає, що кредитні зобов'язання займають самостійне місце в системі договірних зобов'язань [6, С. 207]. Правник пропонує поєднати їх в



єдиною групою із правовідносинами, що виникають на підставі договорів страхування, банківського рахунку, банківського вкладу, розрахункових відносин, як групою зобов'язань із надання фінансових послуг. Надання позичальнику визначеної кількості коштів або замінних речей звичайно містить у собі елемент послуги з боку позикодавця, яка в кредитному договорі набуває фінансового характеру, але це не є домінуючим у позикових зобов'язаннях. Тож вбачається, що їх досить складно поєднати в одній групі із зобов'язаннями, що виникають із договорів банківського рахунку, банківського вкладу, страхування, в яких надання фінансових послуг є основною ознакою таких правовідносин.

Правова природа та місце договору позики в цивільному праві обумовлені тим, що він виконує функцію типового кредитного зобов'язання для всіх форм кредитування, якщо це не суперечить суті цих зобов'язань [8, С. 49-51]. Кредитне зобов'язання — це правовідношення, в якому один учасник товарного обороту передає іншому визначене майно за умови повернення його еквіваленту і, як правило, сплати винагороди. Але термін «кредитні правовідносини» є економічним поняттям, що юридично може оформлюватись у вигляді договору позики, кредиту, факторингу та ін. Усі ці договори є підставою виникнення позикового зобов'язання. Тому цивільно-правові норми, що регулюють договір позики, поширюються на «вторинні» позикові відносини за умови, якщо інше не передбачено законодавством, яке регулює окрему форму кредитування. Зазначені відносини будуються як цивільні правовідносини за договором позики або за іншими правовими формами кредитних відносин, що виступають підставами для виникнення позикових зобов'язань. Як правило, відносини позики оформлюються договором позики.

Таким чином, із вищезазначеного випливає, що завдяки своїм специфічним ознакам позикові зобов'язання становлять собою окрему особливу підсистему в системі договірних зобов'язань. Їх не можна поєднувати з зобов'язаннями з надання фінансових чи юридичних послуг, розрахунковими відносинами, із зобов'язаннями з передачі майна у власність або тимчасове користування. Дану підсистему утворюють правовідносини позики, кредиту (що прямо визначені в Гл. 71 ЦК України), а також всі інші зобов'язання так званого позикового типу.

Аналіз усіх можливих підстав виникнення зобов'язання позикового характеру дозволяє розділити їх на дві основні групи. Першу утворюють традиційні договори позикового типу — власне договір позики та його різновиди (державна позика, кредит та ін.). До другої групи належать інші цивільно-правові договори, які можуть породжувати позикові зобов'язання. Ними можуть бути договори купівлі-продажу, найму (оренди), перевезення та ін., що включають умови про повну попередню оплату, аванс, відстрочку або розстрочку оплати переданого майна, виконаних робіт чи наданих послуг. Відповідні зобов'язання, що виникають на підставі зазначених договорів, у правовій літературі називають комерційним кредитом (товарним кредитом) (ст. 1057 ЦК України) [4, С. 305]. За своєю правовою природою вони є позиковими, але існують у межах інших цивільно-правових договорів. До цієї ж групи належить і позикове зобов'язання, що виникає внаслідок укладання сторонами домовленості про новацію боргу, існуючого між ними (ст. 1053 ЦК України). Проте, на відміну від зобов'язання комерційного кредиту, який існує в межах інших договорів, зазначене позикове зобов'язання відокремлюється від оновлюваного зобов'язання, оскільки у зв'язку з укладанням домовленості про новацію останнє припиняє своє існування.

У цивільному праві економічним категоріям «кредит» та «кредитні відносини» найбільше відповідають поняття «позика» та «позикові зобов'язання».

Саме відносинами позики можна назвати правовідносини, за якими одна сторона передає іншій стороні гроші або речі, визначені родовими ознаками, з обов'язком останньої повернути ту ж саму кількість грошей або речей того ж роду та якості. Договір позики є родовим поняттям стосовно всіх інших правочинів «позикового типу». На відміну від інших глав ЦК України які містять норми про складні договори, що мають свої окремі види (купівля-продаж, оренда, підряд та ін.), гл. 71 «Позика. Кредит. Банківський вклад» не містить параграфу, присвяченого загальним положенням, які стосуються всіх видів договору позики та інших позикових зобов'язань, місце якого займають норми про цей договір. Окрім цього, в ч. 2 ст. 1054 ЦК України прямо зазначається, що до відносин за кредитним договором застосовуються положення договору позики, якщо інше не встановлено законом або не впливає із сутності кредитного договору. Таким чином, ЦК визнає позику універсальним кредитним правочиним.

У підсумку необхідно зазначити, що з наведених вище висновків і тверджень щодо автономності позикових зобов'язань впливають особливості їх правового регулювання. Таким чином, норми законодавства, що регулюють договір позики, є спеціальними відносно загальних положень про зобов'язання. Внаслідок цього вони безумовно підлягають пріоритетному застосуванню. Проте в частині, що не суперечить положенням ЦК України, до позикових відносин слід застосовувати і загальні положення про виконання зобов'язання.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву: монография. — М.: Юриздат НКЮ СССР, 1940. — 192 с.
2. Боднар Т. В. Новація як спосіб заміни договірної зобов'язання // Наук. вісн. Чернів. ун-ту. — 2004. — Вип. 212. Правознавство. — С. 56–60.
3. Брагинский М. И., Вирянский В. В. Договорное право. — Изд. 3-е, стер. — М.: Статут, 2008. — Кн. 1: Общие положения. — 847 с.
4. Витрянский В. В. Договор займа. Общие положения и отдельные виды договора / В. В. Витрянский. — М.: Статут, 2004. — 333 с.
5. Гордон М. В. Система договоров в советском гражданском праве // Ученые записки Харьковского юридического института. — Харьков, 1954. — Вып. 5. — С. 65–87.
6. Гражданское право: в 2 т.: учебник / [отв. ред. Е. А. Суханов]. — М.: БЕК, 2000. — Т. 2, полутом 2. — 544 с.
7. Гражданское право: в 3 т.: учебник / [под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого]. — М.: ПРОСПЕКТ, 2004. — Т. 2. — 632 с.
8. Кривенда О. Деякі аспекти поняття і правової природи позикових відносин // Підприємництво, госп-во і право. — 2001. — № 9. — С. 49–51.
9. Новицкий И. Б. Общее учение об обязательстве / И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. — М.: Юрид. лит., 1950. — 416 с.



**Ханик-Посполітак Роксолана Юрїївна**

*завідувач кафедри галузевих правових наук Національного університету «Києво-Могиланська Академія», кандидат юридичних наук, доцент*

## **ВІДПОВІДНІСТЬ НОРМ ДОГОВОРУ ПОЗИКИ В ЦИВІЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ НОРМАМ ДОГОВОРУ ПОЗИКИ ЗА COMMON FRAME OF REFERENCE**

**Вступ.** Будь-який аспект цивільного права є актуальним як з теоретичної, так і практичної точки зору. Тим більше якщо його розглядати через призму відповідності нормам європейського законодавства.

На теренах ЄС зараз також відбувається інтенсивне вивчення можливості уніфікації, а можливо навіть кодифікації норм приватного права. Дослідження відбувається як під егідою інституцій Європейського Союзу (далі — ЄС), так без їх прямої участі.

На даний час важливим документом є проект Common Frame of Reference (надалі — CFR). Цей документ представляє значний інтерес з точки зору узагальнення теоретичного та практичного досвіду усіх держав членів ЄС.

В силу розвитку бізнесу та міжнародної фінансової кризи важливе значення має наявність вільних обігових коштів. Одним із шляхів їх наявності є отримання позики. В Україні даний вид договору особливо популярний серед договорів, що укладається між фізичними особами.

Велике практичне значення договір позики має також в ЄС. В силу цього відбувається спроба узагальнити відповідні норми національного права про даний договір на загальноєвропейському рівні, зокрема у CFR.

**Договір позики: загальні аспекти.** Цивільний кодекс України (надалі — ЦК України) [3] є тим універсальним, загальним нормативно-правовим актом, де в кодифікованому вигляді зібрані самі важливі інститути приватного права і де містяться загальні норми про договори взагалі, окремі види договорів і договір позики зокрема.

Договір позики регулюється нормами параграфу 1 глави 71 ЦК України (статті 1046-1053). На відміну від інших договорів, норми про даний вид договору з 2003 року (з часу прийняття ЦК України) не зазнавали жодних змін, що можна вважати позитивним з точки зору їх практичного застосування. Варто вказати, що ґрунтовних наукових досліджень даного виду договору, поки в Україні не проводилося. Частково це питання досліджувалося в дисертації Кривенда Олег Вікторович на тему «Цивільно-правове регулювання позикових відносин в Україні». Однак в роботі проводився аналіз норм ЦК УРСР 1963 р. [2] Тому дослідження даного виду договору є актуальним, особливо з точки зору відповідності європейським нормам.

Договору позики (*loan contract*) присвячено лише шість статей розділу F книги четвертої CFR, а саме статті 1:101 — 1:106.[5]

Цікаво, що розробники CFR, не проводять різниці між договором позики та кредиту, як це зроблено в українському законодавстві, а ставлять між ними знак рівності. Хоча в українській правовій літературі позику розглядають як типову форму кредиту. [1, С. 896]

Договором позики за CFR є договір, за яким одна сторона (позикодавець) зобов'язаний надати іншій стороні (позичальнику) кредит на будь-яку суму на визначений чи не визначений строк (строк позики) у грошовій формі або овердрафту і за яким позичальник зобов'язується повернути отримані за кредитом

гроші незалежно від того чи сторони домовилися про сплату відсотків чи будь-якої іншої винагороди. Отже, договір позики за CFR може бути строковий або безстроковий, а також оплатний або безоплатний. А предметом договору можуть бути лише грошові кошти.

Згідно ст. 1046 ЦК України за договором позики одна сторона (позикодавець) передає у власність другій стороні (позичальникові) грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками, а позичальник зобов'язується повернути позикодавцеві таку ж суму грошових коштів (суму позики) або таку ж кількість речей того ж роду та такої ж якості. Виходячи з норм цієї статті та інших статей ЦК України договір позики є оплатним або безоплатним, строковим або безстроковим.

Розділ F книги четвертої CFR не застосовується до споживчих договорів та кредитів на придбання або збереження нерухомого майна. ЦК України не містить жодних обмежень щодо застосування даного виду договору до даних правовідносин. На думку деяких фахівців, CFR стосується лише так званих «договорів бізнес кредитування», а «договори споживчого кредитування» залишені розробниками поза увагою [4, С. 12], зокрема положення Директиви про споживчий кредит<sup>18</sup>. А цей сектор має дуже важливе значення для індустрії фінансових послуг.

Основні права і обов'язки сторін за договором позики випливають із самого визначення договору та закріплені у статтях 1:102, 1:103, 1:104 і 1:106 розділу F книги IV CFR. Кредитор зобов'язується надати позичальнику кредит на суму, в порядку і на період визначений договором, а позичальник зобов'язаний отримати наданий кредит. Також, позичальник зобов'язаний сплачувати відсотки або будь-які інші види винагороди відповідно до умов договору. Позичальник також зобов'язується повернути отримані гроші за кредитом в порядку і на момент визначений в договорі позики. Якщо такий момент в договорі не визначено, то кредит повертається на вимогу кредитора в розумний строк.

Права і обов'язки сторін за договором позики в ЦК України також випливають із самого визначення договору та закріплені в інших статтях, зокрема 1048, 1049. Позикодавець зобов'язується передати позичальнику грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками, а позичальник зобов'язаний повернути позику. Також, позикодавець має право на отримання процентів від суми позики.

За загальним правилом, закріпленим у CFR позичальник має право розірвати договір позики в будь-який час при цьому погасивши кредит.

Якщо договір обмежує використання кредиту для визначеної мети, то за нормами CFR позичальник зобов'язаний протягом розумного періоду часу після вимоги кредитора надати йому інформацію, необхідну для того, щоб кредитор міг перевірити його використання.

**Висновок.** Аналіз норм ЦК України та CFR в частині регулювання договору позики дозволяє стверджувати наступне:

1. Положення CFR щодо договору позики є узагальненням норм про даний договір відповідних положень законодавства держав-членів ЄС та практики їх застосування, і за змістом є досить загальними, що дозволяє державам — учасницям ЄС істотно доповнити регулювання даного договору національними нормами.

<sup>18</sup> мається на увазі Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC // OJ. — L 133. — 22.05.2008. — P. 66).

2. CFR не розмежовує договір позики та кредитний договір, що не варто вважати позитивним, виходячи з обмеження кола об'єктів, які можуть бути предметом договору позики/кредиту. На відміну від CFR, ЦК України визначає договір позики самостійним видом договору.

3. Визначення договору позики, що закріплено в ЦК України та CFR є майже тотожними.

4. Предметом договору позики за CFR є тільки грошові кошти, що не можна вважати позитивним, виходячи з ототожнення договору позики та кредитного договору. На відміну від цього предметом позики за ЦК України можуть бути окрім грошей ще також інші речі, визначені родовими ознаками.

5. Договір позики за CFR та ЦК України може бути строковим або безстроковим, а також оплатним або безоплатним, що сприяє широкому застосуванню цього договору у фінансовому секторі як держав — учасниць ЄС, так і у приватних правовідносинах в Україні.

6. Норми ЦК України про договір позики відповідають положенням про даний договір, що закріплені у CFR, а тим самим загальним підходам, що існують в країнах ЄС щодо даного виду договору.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Договірне право України. Особлива частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін. / [за ред. О. В. Дзери]. — К.: Юрінком Інтер, 2009. — 1200 с.

2. Кривенда О. В. Цивільно-правове регулювання позикових відносин в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — К., 2003. — 20 с.

3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.

4. The Draft Common Frame of Reference. A position paper by the European Financial Market Lawyers Group, p. 12 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.efmlg.org/Docs/2009-09-01%20The%20Draft%20Common%20Frame%20of%20Reference%20-%20A%20position%20paper%20by%20the%20EFMLG.pdf>

5. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). — Sellier: European Law Publishers, 2009 — P. 364-366.



#### **Янишен Віктор Петрович**

*доцент кафедри цивільного права № 1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», кандидат юридичних наук, доцент*

#### **ПОСЛУГИ «ПОДВІЙНОГО ПРИЗНАЧЕННЯ» У КОНТЕКСТІ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ФІНАНСОВІ ПОСЛУГИ**

В умовах економічного розвитку все більш ускладнюються відносини між учасниками цивільного обороту, що, в свою чергу, вимагає значного зростання обсягу правових інструментів, які використовуються для найбільш повного

задоволення потреб сучасного ринку. Одним із перспективних напрямків розвитку економіки держави є сфера фінансових послуг.

З прийняттям 12.07.2001 р. Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» №2664-III [1] (далі — Закон № 2664-III), було законодавчо врегульовано загальні правові засади у сфері надання фінансових послуг, здійснення регулятивних та наглядових функцій за діяльністю з надання фінансових послуг, зокрема, закріплено поняття фінансової послуги та їх види, а також визначено коло суб'єктів, які вправі надавати такі фінансові послуги та вимоги, що до них ставляться. Ст. 4 Закону № 2664-III до фінансових віднесені наступні послуги 1) випуск платіжних документів, платіжних карток, дорожніх чеків та/або їх обслуговування, кліринг, інші форми забезпечення розрахунків; 2) довірче управління фінансовими активами; 3) діяльність з обміну валют; 4) залучення фінансових активів із зобов'язанням щодо наступного їх повернення; 5) фінансовий лізинг; 6) надання коштів у позику, в тому числі і на умовах фінансового кредиту; 7) надання гарантій та поручительств; 8) переказ коштів; 9) послуги у сфері страхування та накопичувального пенсійного забезпечення; 10) торгівля цінними паперами; 11) факторинг; 12) інші операції з фінансовими активами (коштами, цінними паперами, борговими зобов'язаннями та правом вимоги боргу, що не віднесені до цінних паперів), які відповідають критеріям, визначеним Законом № 2664-III. Фінансові послуги, згідно з ст. 5 Закону № 2664-III вправі надавати фінансові установи, а також, якщо це прямо передбачено законом, фізичні особи — суб'єкти підприємницької діяльності. Законами та нормативно-правовими актами державних органів, що здійснюють регулювання діяльності фінансових установ та ринків фінансових послуг, виданими в межах їх компетенції може визначатись можливість та порядок надання окремих фінансових послуг юридичними особами, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами.

Однак, вирішуючи питання правового врегулювання відносин, пов'язаних з наданням фінансових послуг, Закон № 2664-III, одночасно породив і певну невизначеність щодо надання їх окремих видів. Мова йде про такі фінансові послуги, як надання коштів у позику та надання порук, які в залежності від їх змісту та конкретних обставин можуть або відносяться до фінансових послуг, або ні. Види послуг, віднесених до фінансових, в тому числі надання коштів у позику та надання порук, регулюються спеціальним законодавством, зокрема, Законом № 2664-III. Одночасно договірні відносини з надання позик та порук врегульовані загальним цивільним законодавством (відповідно § 1. (Позика) гл. 71 та § 3. (Порука) гл. 49 Цивільного кодексу України [2] (далі — ЦК України)).

Важливість кваліфікації тієї чи іншої послуги як фінансової безпосередньо визначає її зміст, сферу застосування, а також коло суб'єктів, які вправі їх надавати. Позикодавцями і поручителями згідно з нормами цивільного законодавства можуть виступати будь-які учасники цивільних відносин. Якщо позика і порука є фінансовими послугами, то надавати їх вправі лише спеціальні суб'єкти, передбачені Законом № 2664-III. Таким чином наведені послуги можна умовно кваліфікувати як послуги *«подвійного призначення»*.

Близьким до наведених послуг є факторинг, який не відноситься до послуг *«подвійного призначення»*. Однак в основі факторингової операції лежить відступлення грошової вимоги, яка була відома ще римським юристам як загальноцивільна цесія, яка носить універсальний характер. А тому виокремлення характерних ознак, притаманних тому чи іншому договору, дозволяє кваліфікувати операцію з відступлення грошової вимоги як фінансову

послугу факторингу, яку вправі надавати лише банк або інша фінансова установа відповідно до положень Закону № 2664-III, або, як просту заміну кредитора у зобов'язанні, правове регулювання якої здійснюється згідно з положеннями ст. ст. 512-519 ЦК України.

Необхідність дослідження цивільно-правової природи вказаних послуг викликано як теоретичними міркуваннями, так і практичними потребами. На користь розширення сфери застосування як позики, так і поруки та кола їх суб'єктів свідчить спільна постанова Кабінету Міністрів України та Національного банку України від 28.08.2001р. №1124 «Про Сорок рекомендацій Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF)» [3], якою позики (включаючи факторинг з правом або без права обігу), фінансові гарантії або зобов'язання віднесено до переліку видів фінансової діяльності, яка ведеться організаціями, що не є фінансовими установами.

При віднесенні тієї чи іншої послуги до категорії фінансових необхідно виходити з законодавчого визначення фінансової послуги, що міститься в п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону № 2664-III, відповідно до якого це операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, — і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів. Будь-які операції з фінансовими активами, що відповідають цим критеріям мають ознаки фінансової послуги. Наведене дозволяє виокремити дві ключові ознаки фінансової послуги: вона носить оплатний характер та безпосередньо пов'язана з фінансовими активами.

Проте не всі такі операції або сукупність операцій з фінансовими активами віднесені законодавством до того чи іншого виду фінансових послуг. Якщо позика або порука не пов'язані з грошовими зобов'язаннями, відступлення права вимоги передбачає оплату за товари (роботи, послуги), або вказані операції не мають на меті одержання прибутку (не носять оплатного характеру), ознаки фінансових послуг — відсутні.

Таким чином правове регулювання договорів позики та поруки може здійснюватись як відповідно до норм спеціального законодавства (зокрема, Закону № 2664-III), так і до загальних положень, встановлених ЦК України; відступлення права вимоги — згідно з умовами договору факторингу як фінансової послуги, або за правилами, встановленими для договору цесії. З урахуванням наведеного виникає необхідність визначення змісту відносин, пов'язаних із кожним із досліджуваних договорів.

**Позика.** Відповідно до ст. 1046 Цивільного кодексу України за договором позики одна сторона (позикодавець) передає у власність другій стороні (позичальникові) грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками, а позичальник зобов'язується повернути позикодавцеві таку ж суму грошових коштів (суму позики) або таку ж кількість речей того ж роду та такої ж якості. ЦК України в § 1. гл. 71 визначає можливість надання позик за рахунок власних коштів без обмеження кола осіб-позикодавців як фізичним, так і юридичним особам (статті 1046 і 1048). Державна комісія з регулювання ринків фінансових послуг України (далі — Держфінпослуг) теж фактично визнає можливість надання позик фізичними особами, зазначаючи: якщо послуга з надання коштів у позику є систематичною, фізичній особі потрібно зареєструватися суб'єктом підприємницької діяльності, з уточненням, що право надавати фізичним особам — суб'єктам підприємницької діяльності фінансові послуги з надання коштів у позику законом прямо не передбачено [4]. Досить поширеним на практиці є

надання однією юридичною особою іншої поворотної фінансової допомоги, яка за своєю цивільно-правовою природою є безпроцентною позикою. Чинне законодавство дозволяє юридичним особам, які не є фінансовими установами, надавати грошові позики за рахунок власних коштів без прямого або опосередкованого залучення коштів або інших фінансових активів від третіх осіб. Така операція не буде вважатися кредитом і не підлягає ліцензуванню [5, С. 60].

З наведеного слідує, що фінансовою послугою є надання грошових коштів у позику за рахунок залучених активів, тоді як надавати грошові позики за рахунок власних коштів можуть і не фінансові установи.

**Порука.** Згідно з ч. 1 ст. 553 ЦК України за договором поруки поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку. Поручитель має право на оплату послуг, наданих ним боржникові. Тобто договір поруки може бути як відплатним, так і безвідплатним. Діяльність з надання порук, за умови, що вона здійснюється без залучення фінансових активів від фізичних осіб, не потребує ліцензування [6].

Якщо в договорі поруки не передбачена винагорода, та така послуга не може бути віднесена до фінансової, так як не виконується умова прибутковості, яка є однією з ознак фінансової послуги згідно з Законом № 2664-III, і, відповідно на випадки надання безоплатної поруки дія Закону № 2664-III не повинна поширюватися [7, С. 77]. На підтвердження цього доцільно навести позицію Вищого адміністративного суду України, який, відмовляючи у визнанні поруки фінансовою послугою у постанові від 16.12.2010 р. (справа № К-9776/08) зазначив, що *«оскільки спірний договір «поруки» не передбачає одержання прибутку поручителем та з урахуванням того, що громадянин взагалі не належить до кола суб'єктів надання фінансових послуг, то вказаний договір не можна вважати договором поруки»* [8].

Таким чином юридична особа має право надавати таку фінансову послугу, як поручительство за умови, що вона здійснюється без залучення фінансових активів від фізичних осіб, без набуття статусу фінансової установи. Більш того, юридична особа, яка за своїм правовим статусом не є фінансовою установою вправі надавати поруки відплатно або безоплатно згідно з положеннями цивільного законодавства України з урахуванням вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом.

**Факторинг.** Ст. 1077 ЦК України встановлено, що за договором факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги) одна сторона (фактор) передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату (у будь-який передбачений договором спосіб), а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника). Таким чином, факторинг — це спосіб кредитування однієї особи іншою з умовою платежу у формі правонаступництва («купівлі» або передачі прав вимоги до третьої особи) [9, С. 508].

Правова сутність факторингу полягає в одержанні клієнтом від фінансової установи — фактора грошових коштів в обмін на відступлення останньому належного йому права грошової вимоги до третьої особи (боржника) за укладеним між клієнтом та боржником договором. Проте факторинг не можна розглядати як різновид останньої, незважаючи на те, що вказаний договір має багато спільного із договором цесії, так як у сучасному вигляді він, зокрема, крім заміни кредитора у зобов'язанні, включає можливість надання клієнту (первісному кредитору) цілого спектру послуг, в тому числі і фінансових.



З метою більш чіткого розмежування факторингу та цесії з точки зору законодавства про фінансові послуги, Держфінпослуг до фінансової послуги факторингу віднесла сукупність таких операцій з фінансовими активами (крім цінних паперів та похідних цінних паперів):

1) фінансування клієнтів — суб'єктів господарювання, які уклали договір, з якого випливає право грошової вимоги;

2) набуття відступленого права грошової вимоги, у тому числі права вимоги, яке виникне в майбутньому, до боржників — суб'єктів господарювання за договором, на якому базується таке відступлення;

3) отримання плати за користування грошовими коштами, наданими у розпорядження клієнта, у тому числі шляхом дисконтування суми боргу, розподілу відсотків, винагороди, якщо інший спосіб оплати не передбачено договором, на якому базується відступлення [10].

За наявності наведених ознак договір може вважатись факторингом. У разі коли право вимоги, що відступається однією стороною за розміром (вартістю) дорівнює розміру одержаних коштів від другої сторони, не дотримується одна із істотних ознак договору факторингу — винагорода фактора. При цьому сама грошова вимога, передана клієнтом фактору, не може розглядатися як плата за надану останнім фінансову послугу.

З наведеного слідує, що сфера застосування договорів позики та поруки визначається загальним цивільним законодавством і носить універсальний характер. В той же час позика і порука, за наявності достатніх підстав, підпорядковуються спеціальному правовому режиму визначеному Законом № 2664-III, тобто вони є послугами «подвійного призначення». Елементи договору факторингу безпосередньо пов'язані із цесією, і, в перній мірі обумовлюються нею.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12.07.2001 р. № 2664-III // Офіційний вісник України. — 2001. — № 32. — Ст. 1457.

2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.

3. Про Сорок рекомендацій Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF): Постанова Кабінету Міністрів України і Національного банку України від 28 серпня 2001 р. № 1124 // Офіційний вісник України. — 2001. — № 35. — Ст. 1630.

4. Щодо надання поворотної фінансової допомоги: Лист Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг 14.03.2008 р. № 2944/11-11 // Дебет-Кредит. — 2008. — № 07. — С. 30

5. Янишен В. П. Процентна позика в системі фінансових послуг // проблеми законності: Акад. зб. наук. пр. / [відп. ред. В. Я. Тацій]. — Х.: Нац. юрид. акад. України, 2010. — Вип. 108. — С. 53-63.

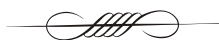
6. Щодо договорів поруки: Лист Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг від 05 червня 2009 р. № 7116/12-12 // Бизнес — Бухгалтерія. Право. Налоги. Консультації. — 2010. — № 08. — С. 34.

7. Михальнюк О. В. Порука як фінансова послуга // Бюлетень міністерства юстиції України. — 2005. — № 9. — С. 74-81.

8. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. — режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/13320303>.

9. Гражданское право: учеб.: в 3 т. 4-е изд., перераб. и доп. / Е.Ю.Валявина, И.В.Елисеев [и др.]; отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. — М.: ТК Велби, Уzd-во Проспект. — 2005. — Т. 2. — 848 с.

10. Про віднесення операцій з фінансовими активами до фінансових послуг: Розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 03.04.2009 р. № 231 // Офіційний вісник України. — 2009. — № 32. — Ст. 1091.



**Янкова Елена Степановна**

*заведуючий кафедрой гражданского права и процесса Донецкого национального университета, кандидат юридических наук, доцент*

## **ОБ УЧАСТИИ ТЕРРИТОРИАЛЬНОЙ ГРОМАДЫ В ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ**

Территориальная громада, будучи самостоятельным субъектом права, может выступать участником обязательственных правоотношений, которые, как известно, в зависимости от оснований их возникновения, могут быть договорными или внедоговорными. Соответственно, могут наступать и негативные правовые последствия при нарушении ею прав и охраняемых законом интересов других лиц. Они могут выступать в форме ответственности или возмещения причиненного вреда.

Нормы, посвященные ответственности территориальных громад, содержатся в общей части Гражданского кодекса Украины (далее — ГК Украины). Они объединены в главу 11 (статьи 175-176), которая названа «Ответственность по обязательствам государства, Автономной Республики Крым, территориальных громад». В них закрепляется, во-первых, самостоятельная ответственность территориальной громады (ст. 175 ГК Украины), во-вторых, принцип раздельной ответственности территориальной громады (1) с учрежденными ею юридическими лицами, (2) с другими субъектами публичного права, в том числе с государством, Автономной Республикой Крым, другими территориальными громадами (ч. 5 ст. 176 ГК Украины).

Объем имущественной ответственности территориальной громады закреплен в ст. 175 ГК Украины. Она отвечает по своим обязательствам всем принадлежащим ей на праве собственности имуществом. Исключение составляет имущество, на которое в соответствии с законом не может быть обращено взыскание (ст. 175 ГК). К имуществу территориальной громады, на которое не может быть обращено взыскание, учитывая закрепленные положениями ст. 176 ГК Украины принцип раздельной ответственности, относится имущество, которое принадлежит на праве коммунальной собственности территориальной громаде и закреплено за учрежденными ею коммунальными предприятиями на праве хозяйственного ведения и учреждениями, организациями — на праве оперативного управления. Других правовых оснований, которые позволяли бы не обращать взыскание на имущество, которое находится у территориальной громады на праве собственности, действующие законодательные акты не содержат.

Представляется, что следует расширительно толковать термин «ответственность», примененный в названии ст. 175 ГК Украины «Ответственность

по обязательствам территориальных громад». Им охватывается сугубо имущественная ответственность, так и возмещение имущественного и (или) неимущественного (морального) вреда. В первом случае меры ответственности могут быть следствием участия территориальной громады в договорных правоотношениях, если имело место неисполнение или ненадлежащее исполнение ею предусмотренных законом или договором субъективных обязанностей территориальной громады, чем нарушены права и охраняемые законом интересы другой стороны в обязательстве. При этом в силу закрепленного равенства участия территориальных громад в гражданских отношениях, имущественная ответственность может быть в форме, как неустойки (ст. 611, 624 ГК), так и убытков (ст. ст. 611, 623, 625 ГК).

Во втором случае обязанность территориальной громады возместить имущественный и неимущественный (моральный) вред следует из внедоговорного, в частности, деликтного обязательства, возникающего в силу факта причинения вреда физическому или юридическому лицу и закрепленного в законе правового основания.

Указанные нормы статей 175, 176 ГК Украины об ответственности территориальной громады являются общими. Они должны применяться при отсутствии специальных норм во всех случаях, когда территориальная громада нарушает права и охраняемые законом интересы физических и юридических лиц, совершая правонарушение как в договорных, так и во внедоговорных обязательствах.

Если говорить о внедоговорных обязательствах, то следует отметить, что перечень правовых оснований возмещения физическому или юридическому лицу вреда, причиненного органами местного самоуправления, в ГК Украины по сравнению с ранее действующим ГК УССР расширен. Выделены три самостоятельных правовых основания возмещения вреда: (1) возмещение вреда, причиненного незаконными действиями или бездействием органа местного самоуправления (ст. 1173 ГК Украины); (2) возмещение вреда, причиненного незаконными решениями, действиями или бездействием должностного или служебного лица органа местного самоуправления (ст. 1174 ГК Украины); (3) возмещение вреда, причиненного принятием органом местного самоуправления впоследствии отмененного незаконного нормативного акта (ст. 1175 ГК Украины).

В указанных случаях достаточными для возложения обязанности по возмещению причиненного вреда признаются такие элементы состава правонарушения как (1) противоправное деяние, (2) причинение вреда таким охраняемым объектам гражданских прав как здоровье, жизнь физического лица или имущество физического или юридического лица (3) причинно-следственная связь между противоправным деянием и причиненным вредом. Вина как условие (элемент субъективной стороны состава правонарушения) не имеет правового значения и потому законодатель указывает, что в этих случаях «вред... возмещается... независимо от вины этих органов» (ст. 1173 ГК Украины).

Причинителем вреда является орган местного самоуправления (ст. 1173, 1175 ГК Украины) либо должностное или служебное лицо органа местного самоуправления (ст. 1174 ГК Украины). В то же время обязанным возместить причиненный вред законодатель называет не территориальную громаду, а орган местного самоуправления. Возмещению подлежит причиненный имущественный вред в полном объеме (ч. 1 ст. 1166 ГК Украины) и (или) неимущественный

(моральный) вред (ч. 2 ст. 1167, ст. 1168 ГК Украины)<sup>19</sup>. Однако при таком подходе возникают вопросы в отношении имущества, за счет которого должен возмещаться причиненный вред — за счет имущества территориальной громады, на которое согласно норме ст. 175 ГК Украины может обращаться взыскание или за счет коммунального имущества, закрепленного за органом местного самоуправления, так как территориальная громада и органы местного самоуправления являются разными субъектами права.

Анализируя в комплексе нормы статей 172, 175, 1173-1175 ГК Украины, на наш взгляд, можно сделать вывод, что прослеживается определенная несогласованность использованных подходов при формулировании норм общей и особенной частей ГК Украины. В общей части ГК Украины участниками гражданских отношений, как и ответственными за совершенное правонарушение признаются территориальные громады наряду с подобными публичными образованиями, являющимися системными субъектами — государством, Автономной Республикой Крым. В то же время субъектами возмещения причиненного вреда во внедоговорных обязательствах указаны лишь такие публичные образования как государство и Автономная Республика Крым. Территориальная громада, являясь в принципе таким же системным субъектом права, как и государство, Автономная Республика Крым, не предусмотрена в перечне обязанных лиц по возмещению вреда в деликтных обязательствах.

Причем такой прием украинский законодатель применяет в особенной части ГК Украины трижды. Во-первых, в ст. 1173 ГК Украины, в которой предусмотрено, что вред, причиненный физическому или юридическому лицу незаконными решениями, действиями или бездействием органа государственной власти, органа власти Автономной Республики Крым или органом местного самоуправления при осуществлении ими своих полномочий, возмещаются государством, Автономной Республикой Крым или органом местного самоуправления. Во-вторых, в ст. 1174 ГК Украины. В ней указано, что вред, причиненный физическому или юридическому лицу незаконными решениями, действиями или бездействием должностного или служебного лица органа государственной власти, органа власти Автономной Республики Крым или органом местного самоуправления при осуществлении им своих полномочий, возмещается государством, Автономной Республикой Крым или органом местного самоуправления. В-третьих, в ст. 1175 ГК Украины закреплена обязанность государства, Автономной Республикой Крым или органа местного самоуправления возместить вред, причиненный физическому или юридическому лицу, в результате принятия этими органами нормативно-правового акта, который впоследствии был признан незаконным и отменен.

С одной стороны, это может быть следствием того, что украинский законодатель в нормах статей 1173-1175 ГК Украины фактически воспроизвел нормы ст. 995 Модельного Гражданского кодекса государств — участников Содружества Независимых Государств, названной «Ответственность за вред, причиненный государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами». Однако в таком случае не учтено различие законодательных решений в отношении субъекта публичного права на местном уровне. Территориальная громада, будучи признанной в качестве самостоятельного субъекта права в законодательстве Украины, неизвестна законодательству РФ, других стран СНГ в качестве субъекта публичного права. С

<sup>19</sup> И в этом также находит отражение принцип участия на равных территориальной громады как субъекта публичного права с физическими и юридическими лицами — субъектами частного права.

другой стороны, введение органов местного самоуправления в качестве обязанных лиц по возмещению вреда, причиненного органами и должностными лицами территориальной громады, можно объяснить тем, что именно через органы местного самоуправления территориальная громада участвует в гражданских отношениях, что прямо предусмотрено положениями ст. 172 ГК Украины. И участие в деликтных обязательствах не стало исключением.

Однако в любом случае вряд ли столь разные подходы при определении украинским законодателем обязанных лиц в ст. 175 «Ответственность по обязательствам территориальных громад» и в указанных деликтных обязательствах (ст. ст. 1173-1175 ГК Украины) свидетельствует о согласованности норм общей и особенной частей ГК Украины и обоснованности такого подхода. Территориальная громада, как и государство, Автономная Республика Крым (1) признана самостоятельным субъектом публичного права, (2) представляет собой особый вид субъекта, который реализует свою правосубъектность через определенные уполномоченные органы публичной власти (3) обладает обособленным имуществом. Все эти общие черты представляются достаточными для применения в ГК Украины единого подхода при законодательном закреплении обязанности системного публичного образования будь то государство, Автономная Республика Крым или территориальная громада возместить причиненный вред в деликтных обязательствах. И потому логично было бы именно территориальную громаду, а не орган местного самоуправления признать обязанным лицом по возмещению вреда в следующих статьях ГК Украины: ст. 1173 «Возмещение вреда, причиненного органом государственной власти, органа власти Автономной Республики Крым или органом местного самоуправления»; ст. 1174 «Возмещение вреда, причиненного должностным или служебным лицом органа государственной власти, органа власти Автономной Республики Крым или органа местного самоуправления» и ст. 1175 «Возмещение вреда, причиненного органом государственной власти, органом власти Автономной Республики Крым или органом местного самоуправления в сфере нормотворческой деятельности».

Это, на наш взгляд, позволит, с одной стороны, согласовать нормы общей и особенной частей ГК Украины в отношении территориальной громады как ответственного за правонарушения при ее участии в договорных и внедоговорных обязательствах, с другой стороны, определить единый подход в отношении участия во внедоговорных обязательствах любого из системных публичных образований будь то государство, Автономная Республика Крым или территориальная громада. Тем самым будет обеспечена четкость законоположений, что именно территориальная громада, как и другие подобные публичные образования, во-первых, выступают сторонами как в договорных, так и во внедоговорных обязательствах, во-вторых, самостоятельно отвечают при совершении правонарушения. В свою очередь четкость в нормах материального права в том, что именно территориальная громада выступает участником гражданского отношения по возмещению вреда позволит добиться четкости в процессуальных отношениях, в том числе и при исполнении судебного решения — возмещаться причиненный вред должен за счет имущества территориальной громады.

Предложенные изменения будут способствовать совершенствованию существующего особого правового режима участия территориальных громад как публичных образований в гражданских и коммерческих отношениях.



## **ДЕРЖАВНІ ЗАКУПІВЛІ ЯК ПРІОРИТЕТНА СФЕРА АДАПТАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ДО ЗАКОНОДАВСТВА ЄС**

Інтеграція до Європейського Союзу є одним з пріоритетних напрямків зовнішньої політики України. Гармонізація законодавства є на сьогодні об'єктивно необхідним кроком для підготовки до вступу у Європейський Союз. Особливою сферою такого процесу є сфера державних закупівель.

Державні закупівлі є важливою складовою діяльності з лібералізації торгівлі у світі. У межах ЄС та СОТ створено всеохоплюючу детальну регулятивну базу для державних закупівель, вартість яких перевищує певні порогові показники. Усі країни-члени повинні вносити ці директиви і положення у власне національне законодавство. Принципи і правила ГРА за суттю не відрізняються від принципів і правил, встановлених у Директивах щодо закупівлі в межах ЄС і, завдяки нещодавно внесеним до них змінам і доповненням, мають відповідати вимогам Директив [1, С. 413].

Позитивна політика Співтовариства у сфері державних закупівель стала набирати логічних форм наприкінці 70-х років у вигляді двох Директив — Директива 71/305 від 21 лютого 1971 про узгодження процедури укладання державних контрактів по виконанню публічних робіт [2] і Директива 77/62/ ЄЕС від 21 грудня 1976, про координацію процедури укладання державних контрактів публічного постачання [3]. Обидва правових акти виписані у схожих категоріях і принципах. Європейський Суд зазначив, що прецеденти, які стосуються однієї Директиви, можуть застосовуватися й до іншої. Вплив обох Директив є значимим лише у сфері укладання контрактів і не стосується їх виконання. Зі змісту першої Директиви можна зрозуміти, що вона поважає національні правила настільки, наскільки це можливо. Що ж до другої, то вона детально врегульовує якісний відбір, зобов'язує проводити рекламну кампанію для тендерів, а також запроваджує додаткові критерії щодо укладання контракту. Крім того, контракти повинні укладатися лише органами, визначеними у Директивах.

Директиви містили ряд винятків. Найбільш значимі з них стосувалися економічних секторів із постійним державним втручанням. Таким чином, Директива з публічного постачання не стосується контрактів, які укладені органами, відповідальними за адміністрування транспортних послуг, постачання енергоресурсів, води і телекомунікацій. Згідно з преамбулами цих двох Директив виключення цих секторів ринку за межі застосування було виправданим, оскільки органи, які займалися адмініструванням цих галузей, у державах-членах у межах Співтовариства мали різний юридичний статус. Ці органи могли мати статус державної організації або наближений до цього статусу, а могли бути врегульовані нормами приватного права.

У зв'язку з цим, щоб не заважати розвитку конкуренції, оскільки лише деякі з цих органів повинні були б дотримуватися норм Директив, а інші могли б користуватися тотальною свободою при укладанні контрактів, Комісія вирішила відкласти врегулювання цих секторів до того часу, поки вона не виробить інший чіткий критерій класифікації. Рішення було знайдене дванадцять років після того, коли Рада ухвалила Директиву 90/531 з питань укладання угод з постачальниками енергоресурсів, води, транспортних послуг і телекомунікацій (ця директива була замінена через три роки після того консолідованою Директивою з

питань комунальних послуг 93/38 вона також регулювала сферу публічних послуг, які надавалися суб'єктами на ринку комунальних послуг. Цей правовий акт містив усі правила, які застосовувалися до виняткових секторів) з врегулювання сектору комунальних послуг. Цей документ визначив угоди публічних робіт, постачання і послуг, які укладалися організаціями в галузях, попередньо виключених із сфери регулювання.

Найважливішою відмінністю, яка стосується сектору комунальних послуг, є те, що Директива 93/38 має справу з певними типами суб'єктів ринку і включає у себе норми, які врегульовують усі три типи контрактів (послуги, постачання і роботи), в той час коли три попередні Директиви врегульовують окремий тип контракту. В зв'язку з цим стає можливою ситуація, коли суб'єкт ринку здійснює рекламу свого контракту постачання згідно з положеннями Директиви з питань контрактів постачання, але для самої процедури постачання буде застосовувати Директиву 93/38, оскільки, саме її положення потрібно буде використовувати для організації публічного транспорту.

Як свідчить досвід, були ще й причини не правового характеру, які обумовили виключення комунальних послуг із сфери дії перших Директив. Це були причини економічного і політичного характеру. У той момент, коли були розроблені перші Директиви, проблема ще не була політично зрілою настільки, щоб досягти компромісу. У зв'язку з економічною і стратегічною важливістю ці сектори дуже щільно контролюються публічними установами, які є їх найбільшими клієнтами. Подібною зараз є ситуація на українському ринку комунальних послуг. Суб'єкти ринку, які надають послуги у цих галузях, мають тісні зв'язки з публічними установами або є об'єктами публічної власності. Тому той факт, що держави-члени не бажали обмежувати свою економічну свободу у сфері укладання контрактів, не є чимось несподіваним.

Найважливішою метою Директиви було визначення тих ситуацій у виняткових секторах, де не було справжньої конкуренції і де траплялися випадки з дискримінаційним забарвленням. Хоча Директива і принесла певну визначеність у цьому секторі, але в цілому вона містить загальні зобов'язання установ, які укладають контракти з суб'єктами на ринку комунальних послуг. Суть зобов'язання полягає у публікації оголошення про проведення конкурсу в Офіційному Журналі і інформуванні Комісії про процедуру укладання контракту.

Окрім того важливої уваги потребує висвітлення **розвитку електронних закупівель**. Загалом досвід ведення електронної комерції у країнах ЄС бере свій початок у 1990-х роках, коли активно почав розвиватися ринок інтернет-послуг. Без сумніву, це дало поштовх не тільки для ведення бізнесу в мережі, але й створення та розвитку систем державних електронних закупівель. На законодавчому рівні, а саме директивами ЄС, було закріплено декілька форм проведення таких електронних торгів, серед яких створення електронних торгових майданчиків, ведення електронних каталогів тощо. Хоча директиви не внесли потрібної конкретики в організацію та методику проведення електронних закупівель, за цей період стали очевидними переваги електронного способу над класичним «паперовим». Серед них у першу чергу експерти виділяють нижчі закупівельні ціни та зниження операційних витрат, прискорення процесу закупівель шляхом автоматизації в управлінні процесом електронних закупівель. У цей час актуальною залишається проблема досить великої кількості скарг і виявлення порушень у процесі проведення електронних закупівель.

Черговий законодавчий крок був зроблений навесні 2004 року із прийняттям двох нових директив ЄС — 2004/17/ЄС та 2004/18/ЄС. Саме вони

внесли довгоочікувану деталізацію та конкретику в діяльність у сфері електронних закупівель та ввели методики їх проведення для країн ЄС. Зокрема, у них вводиться поняття електронної системи інформування ринку про торги та закріплюються на законодавчому рівні дві нові форми їх проведення — електронні аукціони й динамічні системи закупівель. Вищезазначеними директивами електронним закупівлям приділяється значна увага. Так в преамбулах обох директив визначено, що у зв'язку з швидким зростанням застосування систем електронної закупівлі, в даний час необхідно вводити відповідні правила, які б дозволяли органам влади, що надають контракти, користуватися всіма перевагами, що надають ці системи. На цьому фоні необхідно дати визначення завершених системі електронній динамічній закупівлі, для звичайної електронної закупівлі, та встановити спеціальні правила заснування та роботи таких систем, щоб гарантувати справедливий розгляд справ будь-якого суб'єкта економічної діяльності, що виявить бажання прийняти участь в такій системі. Будь-якому суб'єкту економічної діяльності, який подає заявку відповідно до технічних умов та відповідає критеріям вибору, дозволяється приєднатися до такої системи. Така методика електронної закупівлі дозволяє органу — замовнику, що надає контракти, шляхом складання переліку вже обраних учасників та надання можливості прийняти участь у конкурсі новим учасникам, в результаті переваг електронної системи, мати надзвичайно широкий діапазон заявок, і, таким чином, гарантувати оптимальне використання державних коштів шляхом розширення конкурсу.

За оцінками закордонних експертів, ці документи є певною консолідацією попередніх директив ЄС до двох нових. Вони вважаються компромісними, зокрема щодо не обов'язкового використання нових методів ведення електронних торгів для країн Європейського Союзу. Водночас є декілька принципових вимог до постачальників товарів та послуг, у тому числі — максимальне скорочення часу від оголошення про тендер до розробки самого проекту.

В Україні правове регулювання державних закупівель протягом останніх років зазнає постійних змін.

Так, Закон України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 22.02.2000 року № 1490-III був за своєю суттю майже повністю відповідав положенням *acquis communautaire*. Ним передбачалась безкоштовна публікація оголошень про намір провести закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти та звіту про проведені закупівлі, безкоштовний доступ до інформації про вже проведені закупівлі.

Однак, у 2005 році до цього Закону були внесені зміни, які перетворили здійснення державних закупівель у дуже закриту та неконкурентну сферу. Було засновано громадську організацію «Тендерна палата України», яка по суті стала органом, який координував проведення всіх закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти. Законом встановлювались високі, необґрунтовані та несумісні з принципами прозорості та недискримінації додаткових платежів, пов'язаних з розміщенням інформації в мережі Інтернет на порталі «Державні закупівлі України», що належало ТОВ «Європейське консалтингове агентство» та реєстрацію в тематичному каталозі учасників процедур закупівель. Окрім цього, «Тендерною палатою України» запроваджено каталоги учасників процедур закупівель, участь у яких була обов'язковою умовою доступу до їх участі у торгах.

20 березня 2008 було прийнято Закон України «Про визнання таким, що втратив чинність Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти», а потім Постанову Кабінету Міністрів України «Про



затвердження Тимчасового Положення про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 28.03.2008 року № 274, Наказ Міністерства економіки України від 04.04.2008 року № 108 «Про затвердження форм документів у сфері державних закупівель», яким затверджено форму оголошення про проведення відкритих, двоступеневих торгів і редукціону, форму оголошення про результати проведення процедури закупівлі, форму оголошення про проведення попередньої кваліфікації, форму звіту про результати проведення процедур відкритих і двоступеневих торгів, форму звіту про результати здійснення процедури торгів з обмеженою участю, форму звіту про результати проведення процедури запиту цінових пропозицій (котирувань), форму звіту про результати здійснення процедури закупівлі в одного учасника, форму протоколу про розкриття тендерних (цінових) пропозицій, форму протоколу оцінки тендерних (цінових) пропозицій, Наказ Міністерства економіки України від 04.04.2008 року № 110 «Про затвердження Порядку приймання та опублікування оголошень щодо проведення закупівель товарів, робіт і послуг в інформаційному бюлетені «Вісник державних закупівель». З цього часу в структурі Міністерства економіки України почав функціонувати департамент державних закупівель, який здійснював координацію цієї сфери.

Рішення Конституційного Суду України від 9.10.2008 №22-рп/2008 «У справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Кабінету Міністрів України «Про закупівлю послуг, пов'язаних з формуванням інформаційно-телекомунікаційної системи Державного реєстру виборців», визнало такою, що не відповідає Конституції України Постанову Кабінету Міністрів України від 28 березня 2008 року № 274 «Про здійснення закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти». Відповідно у період з 9 до 16 жовтня 2008 року існував правовий хаос у сфері державних закупівель. Відтак, існує ймовірність того, що короткотермінова відсутність нормативно-правової бази у сфері державних закупівель створила підґрунтя для фінансових зловживань шляхом укладення прямих договорів, у тому числі довгострокових, з уникненням процедур закупівель. В першу чергу, що стосується підприємств, які обслуговуються банками.

17.10.2008 прийнята Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 17.10.2008 року № 921., яка фактично дублювала зміст Постанови Кабінету Міністрів України від 28 березня 2008 року № 274 «Про здійснення закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти», яка визнана неконституційною.

Наступні зміни до регулювання діяльності у сфері державних закупівель відбулись з прийняттям Постанови Кабінету Міністрів України «Про внесення змін до Положення про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 19.11.2008 року № 1017, яким відкрито окремий розділ «Державні закупівлі» на сайті Міністерства економіки України, на якому розміщується інформація з питань державних закупівель: нормативно-правові акти, роз'яснення, рішення по скаргах тощо; передбачена безкоштовна публікація оголошені в друкованому виданні «Вісник державних закупівель» та на веб-порталі «Державні закупівлі».

Однак, Конституцією України [4] передбачено, що правовідносини у сфері закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти мають регулюватись на рівні Законів України. Тому, Міністерство економіки України із залученням міжнародних експертів та представників Європейського Союзу здійснило розробку такого Закону, що був прийнятий 01.06.2010 року [5].

Разом із тим, хоч такий Закон і став новою віхою і позитивним кроком у розвитку законодавства у сфері державних закупівель, разом із тим, він містить ряд положень, що не відповідають положенням законодавства ЄС (зокрема щодо подання документів та заявок на торги, процедури оскарження торгів, порядку інформування про проведення торгів).

Підсумовуючи, необхідно зазначити, що адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу є послідовним процесом наближення її правової системи, включаючи законодавство, правотворчість, юридичну техніку, практику правозастосування до правової системи ЄС відповідно до критеріїв, що висуваються до держав, які мають намір до нього приєднатися. Тому для успішної реалізації стратегічної мети входження України до Європейського Союзу потрібно усунути різноманітні коливання у зовнішньополітичній діяльності її керівництва. Проголошений нашою державою стратегічний курс на інтеграцію до ЄС передбачає всебічне входження до європейського політичного, економічного і правового простору. Європейський вибір України полягає у всебічному входженні до європейської спільноти. Тому, ставлячи за мету наближення національної правової системи до правової системи ЄС, насамперед необхідно спрямувати розвиток правової реформи таким чином, щоб в її основу було покладене законодавство, яке формувалося протягом тривалого часу і відображає досвід багатьох країн.

Законодавство про державні закупівлі потребує значного удосконалення. З огляду на прийняття нового закону у цій сфері, а також внесених вже пропозицій про зміни у нього, що перебувають на розгляді у Верховній Раді України, необхідно забезпечити прийняття зважених рішень, виконання яких не призведе до розбалансованого регулювання такого ринку.

Окремим аспектом адаптації у цій сфері є реформа регулювання закупівель у сфері комунальних послуг, яке не зазнало суттєвих змін з радянських часів. Вважаємо за доцільне використати відповідний досвід ЄС, де відбувається процес лібералізації сфери комунальних послуг.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Огляд стану адаптації законодавства України до *acquis communautaire* за 2009 рік. — К., 2010. — 1054 с.
2. Директива 71/305 від 21 лютого 1971 про узгодження процедури укладання державних контрактів по виконанню публічних робіт // *Official Journal*. — 1971. — L 185. — P. 0001-0008.
3. Директива 77/62/ ЄЕС від 21 грудня 1976, про координацію процедури укладання державних контрактів публічного постачання // *Official Journal*. — 1977. — L 13/1. — P. 0012-0023.
4. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254/96 // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141
5. Про здійснення державних закупівель: Закон України від 01.06.2010 р. № 2289-VI // Офіційний Вісник України. — 2010. — № 49. — Ст. 1603.



## **РОЗВИТОК ТА ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ІНТЕРНЕТ-АУКЦІОНІВ В УКРАЇНІ**

У зв'язку із бурхливим розвитком комунікаційних технологій все більшого поширення набувають інтернет-аукціони, в яких немає меж між учасниками аукціону. Процес продажу майна на аукціоні призвів до виникнення цивільно-правових відносин між власником майна, організаторами аукціону і його учасниками. В сучасних умовах аукціони в Україні одержали досить широке застосування, однак їх подальший розвиток стримується недосконалістю правової бази, яка формується в міру необхідності, в результаті чого в законодавстві щодо аукціонів наявні суперечності і неузгодженості [1].

Інтернет-аукціони з'явилися нещодавно і тому є малодослідженими. Однак слід відмітити напрацювання в Україні деяких науковців, які досліджують питання інтернет-аукціонів, це М. С. Алябишев «Особливості укладення договорів на аукціоні» [1], Р. Б. Шишка «Укладання договорів через мережу Інтернет» [2] та інші.

У мережі Інтернет сьогодні досить багато електронних аукціонів. Є як вузько тематичні, на яких ведуться торги за товари якої-небудь однієї галузі (наприклад, аукціон сайтів, аукціон доменів і т. ін.), так і аукціони з більш широким охопленням, з десятками категорій і підкатегоріями. Є також безліч сайтів, які є сателітами того чи іншого аукціону, тобто сайти, які, беручи участь в партнерській програмі, підключають до своїх піддоменів аукціони. Одним з таких сайтів є і портал бібліотеки бізнесмена, розташований за адресою [www.bulib.ru](http://www.bulib.ru). Незважаючи на те, що сайт присвячений статтям та книгам з бізнесу в Інтернеті, на одному з його підсайті (<http://auction.bulib.ru>) знаходиться партнерський майданчик найбільшого українського електронного аукціону [auktion.ua](http://auktion.ua).

Найбільш відомими як в Європі, так і в Україні є електронні аукціони [www.ebay.com](http://www.ebay.com) (європейський аукціон), [www.molotok.ru](http://www.molotok.ru) (російський аукціон) і [www.aukro.ua](http://www.aukro.ua) (український аукціон). Ще існують аукціони в [Yahoo.com](http://Yahoo.com) і [Bigmir.net](http://Bigmir.net), але вони менш популярні. Формула Інтернет-аукціонів проста: аукціон + дошка оголошень + інтернет-магазин + розпродаж + тендери = інтернет-аукціон.

[Ebay.com](http://Ebay.com) — це найбільш великий європейський аукціон, що має свої офіси в США, Німеччині і в цілому ряді Європейських країн. Веде свій початок цей аукціон з Америки, саме там він і зародився. Швидко поширившись і придбавши популярність, [eBay](http://eBay) почав розповсюджуватися і на європейські країни. Крім знаменитого аукціону, компанія [eBay](http://eBay) також володіє електронним банком [PayPal](http://PayPal) і інтернетною телефонною системою [Skype](http://Skype). Сайт найбільш відомого аукціону вперше був відкритий в Сан-Хосе, штаті Каліфорнія 3 вересня 1995, комп'ютерним програмістом П'єром Омідіар. Найпершою річчю, що була продана з аукціону, була поламана лазерна указка, яка була продана за 14.83 американських доларів.

На аукціоні можна продавати будь-який товар, якщо цей товар легальний і не порушує договору, опублікованого компанією про те, що є легальним, а що ні. Аукціон [eBay](http://eBay) різних країн здійснює торг згідно валюти кожної країни. В Англії це фунти, в європейських країнах — євро, в скандинавських — крони і т. н. Одним з зручностей, якими можна користуватися на цьому аукціоні, є моментальна транзакція грошей через [PayPal](http://PayPal). При перерахуванні грошей всередині цієї

системи, гроші моментально виявляються на рахунку у одержувача, у будь-який час, що, не можна зробити, якщо розплатуватися через звичайний банк, на вихідні дні транзакцій немає, а в робочі дні транзакція може займати кілька днів. На цьому аукціоні можна придбати будь-який товар, наприклад, мобільні телефони, комп'ютерну техніку за досить низькими цінами. Однак є маса труднощів, які часом стають нездоланими. По-перше, даний аукціон поки що не має російськомовної версії сайту. І якщо покупець не володіє англійською або німецькою мовами, то йому доведеться працювати за допомогою перекладачів. Перекласти сайт (наприклад, за допомогою онлайн-перекладача від Google) сьогодні не важко, але навіть найякісніші електронні перекладачі часом допускають досить серйозні помилки в перекладі.

По-друге, на цьому аукціоні не можливо використовувати електронні гроши (WebMoney, Yandex-гроші і т. ін.), платіжні системи України їм не підтримуються, тому для здійснення операцій доводиться мати справу з посередниками. По-третє, строк доставки товарів встановлюється, як правило, протягом 2- 3 тижнів і пересилання товару коштує дорожче.

Molotok.ru — це російський аналог Ebay.com, він російськомовний, підтримує наші електронні платіжні системи. Для здійснення правочину на цьому аукціоні не потрібно вдаватися до посередників, так і товарообіг буде проходити набагато швидше. Але й у цього аукціону є декілька своїх недоліків. По-перше, на ньому, як і на Ebay.com, за те, що товар виставляється на продаж, продавець зобов'язаний сплатити комісію. По-друге, ціни тут більше адаптовані до нашої реальності, а не до західної.

Aukcion.ua — це аналог Molotok.ru, російськомовний сайт, на ньому також можна купити або продати товар за електронні гроші або ж розрахуватися банківським або поштовим переказом, поповненням мобільного рахунку і т. ін. На цьому аукціоні є досить значна перевага: не потрібно платити комісійні за виставлені лоти.

Aukro.ua — найбільший інтернет-аукціон України. Відповідно до регламенту аукціону Aukro.ua [3], який є досить популярним наразі в Україні, в ст. 1 дається визначення поняття товару, товар (лот) — річ або право, яке знаходиться у власності продавця і є предметом продажу на Aukro, відповідно до цього регламенту. Лотом на аукціоні може бути товар або послуга, реалізація яких не заборонена і не обмежена відповідно до законодавства України, а також не суперечить регламенту. Користувач — фізична або юридична особа, яка через проведення процедури реєстрації отримує доступ до послуг Aukro і може брати участь в аукціонних торгах, купувати лоти за фіксованими цінами, а також виставляти лоти на продаж. Користувачем може бути фізична або юридична особа, що має адресу електронної пошти і яка досягла повноліття. Продавець — особа, що продає товар або послугу за допомогою Aukro (власник товару, виконавець послуг). Покупець — особа, яка здійснює покупку товару за допомогою Aukro. Реєстрація фізичної особи, яка користується послугами Aukro, полягає у вказівці імені та прізвища, адреси реєстрації (згідно паспортних даних, якщо адреса реєстрації не збігається з адресою фактичного проживання, то вказується адреса, де фізична особа фактично і постійно проживає), назви країни, області і міста, а також адреси електронної пошти, номеру контактної телефону, ім'я користувача (логіну), під яким користувач буде ідентифікований на Aukro, пароля та інших даних, вказаних на сторінці реєстрації.

Реєстрація юридичної особи полягає в зазначенні її повної назви, юридичної адреси (відповідно до статутних документів), імені та прізвища контактної особи,

назви країни, області та міста, а також адреси електронної пошти, номеру контактного телефону, ім'я користувача (логіну), під яким користувач буде ідентифікований на Аукго, пароля та інших даних, вказаних на сторінці реєстрації.

Процес укладення договорів на аукціоні являє собою складний механізм відносин, що регулюється нормами приватного і публічного права. Він є комплексом матеріально-процесуальних дій, спрямованих на досягнення основної мети — укладення основного договору з переможцем торгів [1]. Особливістю відносин між власником майна, організатором аукціону та його учасниками щодо аукціонів є те, що значна їх частина регулюється нормами публічного права, однак їх у відповідності зі ст. 4 ЦК України [4] слід розглядати як норми цивільного законодавства України.

В мережі Інтернет наразі вчиняється значна кількість правочинів купівлі-продажу з Інтернет-аукціонів щодо яких, за відсутності правового регулювання цих відносин, виникає на практиці більш неточностей та свавільне тлумачення деяких з них, що сприяє кіберзлочинності. Врегулювання цих відносин в позитивному праві, з одного боку, сприятиме упорядкуванню цих відносин і переведенню їх із програмно-технічного рівня на нормативний, а з другого — сприятиме активізації інших функцій законодавства та підвищенню рівня захищеності користувачів мережі Інтернет.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Алябишев М. С. Особливості укладення договорів на аукціоні: автореф. на здобуття ступеня канд. юрид. наук: спец.: 12.00.03. — К., 2009. — 17 с. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2009/09amsuda.zip>
2. Цивільне право України: Курс лекцій. У 6-ти т. Т. 5. Кн. 2. Договірне право: Ч. 1. Загальні положення та договори на передачу майна у власність / Р. Б. Шишка, Є. О. Мічурін та ін., за ред. Р. Б. Шишки. — Харків: Еспада, 2006. — 336 с.
3. Регламент аукціона aukro.ua [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://aukro.ua/country\\_pages/232/0/user\\_agreement.php](http://aukro.ua/country_pages/232/0/user_agreement.php)
4. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.



**Грейдін Олег Ігорович**

*асистент кафедри цивільно-правових та господарсько-правових дисциплін  
Кримського юридичного інституту Національного університету «Юридична  
академія України імені Ярослава Мудрого»*

#### **ПРОБЛЕМИ ДОВІРЧОГО УПРАВЛІННЯ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ В УКРАЇНІ**

В умовах ринкової економіки інститут довірчого управління цінними паперами набуває особливого значення, оскільки надає можливість застосовувати порівняно нові способи й засоби залучення інвестицій як на внутрішньому, так і зовнішньому ринках. Водночас нерозвиненість вітчизняного фондового ринку,

новизна самого інституту довірчого управління цінними паперами зумовлює низку проблем теоретичного й практичного характеру.

Сучасна наука цивільного права України спирається на окреме коло досліджень, присвячених певним аспектам довірчого управління цінними паперами. Однак залишаються нерозкритими та законодавчо не врегульовані належним чином питання довірчого управління цінними паперами, випущеними у документарній формі, неемісійними цінними паперами, відповідальності за договором довірчого управління цінними паперами тощо.

Визначення проблематики довірчого управління цінними паперами слід почати з недосконалого законодавчого визначення категорій «управління», «управління майном», «управління цінними паперами» або «довірче управління цінними паперами». Адже категорія «управління» використовується у багатьох галузях права, і залежно від того або іншого виду суспільних відносин та специфіки самої галузі вона набуває особливого характерного змісту.

Не вдаючись у тривалу дискусію з приводу дослідження змісту названих категорій [2], зазначимо, що правове підґрунтя довірчого управління цінними паперами міститься у ст. 1045 ЦК України, відповідно до якої особливості управління цінними паперами встановлюються законом. Такий висновок надає можливість визначити, що довірче управління цінними паперами здійснюється на підставі різновиду договору довірчого управління майном, який поєднує у собі риси договору з надання фінансових послуг.

Відсилаючи до спеціального законодавства, ЦК України обмежує правове регулювання довірчого управління цінними паперами нормами, що регулюють правові відносини з управління цінними паперами як професійного виду діяльності на фондовому ринку — різновиду торгівлі цінними паперами.

Законом України «Про цінні папери та фондовий ринок», а також прийнятим на його виконання Рішенням ДКЦПФР № 1449 від 12.12.2006 р., яким затверджені Правила (умови) здійснення діяльності з торгівлі цінними паперами: брокерської діяльності, дилерської діяльності, андеррайтингу, управління цінними паперами (далі — Правила торгівлі цінними паперами), встановлені певні особливості довірчого управління цінними паперами. Аналіз цих актів дозволяє стверджувати про те, що єдиною підставою такої діяльності є договір довірчого управління цінними паперами та грошовими коштами призначеними для інвестування в цінні папери; як об'єкти довірчого управління визнаються не лише власне цінні папери, але й грошові кошти, призначені для інвестування в цінні папери, а також отримані в процесі цього управління цінними паперами та грошовими коштами; сума договору про управління цінними паперами з одним клієнтом — фізичною особою має становити не менше суми, еквівалентної 100 мінімальним заробітним платам; коло осіб, що можуть здійснювати діяльність по довірчому управлінню цінними паперами, обмежено професійними учасниками фондового ринку — торговцями цінними паперами; договір про управління цінними паперами не може укладатися торговцем цінними паперами з компанією з управління активами; цінні папери, що можуть бути об'єктами довірчого управління, є емісійні цінні папери, депоновані на рахунок у зберігача, або ощадні (депозитні) сертифікати.

Кількісні та якісні обмеження щодо об'єктів довірчого управління цінними паперами залишають невирішеними питання про можливість укладення договору довірчого управління цінними паперами на суму меншу 100 мінімальних заробітних плат, довірче управління неемісійними цінними паперами та емісійними цінними паперами, випущеними у документарній формі.

Дискусії з цього питання тривають не тільки в теоретичній площі, але й у практичній сфері. Так, відповідно до рішення Господарського суду Луганської області від 13.04.2007 р. у справі № 16/119пн за позовом Державного підприємства «Ровенькиантрацит» до Обласного комунального підприємства «Луганськводпром» про повернення векселя з управління майном суд дійшов висновку, що договір довірчого управління майном від 19.07.05 р. № 15-791ГП, укладений між Державним підприємством «Ровенькиантрацит» та Обласним комунальним підприємством «Луганськводпром», на підставі якого установником управління був переданий простий вексель від 02.04.03 р. № 66335537660229 номінальною вартістю 1 694 207,30 грн, виданий ТОВ «Східенерго», м. Донецьк, відкритому акціонерному товариству «Донбасенерго», м. Луганськ, слід визнати недійсним за правилами статей 203, 215, ч. 1 ст. 227 ЦК України, оскільки він суперечить закону, вчинений без відповідного дозволу (ліцензії) зі сторони відповідача і не містить суттєвих умов, прямо встановлених законом для цього виду договорів [6; 7].

У мотивувальній частині рішення суд зробив висновок про те, що відповідно до ст. 21 Закону України «Про цінні папери та фондову біржу», Закону України «Про обіг векселів в Україні» вексель — це цінний папір, тобто управління майном у вигляді цінних паперів здійснюється відповідно до умов спеціальних норм права. Проте судом залишено поза увагою той факт, що Правилами торгівлі цінними паперами взагалі не врегульований такий вид діяльності, як довірче управління векселями [6; 7].

Поряд із цим відповідно до рішення Оболонського районного суду м. Києва від 01.04.2009 р. у справі № 2-2002 за позовом про дострокове припинення договору управління заставленим майном, витребування заставленого майна з чужого незаконного володіння, звернення стягнення на все заставне майно визнається правомірність укладення між позивачем та відповідачем договору управління майном від 12.12.2007 р., відповідно до умов якого установник управління (позивач), вступаючи до ППС «Пенсіонер», передає відповідачу простий вексель на пред'явника, № 0964284, з правом довірчої власності на даний вексель із правом його викупу відповідачем, строком на 25 років, відповідно до умов якого відповідач зобов'язався належно й ефективно використовувати право довірчої власності на передане йому в управління майно в інтересах позивача за окрему плату [8].

Спеціальне законодавство про цінні папери та фондовий ринок не враховує необхідність застосування договору довірчого управління цінними паперами окрім інвестиційної й в інших сферах. Зокрема, у спадкових відносинах при управлінні спадщиною (ст. 1285 ЦК); при управлінні майном фізичної особи-підприємця, визнаної безвісно відсутньою, недієздатною або обмеженою у дієздатності (ст. 54 ЦК). Навіть у тих випадках, коли укладення такого договору є обов'язковим.

Наступна проблема пов'язана із можливістю довірчого управління емісійними цінними паперами, випущеними у документарній формі. Відповідно до п. 8 розділу XI Правил торгівлі цінними паперами емісійні цінні папери, відносно яких здійснюється довірче управління, мають бути депоновані на рахунок в цінних паперах у зберігача. Зберігач зберігає на своїх рахунках тільки цінні папери, емітовані у бездокументарній формі, або документарні емісійні цінні папери знерухомлені в установленому законодавством порядку.

Договір довірчого управління цінними паперами є реальним, тобто буде вважатися укладеним з моменту передачі цінних паперів в управління — зарахування цінних паперів на рахунок в цінних паперах у зберігача, керуючим

якого є управитель. Постає питання про укладеність договору довірчого управління цінними паперами, переданих управителю фактично або шляхом індосаменту, зокрема передоручного. Адже наслідки неукладеного правочину будуть відрізнятися від наслідків недійсного правочину.

З огляду на те, що нормативно-правове регулювання довірчого управління цінними паперами як професійної діяльності на фондовому ринку, в імперативному порядку дозволяє здійснювати довірче управління виключно емісійними цінними паперами, випущеними у бездокументарній формі, та ощадними (депозитними) сертифікатами, вважаємо, що довірче управління іншими цінними паперами повинно здійснюватися на підставі загальних норм щодо довірчого управління майном (глава 70 ЦК).

Адже будь-які види цінних паперів можуть бути об'єктами довірчого управління, навіть у тому випадку, якщо вони не передбачені законодавством про цінні папери та фондовий ринок. Виключення певних цінних паперів зі складу об'єктів довірчого управління можливе, по-перше, тільки на рівні закону, по-друге, тільки у таких випадках: 1) нездатності до цивільно-правового обігу (обмеження, зупинення або вилучення цінного паперу із цивільно-правового обігу; 2) неможливості відокремлення цінного паперу, переданого у довірче управління, від іншого майна.

Особливої уваги потребує питання про відповідальність за договором довірчого управління цінними паперами. Відповідно до абз. 1 ч. 1 ст. 1043 ЦК України управитель, який не виявив при управлінні майном належної турботливості про інтереси установника управління або вигодонабувача, зобов'язаний відшкодувати установникові управління завдані збитки, а вигодонабувачеві — упущену вигоду. Вказана норма свідчить про те, що фактичною підставою цивільно-правової відповідальності управителя за договором довірчого управління цінними паперами є скоєння цивільного правопорушення, що полягає у «невиявленні управителем належної турботливості про інтереси установника управління або вигодонабувача». Однак практичне визначення цієї підстави ускладнюється такими ознаками договору довірчого управління цінними паперами як фідучіарність та алеаторність.

Фідучіарність договору довірчого управління цінними паперами зумовлює особливо довірливе ставлення установника управління до управителя. Припускається, що управитель діє практично, далекоглядно, добросовісно шукаючи найбільшу вигоду для установника управління.

Алеаторність договору довірчого управління цінними паперами означає, що договір довірчого управління цінними паперами є зобов'язанням професійного фінансового ризику, спрямованого не на гарантоване, а лише ймовірне отримання доходу установниками управління (підпункт б п. 10 розділу XIII Правил торгівлі цінними паперами).

Проте чи є ризик обставиною, що виключає цивільно-правову відповідальність [1, с. 13-14]? Вважаємо, що ні. Ризик у даному випадку виступає не як правоприпиняючий юридичний факт, а як елемент зобов'язання довірчого управління цінними паперами, особливість якого саме і полягає у тому, що воно ґрунтується на ризику при здійсненні специфічної діяльності в умовах ринкової невизначеності.

Справедливим є питання, яким чином можна відмежувати нормальний підприємницький ризик управителя від його недбалої поведінки у вигляді припущення необґрунтованого ризику під час здійснення управління цінними паперами — однієї з форм «невиявлення управителем належної турботливості про



інтереси установника управління або вигодонабувача». Відповідь на це питання не є очевидною, оскільки потребує застосування спеціальних знань у галузі економіки та фінансів.

Окрім Положення про розрахунок ліквідності у діючому законодавстві немає нормативних актів, які дозволили б установити критерії припущення необґрунтованого ризику під час здійснення довірчого управління цінними паперами. Цей факт повинен встановлюватися у кожному конкретному випадку під час доказування заінтересованою особою протиправного діяння з боку управителя. У цьому разі пропонується взяти за критерій оцінювання ефективності інвестування, що виражається у максимальній реалізації потенційних можливостей фінансового ринку та властивостей його інструментів щодо мобілізації та оптимального використання фінансових ресурсів [3, С. 42]. Фінансовий аналіз повинен бути комплексним та здійсненим на підставі спеціально затверджених методик.

Вирішення поставлених питань сприятиме не тільки удосконаленню та взаємоузгодженню окремих елементів системи права, але й вирішить низку економічних проблем, які стосуються забезпечення захисту суб'єктивних прав інвесторів від недобросовісної поведінки управителя, додаткових шляхів залучення інвестицій.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

- 1) Баранова Л. М. Обставини, які звільняють від відповідальності в цивільному праві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. — Х., 1998. — 18 с.
- 2) Грейдин О. Категория «управление» в гражданском праве Украины // Підприємництво, госп-во і право. — 2007. — № 7. — С. 42–44
- 3) Долінський Л. Б. Фінансові обчислення та аналіз цінних паперів: навч. посіб. — К.: Майстер-клас, 2005. — 192 с.
- 4) Про затвердження Положення про розрахунок показників ліквідності, що обмежують ризики професійної діяльності на фондовому ринку: Рішення Держ. коміс. з цін. паперів та фонд. ринку від 27.12.2007 р. № 2381 // Офіційний вісник України. — 2008. — № 8. — Ст. 209.
- 5) Про цінні папери та фондовий ринок: Закон України від 23.02.2006 р. № 3480-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 31. — Ст. 268
- 6) Рішення Господарського суду Луганської області від 13.04.2007 р. по справі № 16/119пн [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/624186>
- 7) Рішення Господарського суду Луганської області від 13.07.07 р. по справі № 16/376н [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/814722>
- 8) Рішення Оболонського районного суду м. Києва від 01.04.2009 р. по справі № 2-2002 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9137952>
- 9) Про затвердження Правил (умов) здійснення діяльності з торгівлі цінними паперами: брокерської діяльності, дилерської діяльності, андеррайтингу, управління цінними паперами: Рішення Держ. коміс. з цін. паперів та фонд. ринку від 12.12.2006 р. № 1449 // Офіц. вісн. України. — 2007. — № 6. — Ст. 235
- 10) Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.



## **ДОГОВІР НАДАННЯ ПОСЛУГ ДОСТУПУ В ІНТЕРНЕТ СЕРЕД ІНТЕРНЕТ-ДОГОВОРІВ**

Відносини, що виникають в Інтернет-середовищі мають різноманітний характер. З виникненням мережі Інтернет істотно розширилися можливості для ділового обороту — безліч договорів укладаються саме з її використанням. Предметом деяких з них є традиційні товари, роботи і послуги, а Інтернет виступає лише як новий зручний засіб їх укладення, наприклад, при замовленні квитків, покупці побутової техніки. Проте Інтернет не тільки наділив новими якостями традиційні, століттями сформовані договори і способи їх укладення, він також породив ряд нових за своєю якістю договорів, що відображають специфіку його функціонування.

Серед всього масиву відносин, що виникають в мережі Інтернет, можна виділити відособлену групу відносин, в яких одним з учасників виступає особливий суб'єкт — Інтернет-провайдер. Цей суб'єкт грає особливу роль у функціонуванні мережі Інтернет, надаючи можливість іншим суб'єктам стати учасниками тих інформаційних відносин, що відбуваються в мережі.

Інтернет-провайдер, будучи суб'єктом цивільного права, може бути учасником безлічі відносин в реальному фізичному світі, наприклад, може укладати з іншими Інтернет-провайдерами в договори простого товариства, укладати агентські договори і тому подібне, але особливу групу складають саме відносини, в яких він виступає, реалізуючи своє основне призначення — забезпечення доступу до можливостей, що надаються мережею Інтернет іншим особам. Реалізуючи цю функцію, Інтернет-провайдер може укладати три основні договори — договір про надання доступу до мережі Інтернет, договір про надання доступу до інформаційного ресурсу (сайту) користувача, іменованій зазвичай хостингом, і договір про надання послуг електронної пошти.

Вказані договори можуть називатися Інтернет-провайдерами по-різному. Наприклад, договір за яким надається доступ до мережі Інтернет, може іменуватися — договором на надання телекомунікаційних послуг; договором про надання послуг комутованого доступу в мережу Інтернет за попередньою оплатою; договором на абонентське обслуговування; на надання послуг Інтернет; надання послуг служб в глобальній Мережі і тому подібне. У законодавстві спеціального найменування зазначений договір не отримав. В Правилах надання та отримання телекомунікаційних послуг від 9 серпня 2005 р. № 720 введено поняття «послуги з доступу до Інтернет». Уявляється, що оптимальним найменуванням договору, по якому Інтернет-провайдер надає користувачеві доступ до мережі Інтернет, є «договір на надання доступу до мережі Інтернет», або «договір Інтернет — провайдингу».

Що ж до двох інших договорів, то термінологія, яка використовується для їх найменування, є достатньо сталою: «договір хостингу» і «договір надання послуг електронної пошти», відповідно. Вказані найменування цілком відповідають основним вимогам, що пред'являються до подібного роду визначень: вони досить лаконічні і відображають в достатній мірі суть договору, дозволяючи встановити, про що йде мова.

У будь-якому випадку, з погляду законодавчої техніки, назва «договір хостингу» є зручнішою, ніж назва «договір на розміщення інформації в електронній інформаційній мережі». Важливим є і той факт, що поняття «хостинг» широко поширене в різних правових системах.

Визначити правову природу договору надання послуг хостингу досить складно. Предметом цього договору є надання дискового простору веб-сервера Інтернет-провайдера і власного або орендованого каналу зв'язку для розміщення веб-сайту користувача, а також послуг з технічного обслуговування Інтернет-ресурсу. В цьому договорі можна виявити деякі елементи договору про надання доступу до мережі Інтернет. Проте відмінність полягає в об'єкті підключення: у договорі хостингу підключається інформаційний ресурс, до якого в результаті отримують доступ інші користувачі Інтернету; а в договорі про надання доступу до мережі Інтернету підключається кінцеве обладнання клієнта і останній сам стає користувачем Інтернету. Таким чином, в договорі хостингу користувач грає пасивну роль — цим договором забезпечується можливість пасивних комунікацій, а в договорі про надання доступу до мережі Інтернет користувач грає активну роль, тобто забезпечується можливість активних комунікацій.

Існує різновид договору хостингу, коли Інтернет-провайдер надає одночасно послуги з надання доступу до мережі Інтернет та по технічному обслуговуванню веб-сервера користувача. В цьому випадку, інформаційний ресурс користувача розташовується не на дисковому просторі провайдера, а на власному веб-сервері. Такий договір отримав назву «colocation». Перекласти цей термін українською мовою досить проблематично, тому вказаний договір можна позначити як «договір на підключення веб-сервера клієнта до мережі Інтернет». Очевидно, елементи договору оренди відсутні в цьому випадку. Проте, даний договір є різновидом договору хостингу, оскільки мета договору та ж сама — надання доступу до інформаційного ресурсу користувача з боку інших користувачів Інтернету.

Відносно правової кваліфікації послуг електронної пошти можливі декілька підходів. Перший, полягає у віднесенні їх до послуг поштового зв'язку. Обґрунтування цьому можна знайти у Всесвітній поштовій конвенції, розділ 6 якою характеризує електронну пошту як «поштову службу, яка використовує канали електрозв'язку для передачі відповідно до оригіналу повідомлень, що отримуються від відправника у фізичному або електронному вигляді, і які повинні бути доставлені адресатові у фізичному або електронному вигляді».

Проте, представляється, що повної аналогії в цьому випадку бути не може через специфіку послуг електронної пошти. Обов'язки Інтернет-провайдера, що надає послуги електронної пошти, зазвичай є вужчими і здебільшого зводяться до зберігання в зареєстрованій поштовій скриньці користувача повідомлень, що надійшли йому, протягом узгодженого строку, а також пов'язані з забезпеченням прийому і відправленням повідомлень. Факт знаходження протягом певного часу повідомлення на «логічному просторі інформаційного посередника» дозволяє відзначити наявність в цих відносинах елементів договору оренди абонентської поштової скриньки, хоча повне перенесення правової конструкції договору оренди на відносини з приводу надання послуг електронної пошти не можливе внаслідок того, що передавані ресурси не володіють матеріальним характером. З тих же причин вказані відносини не можуть бути кваліфіковані і як договір зберігання. Послуги електронної пошти зводяться не тільки до зберігання інформації, що постушила, але і до забезпечення її телекомунікаційного прийому і відправлення.

Безумовно, не виключається варіант укладення з Інтернет-провайдером змішаних договорів, що містять елементи всіх трьох зазначених договорів (про

надання доступу до мережі Інтернет, хостингу і електронної пошти), або двох з них в будь-якому поєднанні. Відповідно до ч. 2 ст. 628 ЦК України «сторони мають право укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір). До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті змішаного договору».

Найчастіше укладають змішані договори, в яких одним з елементів виступає надання послуг електронної пошти. Сам факт того, що всі три договори відносяться до договорів про надання послуг, не виключає можливості визнання договору, що містить елементи декількох з них, — змішаним. Специфіка предмету кожного з вказаних договорів зумовлює необхідність диференційованого їх регулювання, а, отже, і різні правові норми. Метою ж кваліфікації договору як змішаного якраз і є необхідність встановлення найбільш адекватних норм до прав і обов'язків, що виникають.

Таким чином, всі перераховані договори за участю Інтернет-провайдерів можуть бути віднесені до договорів про надання послуг. Основна причина розбіжностей при кваліфікації вказаних договорів, вбачається в недостатньому правовому регулюванні цих відносин.

В чинному законодавстві існує значна кількість прогалин в регулюванні не тільки договору про надання доступу до мережі Інтернет, але і договорів надання послуг електронної пошти. Договір хостингу взагалі не має спеціального правового регулювання.

Майже не врегульовані питання, пов'язані з наданням доступу до мережі Інтернет через операторів мобільного зв'язку і з використанням безпроводного з'єднання (наприклад, WI-FI або WiMAX).

У зв'язку з цим, необхідно розробити нормативно-правовий акт, що буде регулювати договори за участю Інтернет-провайдерів. Навряд чи доцільно вводити вказані положення до Цивільного кодексу внаслідок специфіки їх сфери застосування, специфіки термінології, а також великої кількості потенційного нормативного матеріалу. Доцільніше прийняти їх у вигляді окремого закону про надання послуг Інтернет-провайдерами, замінивши, тим самим фрагментарні і малоефективні Правила надання та отримання телекомунікаційних послуг.

Закон, присвячений порядку надання Інтернет-послуг, повинен носити комплексний характер і регламентувати правовий статус як Інтернет-провайдера, так і користувача, а також містити детальне регулювання відповідних відносин, включаючи порядок укладення, виконання договору, підстави і порядок його розірвання, відповідальність сторін.



**Желіховська Юлія Віталіївна**  
*здобувач Хмельницького університету управління та права,  
приватний нотаріус*

## **СТЯГНЕННЯ ЗАБОРГОВАНОСТІ ЗА ВЕКСЕЛЯМИ, ОПРОТЕСТОВАНИМИ НОТАРІУСАМИ В УСТАНОВЛЕНОМУ ПОРЯДКУ**

Історія виникнення векселя сягає античності. Перші згадки даного поняття пов'язані з Древньою Грецією, у якій спостерігалися дуже міцні зв'язки між обмінювачами в різних містах. Нестача реальних грошей, а також розуміння небезпеки тривалих переходів призвели до того, що купець одержував розписку від одного обмінювача в тому, що він одержить борг в іншому місті у іншого обмінювача, а потім з цією розпискою обмінювач зможе повернути собі гроші у того хто видав розписку [1].

На території України вексель почав діяти за часів Петра I, який через безладдя пошти та небезпечність доріг, знайшов можливим застосовувати векселі для переказу казенних грошей з одного міста в інші міста за участю купців. Вже при Петрові II, у виданому при ньому вексельному статуті, векселі поділяються на казенні та приватні. Зазначений вексельний статут і є перший, введений в Україні, за розпорядженням уряду, у вигляді твору, виданого 16-го травня 1729 р. німецькою та російською мовами. В основу цього статуту покладено сучасні йому німецькі вексельні статuti, із яких запозичено багато визначень і майже вся термінологія векселя. Основна увага в Статуті 1729 р. приділена переказному векселю, а про простий згадано лише мимохіть. Необхідним визнається вказівка валюти векселя — одержання еквівалента (товарів або грошей) за боргове зобов'язання. Зобов'язуватися векселями дозволено купцям і особам, які вступають з ними в договірні відносини [2].

Визначенням терміну «вексель» займалися як вітчизняні, так і іноземні науковці. Серед іноземних науковців відомі своїми працями Доунс Джон, Гудман Жордан Елліон, Браєн Баталер. Відомими є праці таких вітчизняних науковців, як: А. Демківський, Ю. Мороз, А. Мельник, С. Гуткевич.

В. Д. Катков зазначав, що протест є інститутом вексельного права, становлячи в ньому єдино допустимий спосіб засвідчення всіх можливих відхилень від нормального порядку в обігу векселя. Саме слово (*pro-testis*) вказує на первинну ціль протесту: надати безспірність певному факту, зробивши його предметом загального відома (*factum notorium*) у певній місцевості чи, принаймні, серед кола певних осіб [3, С. 136].

На думку А. В. Габова, протест векселя — це складений у публічному порядку акт, що засвідчує безспірні, юридично значимі для вексельного зобов'язання факти, з якими законодавство пов'язує певні юридичні наслідки [5, С. 11].

В свою чергу І. Ф. Сидоров вважає, що протест векселя є офіційне загальновизнане посвідчення відмови основного боржника вчинити певні дії по оплаті або акцепту векселя, або відмови особи передати оригінал векселя держателю копії. [6, С. 14]

В іноземній та вітчизняній літературі поняття «вексель» трактується досить неоднозначно, і наявність різних точок зору в цьому питанні зумовлене, насамперед, відсутністю в чинному законодавстві України чіткого визначення цього терміну, і складністю вексельних відносин.

Проте їхні дослідження не змогли висунути єдиного, однозначного твердження, і це не вирішило даної проблеми. З огляду на це, автор вважає порушену ним проблему актуальною, що і визначило, загалом, єдину мету дослідження, а саме — уточнення трактування поняття «вексель», яке найбільш поглиблено відобразить економічний зміст цієї категорії [7, С. 58].

Відповідно до Ст.21 Закону України «Про цінні папери та фондову біржу» вексель — цінний папір, що засвідчує безспірне грошове зобов'язання сплатити по настанні строку визначену суму грошей власникові векселя [7, С. 58].

Тобто, вексель — певна правова гарантія безспірності вимог векселедержателя та безспірності зобов'язання векселедавця перед векселедержателем. Дана гарантія полягає в тому, що вексель по своїй суті робить безспірними грошові вимоги векселедержателя до векселедавця простого векселя або акцептанта переказного векселя.

Згідно з ст. 92 Закону України «Про нотаріат» нотаріуси вчиняють протести векселів про неоплату, неакцепт або недатування акцепту.

Протест є публічно — правовим актом, що має на меті посвідчити ті чи інші факти, з якими вексельний закон пов'язує настання певних правових наслідків. Його публічність надає достовірності таким фактам та їх заперечення стає можливим лише у порядку, встановленому для оскарження дій відповідних органів. Протестом може бути також посвідчена відмова акцептанта поставити дату акцепту, а у простому векселі з терміном платежу «у стільки-то часу від пред'явлення» — відмова векселедавця поставити датовану відмітку про пред'явлення векселя до платежу — протест у недатуванні акцепту (статті 25 та 75 УВЗ), а також відмова депозитарія від вручення акцептованого примірника векселя — протест про невручення (статті 66 та 68 УВЗ).

Найбільше практичне значення має протест у неакцепті чи неплатежі. Закон пов'язує з фактом повної чи часткової відмови платника від акцепту переказного векселя чи з відмовою акцептанта або векселедавця простого векселя від платежу у встановлений термін настання досить важливих правових наслідків. Саме з цього моменту держатель векселя отримує право на пред'явлення регресних вимог до тих, хто поставив на векселі свої підписи як індосанти, векселедавці та їх авалісти. Усі ці особи, що солідарно зобов'язані за векселем, стають дійсними боржниками, зобов'язаними перед держателем за акцепт та оплату векселя. Надаючи цим фактам такого суттєвого значення, УВЗ визнає їх офіційне посвідчення шляхом публічного протесту [6, С. 138].

Суть протесту векселя — у засвідченні певних фактів, пов'язаних із векселем. Тому підставою для його вчинення є настання тих чи інших подій, з виникненням яких законодавство пов'язує можливість посвідчення нотаріусом певних фактів стосовно вексельного обігу.

Протести можуть розрізнятися за своєю правовою природою. Так, підставою для вчинення протесту про не датування акцепту є не датування акцептантом переказного векселя. Підставою для вчинення протесту про неакцепт є відмова акцептанта, тобто особи, вказаної в переказному векселі платником від його акцепту. Підставою для протесту про неоплату є неоплата платником як простого, так і переказного векселя [7, С. 58].

Для вчинення протесту в неакцепті чи неплатежі законом встановлюються певні строки. Протест в неакцепті повинен бути вчинений протягом часу, встановленого для пред'явлення векселя до акцепту (ст. ст. 21-22 УВЗ), тобто як загальне правило — до терміну платежу, якщо векселедавець чи індосант не зазначили спеціального терміну для акцепту. Оскільки УВЗ (ст. 24) дозволяє

акцептанту вимагати повторного пред'явлення векселя до акцепту наступного дня, то строк для протесту в неакцепті у цьому разі відповідно продовжується також до наступного дня. Однак у будь — якому випадку останнім днем протесту в неакцепті є день, у який вексель підлягає оплаті.

Інші строки передбачаються для протесту в неплатежі, який повинно бути здійснено за векселями терміном на визначений день та у скільки -то часу від складання чи від пред'явлення — у один із двох робочих днів, що йде за днем, у який переказний вексель підлягає оплаті, а за векселями з строком по пред'явленні — протягом часу, встановленого для здійснення протесту в неакцепті, тобто протягом року з дати їх складання [4, С. 138].

У разі пропущення зазначених строків для вчинення протесту в неакцепті чи неплатежі, а також строків встановлених для пред'явлення до платежу векселя строком по пред'явленню чи у стільки — то часу від пред'явлення, векселедержатель втрачає право вимоги від індосантів, векселедавця переказного векселя та їх авалістів, але зберігає право на позов проти головних боржників — акцептанта переказного векселя та векселедавця простого векселя та їх авалістів (ст. 53 УВЗ) [4, С. 138].

Протест — необхідна умова збереження за векселедержателем прав на позов проти усіх зобов'язаних за векселем осіб, за винятком основних боржників. Неопротестований вексель продовжує залишатися векселем, зберігаючи свою силу щодо акцепту, векселедавця простого векселя та їхніх авалістів, що є зобов'язаними перед векселедержателем, протягом усього терміну позовної давності — протягом трьох років (ст. 70 УВЗ) [4, С. 136].

Нотаріальна дія щодо здійснення протесту векселя про неоплату має загальні та специфічні процедури для її вчинення. Виконавчий напис може бути вчинений нотаріусом не раніше опротестування векселя і не пізніше строків позовної давності, зазначених в ст. 70 Закону України від 06.07.1999 року № 826-XIV «Про приєднання України до Женевської конвенції 1930 року, якою запроваджено Уніфікований Закон про переказні векселі та прості векселі».

Згідно із зазначеною статтею позовні вимоги, які впливають з переказного векселя проти акцептанта, погашаються після закінчення трьох років з дня строку платежу. Позовні вимоги векселедержателя проти індосантів і проти векселедавця погашаються після закінчення одного року від дня протесту, здійсненого у визначений строк або від дня строку платежу, у разі застереження про оборот без витрат.

Перерва давності має силу лише щодо того, проти кого було вчинено дію, яка перериває давність. Оскільки згідно з п. 293 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України нотаріус повинен перевірити своєчасність пред'явлення векселя до оплати, вважаємо, що перевірка цієї інформації можлива за Протестом векселя про неоплату.

Його зміст дає відповідь на всі питання, поставлені в п. 293 Інструкції: дату пред'явлення векселя до оплати (дає можливість перевірити своєчасність пред'явлення), інформацію про те, що вексель не був оплачений. Єдине, що неможливо зробити — отримати напис платника про неоплату векселя, якщо він сам того не бажає. Якщо в акті про протест векселя в неоплаті, який подається нотаріусу, зазначатиметься, що боржник оспорує зобов'язання платити за цим векселем, вчиняти виконавчий напис за таких обставин недоцільно.

Виконавчий напис вчиняється на оригіналі боргового документа, яким в даному випадку є опротестований вексель. При цьому текст виконавчого напису може бути розпочатий на векселі і продовжений на прикріпленому (підшитому)

спеціальному бланку нотаріальних документів. Акт про протест векселя передається кредитору разом з вчиненим виконавчим написом. В справах нотаріуса залишається копія акту та копія векселя з викладеним на ній текстом виконавчого напису.

Іноді нотаріуси відмовляються вчиняти виконавчий напис за вимогами до аваліста, посилаючись на те, що це не передбачено діючим законодавством. Такі дії (бездіяльність) нотаріуса дуже часто стає предметом судового розгляду [4, С. 146].

Шевченківським районним судом м. Києва було розглянуто заяву АКБ на відмову у вчиненні нотаріальних дій приватним нотаріусом міського нотаріального округу. Своїм рішенням суд зобов'язав нотаріуса вчинити виконавчий напис на простому векселі. Заявнику суд роз'яснив, що даний виконавчий напис може бути вчинений і на вимогу до аваліста [4, С. 141].

Умовою вчинення виконавчого напису є надання нотаріусу документів, що підтверджують безспірність заборгованості перед стягувачем. Перелік таких документів встановлений постановою Кабінету Міністрів від 29 червня 1999 року. Такими документами є оригінал опротестованого векселя і акт про протест векселя. Згідно ст. 32 УВЗ аваліст відповідає так само, як і та особа, зобов'язання якої він забезпечив. І його зобов'язання є дійсним навіть, якщо не дійсне зобов'язання особи яке він забезпечив. А оплативши вексель — аваліст набуває прав, що випливають з векселя проти особи зобов'язання якої він забезпечив та проти усіх осіб, що підписали вексель згідно законодавства. Якщо ж вексель містить дефект форми, то поставлений аваль буде недійсним. [4, С. 146]

Отже, нотаріусом перед перевіркою дійсності векселя, слід переконатись чи не містить вексель дефекту форми (наявність усіх реквізитів та підпис згідно статті 5 Закону України «Про обіг векселів в Україні»).

Сам аваль є дійсним, якщо його вчинила дієздатна особа виразом «вважати за аваль» чи іншим недвозначним виразом та поставила свій власноручний підпис (ст. 31, 7 УВЗ).

Вчинення акту протесту має матеріально-правове значення і є умовою (за виключенням передбачених законом випадків) здійснення прав у відношенні зобов'язаних за векселем осіб [8, С. 36].

Згідно із ст. 18 Цивільного кодексу України, нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадку і в порядку, встановлених законом.

Правом вчинення протестів наділені нотаріуси (як державні, так і приватні). Ніякі інші органи, крім нотаріусів не мають права вчиняти протести векселів (ст. 92 Закону України «Про нотаріат»). Вчиненням протестів нотаріат виконує функцію по охороні суб'єктивних прав фізичних і юридичних осіб.

Відповідно до ст. ст. 34, 35 Закону України «Про нотаріат», до числа нотаріальних дій, що можуть вчинятися державними та приватними нотаріусами, належать вчиняються виконавчі написи та вчиняються протести векселів. [9, С. 373] Більш детально порядок вчинення протестів векселів регулюється розділом 32 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 3 березня 2004 року № 20/5 [4, С. 149].

Протести векселів про неоплату, неакцепт, недатування акцепту, вчиняються нотаріусами відповідно до законодавства України про обіг векселів. Крім того, протести векселів вчиняються у разі: а) видачі кількох примірників векселя — протест про неперед'явлення примірника векселя, надісланого для



акцепту, держателю векселя, протест про неакцепт за другим примірником векселя, протест про неплатіж за другим примірником векселя; б) коли з векселя зроблено копію — протест про непередавання оригіналу векселя законному держателю копії векселя; в) видачі векселя строком у такий-то час від пред'явлення — протест про відмову у проставленні векселедавцем датованої відмітки про пред'явлення йому векселя.

Векселедержатель може вчинити протест векселя, насамперед за місцем оплати, що є логічно та вигідно для векселедержателя та відповідає вимогам УВЗ, п. 5 ст. 1 якого говорить про обов'язковий реквізит — місце платежу, проте за відсутності такої вказівки — місцем платежу є місцезнаходження трасата вказане поряд з його найменуванням та внесені (тобто місцезнаходження боржника). Отже місцезнаходження боржника є місцем протесту векселя згідно УВЗ. Така ситуація є вигідною перш за все кредитору і нотаріусу ще й з технічної точки зору, бо строки посылки нотисів та запиту боржника досить обмежені у часі.

Проте за певних обставин кредитору може бути проблематично або й неможливо вчинити протест за місцем платежу чи за місцезнаходженням боржника. А тому вважаємо за необхідне передбачити можливість вчинення протесту за місцезнаходженням (місцем проживання) кредитора — векселедержателя. На таке вирішення даного питання скеровує і п. 4 ст. 532 Цивільного кодексу України, де йдеться про виконання грошових зобов'язань за місцезнаходженням кредитора [4, С. 151].

Векселі для вчинення протесту про неоплату приймаються нотаріусами після закінчення дати платежу за векселем, але не пізніше 12-ої години наступного після цього строку дня.

Вексель може бути прийнятий для вчинення протесту про неакцепт протягом строків, встановлених для пред'явлення до акцепту чинним законодавством, а якщо вексель був пред'явлений до акцепту в останній день строку, то не пізніше 12-ої години наступного після цього строку дня [4, С. 151].

У день прийняття векселя до протесту нотаріус пред'являє платнику або доміциліанту (особі, яка оплачує доміцильований вексель) вимогу про оплату (або акцепт) векселя, у якій зазначає про надходження заяви про протест векселя з усіма його реквізитами та пропозицією сплатити чи акцептувати вексель у певний строк або повідомити про оплату чи акцепт векселя.

Якщо платник (доміциліант) оплатить вексель, нотаріус, не вчиняючи протесту, повертає вексель платнику, з написом на самому векселі про одержання векселедержателем платежу та інших сум за встановленою формою.

Якщо платник зробив відмітку про акцепт на переказному векселі, вексель повертається векселедержателю без протесту.

У разі відмови платника (доміциліанта) оплатити або акцептувати вексель або якщо він не з'явився до нотаріуса, нотаріус складає акт про протест про неоплату або неакцепт за встановленою формою і робить відповідний запис у реєстрі, а також відмітку про протест про неоплату або неакцепт на самому векселі [4, С. 151].

Якщо місцезнаходження платника невідоме, протест векселя повинен бути вчиненим без пред'явлення вимоги про оплату або акцепт векселя з відповідною відміткою в акті про протест та реєстрі нотаріальних дій.

Опротестований вексель повинен бути виданим векселедержателю або уповноваженій ним особі.

Згідно з Переліком документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів,

затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172 (далі Перелік), для одержання виконавчого напису подаються — оригінал опротестованого векселя та акт про протест векселя. Але, оскільки ми пропонуємо включити у ст. 92 Закону України «Про нотаріат» інші підстави для протесту згідно норм УВЗ, де є випадки коли, особа, що є держателем оригіналу векселя відмовляється передати його законному держателю векселя, то ми пропонуємо наступне.

Визначення опротестованого векселя виконавчим документом було здійснено у п. 3 Указу Президента України від 23 серпня 1998 року № 932/98 «Про врегулювання діяльності нотаріату в Україні». Закон України «Про обіг векселів в Україні» у ст. 8 фактично отожднює поняття «опротестований вексель» та «виконавчий напис нотаріуса на векселі».

Водночас, розмежування вказаних двох нотаріальних дій впливає зі змісту п.302 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, де вказано, що вексель, опротестований нотаріусом у неплатежу, є підставою для вчинення на ньому виконавчого напису в порядку пункту 293 цієї Інструкції.

Отже, суть акту про протест полягає у засвідченні факту порушення прав законного держателя векселя, а суть виконавчого напису полягає в тому, що на підставі цього документу — органи державної виконавчої служби примусово виконують взяті на себе боржником зобов'язання по сплаті коштів.

Наступним кроком нотаріуса повинен бути перевірка безперервності ряду індосаментів чи містить вексель застереження про «не за наказом», бо тоді вексель передається з дотриманням форми і з наслідками звичайної цесії.

Усе це потрібно для того, щоб встановити чи є пред'явник — законним держателем векселя (ст. 16 УВЗ).

Факт нотаріального повідомлення про оплату (чи акцепт) векселя повинен мати доказову силу, відповідно, повинен бути документально зафіксований. Документальне фіксування пред'явлення нотаріального повідомлення може бути у вигляді: 1.квитанції про відправлення цінного листа на адрес платника (чи акцептанта); 2.відмітки про відправлення телеграми; 3.відмітки про прийняття на другому екземплярі документу, який залишається у нотаріуса (якщо документ відправляється кур'ером). Можна також відіслати лист з повідомленням про вручення [4, С. 158].

Якщо особа задовольнить вимоги нотаріуса, вексель повертається держателю без вчинення протесту. При цьому на векселі ставиться відмітка про отримання платежу та інших сум, передбачених векселем та законодавством.

Якщо зобов'язана особа відмовилась вчинити необхідні дії, то складається акт про протест, а на самому векселі робиться відмітка, а також заносяться необхідні дані у реєстр нотаріусів. Опротестований вексель видається векселедержателю або уповноваженій ним особі [4, С. 158].

Отже, узагальнюючи вищевикладене, можна дійти висновку, що виконавчий напис є основним позасудовим, безспірним засобом примусового виконання зобов'язань, який дозволяє кредитору при дотриманні певних формальних вимог здійснити швидко поновлення своїх порушених прав у разі невиконання боржником своїх зобов'язань за допомогою нотаріусів.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Історія виникнення векселя, його розвиток [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.grinchuk.lviv.ua/referat/1/638.html>
2. [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://economy.at.ua/publ/11-1-0-93>

3. Вексель як об'єкт цивільних прав [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://yuristonline.com/ukr/uslugi/yuristam/literatura/chiv\\_pravo/046.php](http://yuristonline.com/ukr/uslugi/yuristam/literatura/chiv_pravo/046.php)
4. Григоровська-Якубівська Л. В. Цивільно-правові аспекти вексельного обігу в Україні: Дис. ... канд. юрид. наук. Спеціальність: 12.00.03. — Львів, 2007. — 210 с.
5. Никифорова М. А. Особенности передачи прав требования по векселю // Государство и право. — 2001. — № 2. — С. 10-15.
6. Сидоров І. Ф. Виконання вексельних зобов'язань: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Спеціальність: 12.00.03. — К., 2003. — 20 с.
7. Грошева О. Протест векселя в неоплаті // Нотаріат для Вас. Науково-практичний журнал Нотаріальної палати. — 2010. — № 1-2 (123). — січень-лютий. — Ст. 57-59.
8. Новоселова Л. А. Вексель в хозяйственном обороте. Комментарий практики рассмотрения споров. — М., 1997. — 98 с.
9. Нотаріальний мінімум 2011. — Х.: ФО- П Лисяк Л.С., 2011. — 400 с.



**Музикантова Юлія Дмитрівна**  
*асистент кафедри цивільного права і процесу Донецького національного університету*

## **ОЗНАКИ УПРАВЛІННЯ АКТИВАМИ ЯК ФІНАНСОВОЇ ПОСЛУГИ**

На сучасному етапі розвитку економічних відносин послуги займають важливе місце на ринку. Різноманітність послуг сприяє все більшому задоволенню інтересів та потреб споживачів. Так, можливість реалізації інтересів первинних інвесторів забезпечується саме фінансовими послугами шляхом вкладення вільних коштів у різні об'єкти інвестування. Інтерес до фінансових послуг обумовлюється прискореними темпами розвитку цього ринку та значним поширенням популярності їх серед населення. Це зумовило збільшення кількості наукових досліджень саме в сфері фінансових послуг як в цілому, так і окремих їх видів.

Разом з тим, детальної уваги управлінню активами в науці досі не приділялось. Дана послуга досліджувалася лише в комплексі з іншими видами фінансових послуг. Проте, враховуючи її певну специфіку та особливості вважаємо доцільним дослідити її ознаки, які відрізняють управління активами від суміжних понять.

Головною ознакою управління активами як і будь-якої іншої послуги є те, що вона є діяльністю або дією особи, яка її надає [1, С. 152]. Діяльність включає в себе сукупність дій, які послідовно змінюють і доповнюють одна одну [2, С. 17].

Разом з тим Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» визначає фінансову послугу як операцію з фінансовими активами, що здійснюється в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, — і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів» (ст. 1) [3].

При цьому в науці під операцією найчастіше розуміють фактичні дії, які тягнуть настання юридичних наслідків [4, С. 75]. Будь-який правочин вимагає здійснення операції, яка отримує відображення у зарахуванні грошових коштів на

рахунок, закріплення майна на балансі тощо. Отже, операція є зворотнім боком діяльності.

Тому, фінансову послугу слід визначати саме через діяльність, а не через окрему операцію, адже найчастіше фінансова послуга передбачає певну послідовність дій особи, що надає послуги. При чому такі дії можуть бути навіть різнорідного характеру. Якщо вести мову саме про управління активами, то до складу таких дії будуть входити дії із прийняття інвестиції (активів інвестора), здійснення правочинів із цими активами (що, безумовно, включає й документальне оформлення), а також дії з викупу цінного паперу та повернення активів та отриманого за ними прибутку.

Наступною ознакою послуг є те, що надання послуг не створює уречевленого (упредметненого) результату. Більш того, для більшості з послуг корисний ефект споживається у процесі її надання, а споживча вартість зникає [5, С. 106]. На відміну від результатів робіт, результати послуг дійсно найчастіше є невідчутними у матеріальному сенсі: для фінансових послуг вони дістають вияв у встановленні, збереженні активів замовника послуг, відтворенні або покращенні його економічного стану. Разом з тим, як зазначає В. С. Мілаш, послуги можуть бути поєднані зі створенням матеріального компонента (наприклад, виготовлення рекламних щитів за договором про надання рекламних послуг), який, проте, не являє собою самостійну цінність, а є складовою послуги (у наведеному прикладі — способом рекламування товарів) [6, С. 74-75].

Щодо фінансових послуг, то законодавець визначив, що в якості результату їх надання слід розглядати отримання прибутку або збереження реальної вартості активів. Така позиція була заперечена О. В. Остафіль, яка зазначила, що не всі фінансові установи, які надають фінансові послуги, мають на меті отримання прибутку [7, С. 8]. Не погоджуючись з даною точкою зору, звертаємо увагу, що мова йде про отримання прибутку споживачами фінансових послуг, а не особами, що їх надають.

Отже, корисний ефект фінансової послуги не споживається у процесі її надання, а його споживча вартість не зникає, що дістає прояв у наявності інвестиційного прибутку, нарахованого за активами інституційного інвестора. Це свідчить про те, що корисний ефект продовжує існувати після закінчення діяльності з управління активами.

Управління активами, як і будь-яка послуга, є невіддільною від джерела її надання, тобто як зазначає Д. І. Степанов «послуга завжди виступає у «прив'язці» до конкретного суб'єкта» [8, С. 175]. Більш того, для фінансових послуг, як професійних за своєю сутністю, характерна наявність спеціального суб'єкта. Так, управління активами здійснюється виключно компаніями з управління активами (а у випадках, встановлених законом — банком або адміністратором недержавного пенсійного фонду).

Особливістю управління активами як фінансової послуги є, насамперед, те, що вона надається однією фінансовою установою (компанією з управління активами) іншій (інституційному інвесторові). При чому вона є обов'язковою та спрацьовуюю у зв'язці з іншими послугами: інституційного інвестора, зберігача та реєстратора.

З вищенаведеного до правових ознак управління активами як фінансової послуги можна віднести наступні ознаки:

- 1) управління активами є діяльністю особи, яка її надає;
- 2) управління активами є невіддільною від джерела послугою, а її надання здійснюється спеціальними суб'єктами;

3) є обов'язковою (без неї неможливо реалізувати право на послуги інституційних інвесторів — інвестиційних та недержавних пенсійних фондів) та спрацьовує у зв'язці з іншими послугами: інституційного інвестора, зберігача та реєстратора;

4) управління активами як фінансова послуга не створює учречовленого (упредметненого) результату, якщо активи повертаються у первинному розмірі, та має учречовлений результат — якщо на активи інституційного інвестора був отриманий інвестиційний прибуток;

5) корисний ефект фінансової послуги не споживається у процесі її надання, а його споживча вартість не зникає, що дістає прояв у неможливості використання інвестиційного прибутку до завершення дії договору управління активами. Це свідчить про те, що корисний ефект продовжує існувати після закінчення діяльності з управління активами;

6) здійснюється в інтересах третіх осіб за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, — і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів;

7) здійснюється з метою отримання інвестиційного прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Шешенин Д. Е. Предмет обязательства по оказанию услуг: Сб.научных трудов Свердловского юрид. ин-та. — Вып. 3. — Свердловск: Изд-во Свердловского юрид.ин-та, 1964. — С. 151-193.

2. Степанов Д. Услуги как объект гражданских прав // Российская юстиция. — 2005. — № 2. — С. 37-41.

3. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12.07.2001 р. // Відомості Верховної Ради. — 2002. — № 1. — Ст. 1.

4. Пыхтин С. Правовая природа банковских операций // Хозяйство и право. — 2009. — № 11. — С. 68-83.

5. Ємельянчик С. Послуга в цивільному праві // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 3. — С. 105-108.

6. Мілаш В. С. До питання про об'єкт договору про надання послуг // Вісник господарського судочинства. — 2008. — № 4. — С. 72-77.

7. Остафіль О. В. Управління інвестиційними процесами на ринку фінансових послуг України: Автореф. дис. ... канд. екон. наук: 08.00.03. — Львів, 2007. — 25 с.

8. Степанов Д. Услуги как объект гражданских прав. — М.: Статут, 2005. — 349 с.

**Семенова Анна Павловна**  
*преподаватель кафедры гражданско-правовых дисциплин УНИИМК  
Харьковского национального университета внутренних дел*

## **ПРЕДМЕТ ДОГОВОРА ПРОКАТА ТРАНСПОРТНЫХ СРЕДСТВ**

В соответствии со ст. 787 Гражданского кодекса Украины (далее — ГК) по договору проката наймодаделец, который осуществляет предпринимательскую деятельность по передаче вещей в найм, передает или обязуется передать движимую вещь нанимателю в пользование за плату на определенный срок.

В советском гражданском праве данные правоотношения именовались — договор бытового проката, из чего прямо следовала цель — удовлетворение бытовых потребностей граждан, т. е. использование ими вещей для личных нужд, без цели получения прибыли. В современной же цивилистической науке применяется термин — договор проката, однако это не меняет сущности и содержания данных правоотношений по передаче движимого имущества во временное владение и пользование. Хотя ч. 2 ст. 788 ГК говорит о том, что предмет договора проката может быть использован в производственной деятельности, если это прямо указано в договоре. Однако, не следует отождествлять прямое получение прибыли от использования данного предмета в процессе производства, как вспомогательного средства.

Итак, прокат призван удовлетворять бытовые потребности граждан. Перечень услуг, которые относятся к бытовым установлен постановлением Кабинета Министров Украины от 27.04.98 г. В котором законодатель называет услуги по прокату водных велосипедов, водных лыж, лодок, катеров, прокат транспортных средств, мотоциклов, мотороллеров, легковых и грузовых автомобилей, прицепов и других устройств.

В соответствии ст. 21 Закона Украины «О транспорте» от 10.11.1994 г. транспортная система Украины включает в себя: транспорт общественного пользования; промышленный транспорт; ведомственный транспорт; трубопроводный транспорт; пути сообщения общественного пользования.

В связи с тем, что транспорт указанный в пп. 2-5 имеет свое целевое назначение и как правило, определенный круг субъектов права собственности, для данной работы наибольший интерес представляет транспорт общественного пользования.

Закон Украины «О транспорте» от 10.11.1994 г. содержит перечень видов транспорта общественного пользования. Итак, транспорт общественного пользования: железнодорожный; морской; речной; авиационный; автомобильный; городской электротранспорт, в том числе метрополитен. На счет данного вида сразу сделаем оговорку. В соответствии п. 2 ч. 1 ст. 1 Закона Украины «О транспорте» от 10.11.1994 г. заказчиком такого транспорта могут быть только местные органы исполнительной власти, органы местного самоуправления и (или) уполномоченные ими юридические лица, которые заказывают такие услуги. Из чего можно сделать вывод, что данный вид транспорта используется субъектами в интересах государства и обязательно с целью получения прибыли для пополнения государственного бюджета и не может быть предметом договора проката транспортных средств.

Перечисленные виды транспорта входят в единую транспортную систему Украины, которая состоит из объектов, предназначенных для функционирования

и обслуживания транспорта и непосредственно транспортных средств, как основной части транспорта Украины.

На основании вышесказанного, предметом договора проката транспортных средств может быть:

1. железнодорожное транспортное средство, как составная часть железнодорожного транспорта. А именно — железнодорожный подвижной состав: вагоны всех типов, локомотивы, мотореечный транспорт и контейнеры.

Это следует из положения п. 4 ст. 5 Закона Украины «О железнодорожном транспорте» от 04.07.1996 г., в соответствии с которым подвижной состав и контейнеры могут предоставляться в аренду или во временное пользование.

2. морское транспортное средство — это транспортное средство, которое является частью морского транспорта. Действующее законодательство отдельного понятия морское транспортное средство. В Кодексе торгового мореплавания содержится понятие торгового судна. Торговое судно — это самоходное или несамоходное транспортное средство, которое используется для перевозки грузов, пассажиров, багажа и почты и т. д. В соответствии с данным кодексом, существует несколько видов торговых судов, среди которых возможным предметом договора проката транспортных средств могут быть маломерные суда, так как все иные имеют свое целевое назначение.

Правила безопасной эксплуатации баз маломерных (малых) судов, утвержденные приказом Министерства транспорта Украины от 16.07.2004 г., а именно п.1.6 определяет, что маломерным (малым) судном является такое судно, наибольшая длина корпуса которого равна 20 метрам и меньше, за исключением буксиров, толкачей, ледоколов, судов перевозящих более 12 пассажиров, грузовых судов, плавкранов и судов технического флота. А Порядок осуществления таможенного контроля за перемещением через таможенную границу Украины товаров и других предметов с использованием морского, речного и паромного видов транспорта, утвержденный приказом Государственной налоговой службы Украины от 23.01.2001 г. говорит, что маломерное судно — это яхта, катамаран, спортивный и прогулочный катер и водный мотоцикл. Именно эти виды «плавучих» транспортных средств могут быть предметом договора проката транспортных средств.

3. речное транспортное средство — это речные суда, являющиеся частью речного транспорта. Но поскольку в нашем договоре мы не рассматриваем крупногабаритные, военные, ядерные и иные транспортные средства, то считаем разделение на морские и речные транспортные средства, которые могут быть предметом договора проката не обязательным и предлагаем применять вышеупотребленный термин — «плавучие транспортные средства», которые могут быть предметом правоотношений по передаче имущества во временное владение и пользование.

4. авиационное транспортное средство — это часть авиационного транспорта Украины. В соответствии со ст. 15 Воздушного кодекса Украины воздушные суда в Украине бывают:

1. Государственные — используемые в военной, таможенной, пограничной и милицейской службах, зарегистрированные в реестре государственных воздушных средств и соответственно не могут быть предметом договора проката транспортных средств;

2. Экспериментальные — предназначенные для тестирования, исследовательско-конструкторских и научно-исследовательских работ. Нигде не регистрируются.

3. Гражданские, зарегистрированные в реестре гражданских воздушных судов;

Экспериментальные же и гражданские воздушные суда вполне могут выступать в качестве предмета договора проката транспортных средств, т. к. на основании ст.31 Воздушного кодекса Украины, воздушное судно может быть передано в аренду, даже иностранным гражданам.

5. Автомобильное транспортное средство — это колесное, т. е. предназначенное для движения безрельсовыми дорогами, транспортное средство.

В соответствии с ч. 3 ст. 1 Закона Украины «Об автомобильном транспорте» от 04.05.2001 г. видами автомобильных транспортных средств являются: автобус, грузовой автомобиль, легковой автомобиль, прицеп, полуприцеп. Эти колесные средства и могут быть предметом договора проката транспортных средств.

Итак, исходя из вышесказанного, приходим к выводу, что предметом договора проката транспортных средств могут быть: железнодорожный подвижной состав: вагоны всех типов, локомотивы, мотореечный транспорт и контейнеры; маломерный (малый) плавучий транспорт; экспериментальные и гражданские воздушные суда, а так же автобус, грузовой автомобиль, легковой автомобиль, прицеп и полуприцеп. Следует отметить, что данный перечень не является исчерпывающим и может быть дополнен иными транспортными средствами.

Необходимость определения предмета договора проката транспортных средств вызвана его недостаточной распространенностью по сравнению со схожими договорами перевозки такси и найма транспортных средств с участием физического лица.

В отличие от договора перевозки в договоре проката транспортных средств наличие экипажа — это свободное волеизъявление нанимателя, отсутствие оплаты за провозимый багаж, подтверждением заключения договора непосредственно является его копия, не требует предварительной договоренности и не контролирует возможность присутствия иных пассажиров.

По сравнению с договором найма транспортного средства с участием физического лица, договор проката транспортных средств не требует нотариального удостоверения, является более выгодным для нанимателя (налоговые платежи и текущий ремонт — обязанность наймодателя), рассчитан на широкий круг лиц и не может быть заключен на неопределенный срок.

В соответствии со ст. 10 Закона Украины «Об автомобильном транспорте» от 04.04.2001 г. тарифная политика на автомобильном транспорте должна удовлетворять предпринимательский интерес, обеспечивать развитие автомобильного транспорта, стимулировать развитие новейших технологий перевозки, применение современных типов транспортных средств, а также способствовать разрешению таких вопросов:

- увеличение возможностей субъектов хозяйствования, для обеспечения потребностей потребителей в услугах, привлечение инвестиций в развитие автотранспорта и т. П.;

- стимулирование конкуренции и появление новых субъектов хозяйствования в сфере автомобильного транспорта.

Для реализации данной тарифной политики, предлагаем совершенствовать частно-правовые (гражданские) правоотношения возникающие в связи с передачей имущества во временное пользование, а именно, развивать отношения связанные с договором проката транспортных средств.

Следует так же отметить, что данные правоотношения широко развиты во всем мире и пользуются значительным спросом, что в связи с предстоящими



событиями 2012 г. имеет огромное значение для государства на мировом уровне. Таким образом, договор проката транспортных средств не только имеет преимущества перед договором перевозки такси и договором найма транспортных средств с участием физического лица, но и является необходимо важным как для физических лиц, так и для государства в целом.



**Суц Олена Петрівна**

*викладач кафедри правових основ підприємницької діяльності Навчально-наукового інституту права та масових комунікацій Харківського національного університету внутрішніх справ*

## **СИСТЕМА ДОГОВОРІВ ЩО ОПОСЕРЕДКОВУЮТЬ ДІЯЛЬНІСТЬ З КОРПОРАТИВНОГО ІНВЕСТУВАННЯ ТА ЇХ КЛАСИФІКАЦІЯ**

Унікальність договорів загалом як правового явища виявляється в тому, що договір як взаємне волевиявлення сторін, як домовленість може набувати характеру норми права, що забезпечується примусовою силою держави і, у свою чергу, надає організованості, порядку і стабільності економічним відносинам. Конструкція договору досить інтенсивно застосовується при регулюванні відносин, з корпоративного інвестування [8]. При здійсненні діяльності із корпоративного інвестування використовуються досить різнопланові за своїми предметами договори — на передачу права власності, на надання різного роду послуг, на обслуговування та інші.

Питання договорів при здійсненні корпоративного інвестування має велике як теоретичне так і практичне значення. Це зумовлено тим, що означений вид діяльності базується саме на договірній основі і договір є однією із форм закріплення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків учасників корпоративного інвестування. Відповідно до ч.1 ст.9 Закону України «Про інвестиційну діяльність» [1] основним правовим документом, що регулює взаємовідносини між суб'єктами інвестиційної діяльності, є договір (угода). Сферою регулювання таких договорів визнається вся система договірних відносин, що виникають при розміщенні матеріальних, або інших цінностей з метою отримання прибутку від вкладення їх у цінні папери інших емітентів у вигляді дивідендів або різниці між купівлею та продажем акцій, корпоративні права та нерухомість.

Нормативно-правовою базою, що регулює договірні правовідносини при здійсненні корпоративного інвестування є Цивільний кодекс України (далі — ЦК України), Господарський кодекс України (далі — ГК України), Закон України «Про інститути спільного інвестування (корпоративні та пайові інвестиційні фонди)» (далі — Закон) [2], Закони України «Про інвестиційну діяльність», Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» та підзаконні нормативно-правові акти ДКЦПФР.

Назване питання у юридичній науці отримало лише поверхнєве вивчення у наукових дослідженнях таких вчених-правників, як: А. В. Омельченка [3], Р. Б. Шишки [4], В. М. Лисиці [5], вказані науковці розглянули лише загальні засади договорів в інвестиційній діяльності, не приділяючи уваги договорам у сфері корпоративного інвестування. О. М. Вінник звертає увагу на деякі правові аспекти корпоративної форми інвестування та можливості поєднання її з

договірною у разі інвестування в організацію корпоративного типу [6, С. 104]. Ю. М. Жорнокуй аналізує положення законодавства України щодо забезпечення договорів у сфері корпоративного інвестування [7; С. 74]. О. Е. Сімсон [9] надає загальну правову класифікацію договорів інвестиційного характеру та розглядає цивільно-правові договори інвестиційного характеру. Але все ж таки, не дивлячись на наявність наукових праць, повною мірою у наукових дослідженнях поки що не проведено всебічну характеристику договорів, що опосередковують правові відносини у сфері корпоративного інвестування.

У зв'язку з наведеним виникає потреба узагальнення сучасних наукових позицій щодо договірних відносин при здійсненні корпоративного інвестування, визначення поняття договорів при здійсненні корпоративного інвестування та загальна характеристика таких договорів на основі аналізу чинного законодавства.

До основних проблем договірної регулювання корпоративного інвестування можемо віднести:

1. У кодифікованих законодавчих актах (ЦК України і ГК України) та у підзаконних нормативно-правових актах, відсутня чітка регламентація та порядок укладення договорів при здійсненні корпоративного інвестування;

2. Чинне законодавство містить вказівку про необхідність затвердження вимог ДКЦПФР до ряду договорів, які застосовуються з приводу надання послуг із оцінки вартості нерухомого майна інститутів спільного інвестування, розміщення та викупу цінних паперів інститутів спільного інвестування та обслуговування інститутів спільного інвестування, але чітких вимог щодо істотних умов зазначених договорів не встановлено;

3. Відсутнє теоретичне осмислення поняття договорів при здійсненні корпоративного інвестування та чітка класифікація таких договорів;

4. Суб'єктам корпоративного інвестування та особам, які забезпечують діяльність з корпоративного інвестування, дозволено на власний розсуд обирати відповідні договірні конструкції. Але наявність імперативних вимог до порядку та умов укладення договорів створюють для суб'єктів корпоративного інвестування перешкоди для здійснення своєї діяльності. Тому слід зауважити, що ігнорування закріплення на законодавчому рівні договірних конструкцій корпоративного інвестування може призвести до негативних наслідків як для інвесторів так і для реципієнтів. Серед таких наслідків можемо виділити, зокрема, неможливість виявлення дійсного волевиявлення сторін, перешкоджання здійсненню їх суб'єктивних прав і виконанню юридичних обов'язків.

Критерієм поділу зазначених договорів є цільова спрямованість договорів, сторони, предмету та об'єкт договору. За цільовою спрямованістю пропонуємо класифікувати договори корпоративного інвестування на: договори, які укладаються з метою здійснення корпоративного інвестування та договори, які забезпечують здійснення корпоративного інвестування. До першої групи договорів можемо віднести договори про придбання цінних паперів; договори на придбання (передання) прав, посвідчених цінними паперами; договори про передачу майна у власність чи користування з метою здійснення корпоративного інвестування; договори про управління активами корпоративних інвестиційних фондів з компанією з управління активами, договори про створення пайових інвестиційних фондів.

До другої групи договорів — договорів, які забезпечують здійснення корпоративного інвестування можемо віднести: договори з депозитарієм, аудитором, реєстратором, зберігачем та з незалежним оцінювачем майна.

За предметом договору можемо виділити договори: 1) на передачу майна у власність чи користування з метою здійснення корпоративного інвестування; 2) про обслуговування: договір про управління майном (активами ІСІ); обслуговування випуску цінних паперів; 3) про надання послуг.

За об'єктом договору виділяємо: 1) договори, об'єктами яких є цінні папери (акції, інвестиційні сертифікати); 2) договори, об'єктами яких є активи ІСІ.

За сторонами, між якими укладаються договори, можемо виділити: 1) договори, які укладаються безпосередньо між суб'єктами корпоративного інвестування для здійснення своєї діяльності; 2) договори, які укладаються між суб'єктами корпоративного інвестування та особами, які забезпечують цей процес (депозитарієм, аудитором, реєстратором, зберігачем та незалежним оцінювачем майна).

Отже, система договорів, що опосередковують діяльність з корпоративного — сукупність договорів, що закріплюють суб'єктивні права і юридичні обов'язки учасників корпоративного інвестування. Критерієм класифікації договорів, вказаних договорів є: цільова спрямованість договорів, сторони, предмет та об'єкт договору.

До системи договорів з корпоративного інвестування відносимо такі договори: договори, які укладаються з метою здійснення корпоративного інвестування та договори, які забезпечують здійснення корпоративного інвестування; договори на передачу майна у власність чи користування з метою здійснення корпоративного інвестування; договори про обслуговування (договір про управління активами ІСІ, обслуговування випуску цінних паперів); договори про надання послуг; договори, об'єктами яких є: цінні папери (акції, інвестиційні сертифікати) чи активи ІСІ; договори, які укладаються між суб'єктами корпоративного інвестування для здійснення своєї діяльності; договори, які укладаються між суб'єктами корпоративного інвестування та особами, які забезпечують цей процес (депозитарієм, аудитором, реєстратором, зберігачем та незалежним оцінювачем майна).

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Про інвестиційну діяльність: Закон України від 18.09.1991 р. № 1560-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 47. — Ст. 646.

2. Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди): Закон України від 15.03.2001 р. № 2299-III // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 21. — Ст. 103.

3. Омельченко А. В. Інвестиційне право. — К., 1999. — 176 с.

4. Шишка Р. Б. Инвестиционное право Украины. — Х., 2000. — 176 с.

5. Лисица В. Н. Международные инвестиционные соглашения. — Новосибирск, 2004. — 266 с.

6. Вінник О. М. Інвестиційне право. — К., 2005. — 568 с.

7. Жорнокуй Ю. М. Нормативно-правове забезпечення договорів у сфері корпоративного інвестування // Підприємництво, господарство і право. — 2006. — №11. — С.74-76.

8. Жорнокуй Ю. М. Поняття спільного (корпоративного) інвестування // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — №10. — С. 8-11.

9. Сімсон О. Е. Інвестиційні та інноваційні правовідносини: Перспективи розвитку публічної та приватної сфер: Монографія. — К.: Концерн «Видавничий Дім Ін Юре», 2005. — 416 с.



**Шандра Марина Юрьевна**  
*аспирант кафедры гражданского права Юридического института  
Дальневосточного Федерального Университета*

## **ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДОГОВОРА РОЗНИЧНОЙ КУПЛИ-ПРОДАЖИ ЛЕКАРСТВЕННЫХ СРЕДСТВ В РФ**

В Гражданском кодексе Российской Федерации (далее по тексту ГК РФ) в статье 492 дано определение договора розничной купли-продажи, одного из видов договора купли-продажи. Согласно статье 492 ГК РФ по договору розничной купли-продажи продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу, обязуется передать покупателю товар, предназначенный для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью.

Договор розничной купли-продажи лекарственных средств, как и любой другой договор купли-продажи, обладает своими особенностями.

Правовое регулирование договора розничной купли-продажи лекарственных средств осуществляется посредством общих и специальных норм права.

К общему регулированию договора розничной купли-продажи лекарственных средств применяются нормы параграфа 2 главы 30 ГК РФ, так как лекарственные средства это один из видов товаров. Однако договорные отношения по поводу розничной реализации лекарственных средств регулируются огромным количеством специальных нормативных актов, среди которых, основным является Федеральный закон от 12.04.2010 г. № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» [1].

Договор розничной купли-продажи лекарственных средств обладает всеми признаками договора розничной купли продажи: является консенсуальным, взаимным, возмездным, публичным.

К основным элементам договора купли продажи относятся стороны договора, предмет договора, цена, срок, форма договора и содержание. Безусловно, что применительно к различным видам договора купли-продажи, а также отдельным разновидностям договора розничной купли-продажи наполненность и содержание каждого из элементов будет различным. Договор купли-продажи лекарственных средств не является исключением.

Продавцом в договоре розничной купли-продажи — является субъект предпринимательской деятельности, осуществляющий продажу товаров в розницу с целью получения прибыли. Покупателем в договоре розничной купли-продажи может быть любое юридическое или физическое лицо, приобретающее товар для личного, семейного, домашнего и иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью [2, С 104].

Законодательством предусмотрены особые требования к продавцу по договору розничной купли-продажи лекарственных средств. Продавцом лекарственных средств может быть юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, обладающей лицензией на право осуществления фармацевтической деятельности. А индивидуальный предприниматель должен еще соблюсти ряд условий, одним из которых является наличие высшего или среднего фармацевтического образования и наличие сертификата специалиста.

Арбитражным судом Республики Карелия аптечная организация была

привлечена к ответственности за осуществление фармацевтической деятельности в помещении, адрес которого не был указан в лицензии [3].

Таким образом, круг возможных продавцов по договору розничной купли-продажи лекарственных средств уже, чем круг продавцов по договору розничной купли-продажи иных товаров.

Продавец реализует лекарственные средства в аптечных организациях, виды которых утверждены Приказом Минздравсоцразвития России от 27.07.2010 г. № 553-н «Об утверждении видов аптечных организаций».

Категория покупателей по договору розничной купли-продажи лекарственных средств также имеет свои ограничения. В силу пункта 2 статьи 492 ГК РФ договор розничной купли-продажи является публичным и в соответствии со статьей 426 ГК РФ коммерческая организация обязана заключать договор с любым кто к ней обратиться. Однако в договоре розничной купли-продажи лекарственных средств особенным является предмет и в связи с этим не каждый обратившийся имеет право на заключение договора розничной купли-продажи лекарственных средств. Законодатель предусматривает целую систему правовых режимов лекарственных средств, отличающуюся жесткостью накладываемых ограничений на их оборотоспособность.

Различают:

- лекарственные средства, гражданский оборот которых не ограничивается. К ним, например, относятся те лекарственные средства, которые могут продаваться в аптеках без рецепта врача.

- лекарственные средства, ограниченные в гражданском обороте. Это лекарственные средства, которые не свободны в обороте и не изъяты из оборота. К ним относятся лекарственные средства, отпускаемые по рецепту врача.

- лекарственные средства, изъятые из оборота. На основании ст.2 Федерального закона от 08.01.1998 г. № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах» Правительство РФ в составе Перечня наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, подлежащих контролю в Российской Федерации, утвердило 30 июня 1998 года Список наркотических средств, оборот которых в РФ запрещен.

Поэтому для покупки рецептурного лекарственного средства у покупателя должен быть рецепт, выписанный врачом. Из-за требования о наличии рецепта не каждый гражданин может быть субъектом договора розничной купли-продажи лекарственных средств.

Несмотря на то, что лекарственные средства являются непродовольственными товарами, в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 19.01.1998 г. № 55 «Об утверждении Правил продажи отдельных видов товаров, перечня товаров длительного пользования, на которые не распространяется требование покупателя о безвозмездном предоставлении ему ...» (Далее по тексту Постановление № 55) лекарственные средства не подлежат возврату или обмену на аналогичный товар в случае передачи покупателю товара надлежащего качества. Но согласно п.27 Постановления № 55 при этом покупатель вправе потребовать полного возмещения убытков, причиненных ему вследствие продажи товара ненадлежащего качества.

Предметом по договору купли-продажи лекарственных средств являются лекарственные средства как один из видов вещей. Особенность лекарственных средств как предмета договора заключается в том, что они могут быть как свободными в обороте, так и ограниченными и изъятыми из оборота.

В соответствии со статьей 500 ГК РФ покупатель обязан оплатить товар по

цене, объявленной продавцом в момент заключения договора купли-продажи. Договор розничной купли-продажи является публичным договором, а нормы о публичном договоре предусматривают одинаковые для всех условия, в том числе и условия о цене. Однако в этой же статье 426 ГК РФ закреплены нормы, позволяющие для отдельных категорий граждан устанавливать льготы. Поэтому совершенно законно выделяется группа лиц, которые приобретают лекарственные средства по льготным ценам.

В связи с этим законодатель отдельно выделяет лекарственные средства, отпускаемые на условиях льготной оплаты, или отдельным категориям граждан вообще бесплатно. И это целесообразно, так как льготное обеспечение граждан лекарственными средствами является способом их социальной защиты.

Одной из особенностей договора розничной купли-продажи лекарственных средств является, так же, государственное регулирование цен на жизненно необходимые и важнейшие лекарственные средства (далее по тексту ЖНВЛС). Распоряжением Правительства РФ от 11.11.2010 г. № 1938-р «Об утверждении перечня жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов на 2011 год» утвержден перечень ЖНВЛС. Постановлением Правительства РФ от 29.10.2010 г. № 865 «О государственном регулировании цен на лекарственные препараты, включенные в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов» утверждены правила установления предельных размеров розничных надбавок на ЖНВЛС.

Вопрос о форме договора розничной купли-продажи лекарственных средств можно отнести к категории дискуссионных. Прежде всего, необходимо отметить, что договор розничной купли-продажи лекарственных средств является договором присоединения.

Форма договора розничной купли-продажи лекарственных средств, как и договора розничной купли-продажи иных товаров, регулируется статьей 493 ГК РФ. Если иное не предусмотрено законом или договором розничной купли-продажи, в том числе условиями формуляров или иных стандартных форм, к которым присоединяется покупатель, договор розничной купли-продажи считается заключенным в надлежащей форме с момента выдачи продавцом покупателю кассового или товарного чека или иного документа, подтверждающего оплату товара.

Предложение заключить договор розничной купли-продажи лекарственных средств может быть выражено в виде публичной оферты. В соответствии со статьей 494 ГК РФ публичная оферта должна содержать существенные условия договора розничной купли-продажи. Выставление (на прилавках, в витринах и т.п.) товаров, демонстрация их образцов или предоставление сведений о продаваемых товарах (описаний, каталогов, фотоснимков товаров и т.п.) в месте их продажи признается публичной офертой независимо от того, указаны ли цена и другие существенные условия договора розничной купли-продажи, за исключением случая, когда продавец явно определил, что соответствующие товары не предназначены для продажи.

Однако оформление аптечных витрин строго регламентировано в ряде документов. К ним относятся: ФЗ «Об обращении лекарственных средств», Закон РФ от 07.02.1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей», Приказ Минздрав России от 04.03.2003г. № 80 «Об утверждении Отраслевого стандарта «Правила отпуска (реализации) лекарственных средств в аптечных организациях. Основные положения» (Далее по тексту Приказ Минздрав № 80) и статьей 24 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе».

Приказом Минздрава России от 13.11.1996 г. № 377 «Об утверждении Инструкции по организации хранения в аптечных учреждениях различных групп лекарственных средств и изделий медицинского назначения» и Приказом Минздрава России от 05.11.1997 г. № 318 «Об утверждении Инструкции о порядке хранения и обращения в фармацевтических (аптечных) организациях с лекарственными средствами и изделиями, обладающими огнеопасными и взрывоопасными свойствами» установлены требования к устройству и эксплуатации помещений хранения, общие требования к организации хранения лекарственных средств. Думается, что лекарственные средства представленные на витринах то же хранение, поэтому при оформлении витрин необходимо руководствоваться этими приказами.

Рецептурное лекарственное средство не может быть выложено на витрину и, следовательно, не может быть предложено в продажу в форме публичной оферты.

Росздравнадзор неоднократно выявлял нарушения, выразившееся в допущение выкладки на витрине лекарственного средства, отпускаемого по рецепту врача [4]. Арбитражный суд Челябинской области считает, что выкладка на витрине рецептурного лекарственного средства является нарушением порядка рекламирования лекарственных средств отпускаемых по рецепту врача [5]. По мнению восемнадцатого Арбитражного Апелляционного суда, данное нарушение является грубым нарушением условий, предусмотренных лицензией и не может быть рассмотрено как малозначительное [6].

Права продавца лекарственных средств во многом такие же, как и у любого другого продавца. Однако и в данном вопросе имеются некоторые особенности.

У продавца есть право в случае отсутствия в аптечной организации выписанного врачом лекарственного средства осуществить его синонимическую замену.

В случае если покупателю необходима неполная упаковка лекарственных средств, продавец при отпуске лекарственного средства имеет право нарушить вторичную упаковку с обязательным указанием при этом серии и срока годности лекарственного средства на аптечной упаковке и предоставлением необходимой информации. Не допускается нарушение первичной упаковки лекарственного средства.

Права покупателя по договору розничной купли-продажи лекарственных средств не являются специфичными по отношению к правам покупателя договора розничной купли-продажи.

Следует признать, что обязанности продавца лекарственных средств, более расширены, ограничены и регламентированы законодательством, по сравнению с обязанностями продавца других товаров.

Основная обязанность продавца по договору розничной купли-продажи лекарственных средств, как и по любому другому договору купли-продажи, состоит в передаче покупателю приобретенных товаров. В статье 469 ГК РФ и Законе «О защите прав потребителей» сказано, что продавец обязан передать покупателю товар, качество которого соответствует договору купли-продажи.

Думается, что качество лекарственных средств будет соответствовать договору купли-продажи, тогда когда оно будет соответствовать стандартам качества лекарственных средств, подтвержденным декларацией соответствия. Поэтому продавец обязан передать товар, соответствующий этим требованиям.

Так же, по договору розничной купли-продажи лекарственных средств, продавец до момента заключения договора обязан предоставить информацию о данном лекарственном средстве.

К информации указанной в статьях 495 ГК РФ, Закона «О защите прав потребителей», п. 11 Постановления № 55, продавец лекарственных средств обязан предоставить информацию о государственной регистрации лекарственного средства с указанием номера и даты его государственной регистрации, правил приема и хранения лекарственного средства.

В соответствии с Приказом Минздрава № 80 продавец обязан по просьбе покупателя представить дополнительную информацию о приобретаемом лекарственном средстве, об имеющихся в аптечной организации синонимах приобретаемого лекарственного средства и их ценах.

Нормы ст. 456 ГК РФ закрепляют обязанность продавца по передаче документов, относящихся к товару. Так, в соответствии с ФЗ «Об обращении лекарственных средств», лекарственное средство должно содержать инструкцию на русском языке.

Продавец лекарственных средств обязан делать предпродажную подготовку, которая включает: распаковку, рассортировку и осмотр товара; проверку качества товара (по внешним признакам); наличие необходимой информации о товаре и его изготовителе (поставщике).

Одной из основных и важных обязанностей является требование продавца предоставить рецепт для продажи рецептурного лекарственного средства.

С обязанностью требовать рецепт связана обязанность продавца передать товар в определенном количестве. В отличие от договора розничной купли-продажи других товаров, где стороны могут самостоятельно определять количество продаваемых товаров, количество лекарственных средств отпускаемых покупателю может быть определено в рецепте. В силу Приказа Минздравсоцразвития России от 14.12.2005 г. № 785 «О порядке отпуска лекарственных средств» продавец обязан отпустить то количество лекарственных средств, которое указано в рецепте, либо если нет нужного количества — меньше, но не больше.

В соответствии с рецептом продавец обязан передать товар в определенном ассортименте.

Продавец обязан обеспечить продажу лекарственных средств минимального ассортимента, необходимых для оказания медицинской помощи, перечень которых устанавливается Министерством здравоохранения и социального развития РФ.

Продавец также обязан продать лекарственное средство только в готовом для употребления виде и количестве, необходимом для выполнения врачебных назначений.

Аптечная организация должна иметь вывеску в соответствии с требованиями установленными в Приказе Минздрава № 80. Данная вывеска не является рекламой [7]. За несоответствие вывески установленным требованиям, арбитражные суды не раз привлекали аптечные организации к ответственности. Так, например, Арбитражным судом Карелии, общество было привлечено к ответственности, где одним из нарушений являлось не соблюдение требований к вывеске. Данное решение было проверено в кассационной инстанции Федеральным арбитражным судом СЗО, который решение оставил без изменения.[8] Привлечение к ответственности за нарушение требований о вывеске не единичный случай. [9; 10]

В соответствии со статьей 454 ГК РФ у покупателя по договору розничной купли-продажи лекарственных средств, как и у покупателя по договору розничной купли-продажи других товаров, есть обязанность принять товар и уплатить за



него определенную денежную сумму.

У покупателя по договору розничной купли-продажи лекарственных средств есть одна особенная обязанность, которая заключается в предоставлении рецепта для покупки рецептурного лекарственного средства или лекарственного средства из списка сильнодействующих с содержанием наркотических средств и психотропных веществ.

В соответствии с действующим законодательством для продавца лекарственных средств предусмотрена дисциплинарная, административная, уголовная, гражданская ответственность.

Возмещение ущерба не освобождает фармацевтических работников от привлечения их к дисциплинарной, административной или уголовной ответственности в соответствии с законодательством РФ, законодательством субъектов РФ.

Законом «О защите прав потребителей» и главой 59 ГК РФ предусмотрена ответственность продавца за ненадлежащую информацию, за нарушение прав потребителей, за вред, причиненный вследствие недостатков товаров, за вред причиненный жизни или здоровью гражданина при исполнении договорных обязательств. Данными нормами предусмотрена ответственность в виде возмещения убытков, выплаты неустойки, возмещение вреда в полном объеме, а так же выплаты компенсации морального вреда.

Среди нарушений правил отпуска лекарственных средств наиболее частым является реализация лекарственных средств без рецептов [11; 12; 13; 14].

Частями 2, 3, 4 статьи 14.1 Кодекса об административном правонарушении РФ предусмотрена ответственность за нарушение лицензионных условий, максимальное наказание за которое может быть — приостановление деятельности аптечной организации.

Таким образом, представляется, что законодатель жестко ограничивает рамки ответственности за неисполнение обязанностей продавца. Ответственность же покупателя никакими дополнительными нормами не регулируется, и в случае причинения вреда сводится лишь к общей гражданской ответственности.

Как видно, основанием для выделения розничного договора купли-продажи лекарственных средств в отдельный вид является предмет договора. В качестве предмета выступают лекарственные средства, как один из видов вещей, среди которых выделяют оборотоспособные, ограниченно оборотоспособные и изъятые из оборота. Договор купли-продажи лекарственных средств обладает всеми признаками договора купли продажи: является консенсуальным, взаимным, возмездным, публичным.

Однако данный договор имеет ряд особенностей:

Сторонами данного договора могут выступать продавец и покупатель, в отношении которых установлены определенные требования.

Условия о цене договора в отдельных случаях носят специфичный характер в виду установления льготного режима отпуска лекарственных средств, а также государственного регулирования ЖНВЛС.

Обязанности и права продавца урегулированы не только нормами ГК РФ, но и нормами специального законодательства, состоящего как из Федерального закона «Об обращении лекарственных средств», так и подзаконных нормативных правовых актов, имеющих зачастую императивный характер.

### ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:

1. Об обращении лекарственных средств: Федеральный закон от 12.04.2010 г. № 61-ФЗ// Собрание законодательства Российской Федерации. — 2010. — № 16. — Ст. 1815
2. Гражданское право: Учебник / [под ред. М. Б. Смоленский]. — Ростов н/Дону, 2004. — 230 с.
3. Решение Арбитражного Суда республики Карелия РФ от 20.06.2008 г. № А26-3178/2008 // информационно правовая система «Кодекс».
4. Решение Арбитражного Суда Омской области РФ от 12.02.2009 г. № А46-966/2009 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.arbitr.ru/bras>
5. Решение Арбитражного Суда Челябинской области РФ от 27.01.2009 г. № 50-54 2009 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.arbitr.ru/bras>
6. Постановление восемнадцатого Арбитражного Апелляционного Суда РФ от 10.09.2008 г. № А76-7294/2008 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.arbitr.ru/bras>
7. Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе: Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда России от 25.12.1998 г. № 37 // Библиотечка «Российской газеты». — 2001. — № 11.
8. Постановление Кассационной инстанции Федерального Арбитражного Суда Северо-Западного Округа РФ от 05.02.2009 г. № Ф07-11719/08 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.arbitr.ru/bras>
9. Решение Арбитражного Суда Тамбовской области РФ от 13.01.2009 г. № А64-6618/08 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.arbitr.ru/bras>
10. Решение Арбитражного Суда Рязанской области РФ от 01.09.2006 г. № А54-3256/2006 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.arbitr.ru/bras>
11. Решение Арбитражного Суда Самарской области РФ от 20.02.2009 г. № А55-485/2009 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.arbitr.ru/bras>
12. Постановление семнадцатого Арбитражного апелляционного суда РФ от 19.02.2009 № 17АП-744/09 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.arbitr.ru/bras>
13. Решение Арбитражного суда Омской области РФ от 06.02.2009 г. № А46-24440/2008 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.arbitr.ru/bras>
14. Постановление кассационной инстанции Федерального Арбитражного Суда Волго-Вятского Округа РФ от 20.01.2009 г. № А82-11604/2008-28 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.arbitr.ru/bras>



**Шкварок Лідія Володимирівна**

*викладач кафедри цивільного права і процесу Тернопільського національного економічного університету, здобувач кафедри загально правових дисциплін Київської національної академії внутрішніх справ*

## **ПРАВОВИЙ ДОГОВІР В КОНТЕКСТІ ТВОРЕННЯ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА**

Взаємовідносини у громадянському суспільстві ґрунтуються на принципах діалогу, його високої культури. Діалог — наука наук громадянського суспільства. Діалог влади з народом, діалог державних і громадянських структур, громадянських структур між собою. Діалог цивілізований і конструктивний. Іншого в громадянському суспільстві не дано.

А що як не правовий договір, який теж у своїй сутності виступає діалогом, можна вважати основою побудови громадянського суспільства? Саме поняття «договір» дуже глибоке по значенню. Термінологічно воно походить із дії, точніше спілкування, розмови між людьми, і має певний результат у вигляді певної домовленості між ними.

Договір постає як певна універсальна категорія суспільного життя і економічних відносин, являється свобідним регулятором, причому договірне регулювання вважається природнім або, можна сказати, природнім само регулятором суспільства та економіки [1, С. 22].

Інакше кажучи, розвиток договірних відносин являється природнім і неминучим результатом людського спілкування.

Потрібно звернути увагу на одну особливість формування громадянського суспільства в Україні — віче. Віче — це орган прямого народоправства, що функціонував у вигляді зборів громадян старшого міста землі (чи князівства) і розглядав та виносив ухвали в справах, що стосувалися цілого князівства чи цілої землі. Віче в Україні (появилось ще за часів України-Русі) збиралося на збори нерегулярно. На ньому були присутні повноправні громадяни старшого міста землі чи князівства й ті з мешканців менших міст (пригородів) і сіл, що в даний час перебували в старшому місті. Збиралося віче на княжому дворі, торговиці чи церковному майдані. Межа компетенцій віча великою мірою збігається з межею функцій князя і боярської ради. Звичайно, правильного обміркування справ віче не знало, оскільки такі широкі складом збори не могли це забезпечити. Проте, позитивним було те, що між князем та народом ухвалювався договір, що являвся в певній мірі конституцією, що було обов'язковим до виконання всіма верствами населення. [2, С. 638-642]

Тобто, вже за часів Київської Русі провадилася така форма домовленості як договірна, і такий договір укладався між правителем та його народом. Можна сказати, що це було досягненням певної домовленості між двома сторонами, виражене в укладанні специфічного договору як діалогу між владою і народом.

За часів Литовсько-Руської доби появилися адміністрації: центральна та місцева. Устрій більших міст держави в цей час організовувався за німецьким — магдебурзьким — правом. Перші випадки надання його мали місце в Галицькій Україні і припадали на кінець XIV століття. Ширше розповсюдження магдебурзького права в містах розпочалося в XVI столітті. Магдебурзьке право надавалося окремим містам спеціальним привілеєм великого князя, і надання його вилучало місто із залежності від місцевої адміністрації. Міщанство

переводилося на окремих, замкнений стан, що мав свої станові органи самоуправління.

Загалом, магдебурзьке право — міське право у середньовіччі, надання якого королівською владою частково звільняло міста від повинностей щодо короля і феодалів та узаконювало самоврядування. Виникло у XIII ст. у м. Магдебурзі (Німеччина) і до XVIII ст. функціонувало в Україні (Київ, Кременець, Вінниця, Чернігів, Полтава та ін.). З поширенням з 1775 року в Україні загальноросійських царських законів дане право припинило свою дію. Остаточо скасоване в Україні 1831 р. (у Києві — 1835 р.). У складі Австрії магдебурзьке право припинене у Львові 1786 року. [3, С. 43-44]

Що ж було причиною виникнення магдебурзького права? Ринкові відносини. Розвиток торгівлі висунув потребу не лише охорони від зовнішніх ворогів, захисту свободи і незалежності від місцевих феодалів, а й внутрішньої самоорганізації та самоуправління. Економічний розвиток обумовлює становлення вільних громад, самоврядність яких виникає і розвивається шляхом надання містам окремих грамот-привілеїв. [4, С. 58]

Грамота на права і вигоди містам Російської імперії від 21 квітня 1785 року дала можливість міським жителям збиратися і скласти «общество градское», яке користувалось правами і вигодами: обирало міського голову, бургомістрів і ратманів (членів магістрату), їм дозволялось скласти скарбницю своїми добровільними внесками і використовувати її за спільною згодою. Сільське самоврядування регулювалось «Положением о сельском состоянии», в якому спеціальний розділ був присвячений формуванню сільських громад та волостей і врядуванню. [5, С. 62]

Творці відновленої в 1917-18 роках Української Держави спирали свою відповідну акцію на простий і якісний принцип самовизначення націй, що впливає з основних засад демократії, яка, в свою чергу, була плодом природного права. Тобто, відновлена українська державність, що опирається на природне право нації вільно і необмежено визначати свою державну долю. Основні акти відновленої Української держави виразно покладаються на цю правову підставу (Універсали Української Центральної Ради та декларації правління УНР, пізніші грамоти гетьмана Скоропадського та декларації Директорії УНР, її правління та Трудового Конгресу України). [2, С. 647]

Таким чином, існує єдність правової підстави Української держави, а звідси і тотожність цієї держави. В ній впродовж її розвитку мінялися тільки форми правління (режими) та суспільні владні групи, що надавали владному режимові суспільного змісту.

Крім того, потрібно зауважити, що УНР 1917-1918 років було правовою державою. Держава дбала про добро громадян, економічно слабших, щоб скріпити силу цілої нації.

У проекті Конституції Української Народної Республіки систему місцевого самоврядування становили землі, волості й громади, а їх відносини з державою регулювались таким чином: «Не порушуючи єдиної своєї власті, УНР надає своїм землям, волостям і громадам права широкого самоврядування, дотримуючись принципу децентралізації». Радам і Управам громад, волостей і земель «належить єдина безпосередня місцева влада: міністри УНР тільки контролюють і координують їх діяльність, безпосередньо і через визначених ними урядовців, не втручаючись до справ, тим Радам і Управам призначених, а всякі спори в цих справах рішає Суд Української Народної Республіки». До компетенції Ради

Народних Міністрів входили лише ті питання, які залишаються поза межами установ місцевої самоуправи або стосуються УНР в цілому [6, С. 34].

Після жовтня 1917 року земське самоврядування було скасовано як таке, що відживає. У наукових дослідженнях радянських часів концепцію місцевого самоврядування вважали плодом буржуазної державознавчої науки, неприйнятної для соціалістичного суспільства з його формою організації державної влади в центрі і на місцях, побудованій за принципом її єдності і неподільності. Правовий статус територіальних громад (колективів) в інших країнах досить детально досліджувався вченими. В Україні досліджень по даній тематиці майже немає. Територіальний колектив як самостійний тип соціальної спільноти не розглядався навіть у загальній типології і класифікації колективів, наведеній у ряді філософських робіт [7, С. 115].

Місцеве самоврядування, згідно зі ст. 140 Конституції України, є правом територіальної громади самостійно вирішувати питання місцевого значення як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування.

Дефініція територіальної громади, що міститься в Законі України від 21 травня 1997 року «Про місцеве самоврядування в Україні» практично повторює конституційне формулювання, за винятком хіба що акценту на постійне проживання жителів у межах певної адміністративно-територіальної одиниці: «Територіальна громада — жителі, об'єднані постійним проживанням у межах села, селища, міста, що є самостійними адміністративно-територіальними одиницями, або добровільне об'єднання жителів кількох сіл, що мають єдиний адміністративний центр». В Україні кожному, хто на законних підставах перебуває на її території, гарантується свобода пересування, вільний вибір місця проживання. Людина, обираючи місце свого проживання, одночасно вирішує питання членства в територіальній громаді. Територіальній громаді надано право вирішувати питання місцевого значення. Чинне законодавство України не містить поняття «питання місцевого значення», не зазначено критерії, які мають бути покладені в основу розмежування питань місцевого, регіонального і державного значення.

Європейська Хартія місцевого самоврядування зазначає, що здійснення публічних повноважень, як правило, повинно переважно покладатися на органи влади найбільш близькі до громадян. Надання будь-яких з цих повноважень іншому органу влади має проводитись з урахуванням обсягу і природи поставленого завдання, а також вимог ефективності й економії [8, С. 615-620].

Європейська хартія місцевого самоврядування визначає принципи місцевої автономії і місцевого фінансування, якщо така автономія має бути справжньою. Задоволення матеріальних, соціальних та духовних потреб може забезпечуватися лише через відкритий діалог між офіційним керівництвом і окремими громадянами місцевої громади. Тому закон про місцеве самоврядування має містити принципи, завдяки яким ті люди, чиї майнові й особисті права значною мірою зачіпаються адміністративними актами й рішеннями, були поінформовані про них, могли висловити свої міркування і таким чином ставали активною частиною процесу прийняття рішень. Крім того, жоден захід на будь-якому владному рівні не повинен вживатися, якщо наслідки такого рішення виходять за межі інтересів тих людей і того рівня, для яких воно призначалося. Такий усебічний підхід має прийти на зміну нинішній вертикальній системі управління містами, яка створила низку ізольованих державних секторів, визначених поглядами фахівців на різноманітні управлінські функції з непроникними адміністративними межами. [9, С. 24-25]

Місцеве самоврядування є правом територіальної громади — жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища та міста — самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України. Адже основоположні права громадян — на освіту, на працю, на відпочинок, на медичне обслуговування тощо — реалізуються у відносинах, що виникають в основному на місцевому рівні.

Отже, можна зробити висновок, що центральне місце серед форм реалізації громадянам своїх прав щодо місцевого самоврядування мають посідати правові договори, які виражатимуть правотворчість і правозастосування. Правові договори, які впливатимуть на конкретні сторони суспільного життя, будуть забезпечувати формування і функціонування конкретних суб'єктів і об'єктів громадського суспільства. Процес реалізації природних прав та свобод людей одержує свій цілеспрямований розвиток за допомогою використання правових договорів, що визначають форми, методи, межі й правила діяльності як суб'єктів влади, так і громадян. Основним тут є виступатиме не тільки така риса договору, як вольовий характер, але і правовий його зміст. Тобто, договірні відносини будуть ґрунтуватися на вільному волевиявленні сторін і тягнутимуть за собою певні юридичні наслідки. Зміст договорів, їх економічна і соціальна спрямованість залежатимуть від виконання певних завдань та функцій і обумовлені ними, вони самі виступатимуть одним із найважливіших засобів реалізації домовленостей між владою та громадянами, як своєрідного діалогу, що є основою громадянського суспільства. Правові договори в даному випадку будуть пов'язані із вирішенням кожної соціальної проблеми, важливих завдань економічного, соціального, культурного, і навіть політичного будівництва. Оскільки однією з властивостей договорів є їх вольовий характер, і ця риса обумовлена природою права, то в громадянському суспільстві саме він матиме за основу вольовий вплив на вирішення питань суспільного життя. Правові договори також будуть створювати певні юридичні наслідки, тому що мають відповідну юридичну силу. Таким чином, правові договори є, на мою думку, основним засобом реалізації громадянами своїх повноважень на місцевому рівні (як основне джерело формування права), посідають центральне місце в системі правових засобів здійснення місцевої і регіональної влади.

Звичайно, територіальна громада в Україні як інститут лише формується. У рамках територіальної громади, якій надано автономію, громадяни країни мають реальну можливість самостійно будувати собі життя, не сподіваючись на чийсь допомогу і на доброго керівника держави.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Забоев К. И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. . — М., 2003. — 278 с.
2. Енциклопедія українознавства. Загальна частина. —К.: А.Т. «Книга», 1995. — Т. 2. — 800 с.
3. Словничок юридичних термінів: Навч. посіб. / [за ред. В. П. Марчука]. — К.: МАУП, 2003. — 128 с.
4. Матвеева Т. О. Из історії інституту місцевого самоврядування на Україні // Проблеми активізації конституційно-правових досліджень і вдосконалення викладання конституційного права: Зб. наук. статей. — Харків: Національна юридична академія України, 1999. — 218 с.
5. Грицак І. Місцеве самоврядування України в історії та сучасності // Вісник Української академії державного управління. — 1996. — № 1. — С. 61-64.

6. Баймуратов М. О., Батанов О. В. Деякі теоретичні аспекти становлення функцій територіальних громад в Україні // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. — 1999. — № 1. — С. 33-37.

7. Муніципальне право України: Підручник / В. Ф. Погорілко, О. Ф. Фрицький, М. О. Баймуратов та ін. / [за ред. В. Ф. Погорілка, О. Ф. Фрицького]. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — 300 с.

8. Международные акты о правах человека. Сборник документов. — М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1998. — 874 с.

9. Ткачук А., Агранофф Р., Браун Т. Місцеве самоврядування: світовий та український досвід: Навч. посіб. — К.: Заповіт, 1997. — 192 с.



**Щерба Любов Романівна**

*здобувач Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

## **ПОНЯТТЯ ТА КЛАСИФІКАЦІЯ ДОГОВОРІВ КОЛЕКТИВНОГО УПРАВЛІННЯ МАЙНОВИМИ АВТОРСЬКИМИ ТА СУМІЖНИМИ ПРАВАМИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ**

### **1. Поняття договору колективного управління майновими авторськими та (або) суміжними правами**

Важливе наукове і практичне значення мають питання дослідження поняття, критеріїв класифікації, різновидів та особливостей договорів колективного управління майновими авторськими та (або) суміжними правами, які передбачені чинним законодавством й адаптовані вітчизняною правозастосовною практикою. В умовах неналежної якості чинного законодавства і практики його застосування додаткової актуальності набувають питання виявлення і врахування тенденцій розвитку зазначеної групи договорів, які знаходять відображення в юридичній доктрині і перспективному законодавстві (проектах законів) з питань колективного управління майновими авторськими та суміжними правами.

Правовідносини колективного управління майновими правами суб'єктів авторського права і суміжних прав можуть виникати з двох підстав: в силу прямої вказівки закону або на підставі договору колективного управління майновими правами суб'єктів авторського і (або) суміжних прав, з властивими таким правочинам поняттям, істотними умовами, суб'єктним складом і змістом.

Закон України «Про авторське право і суміжні права» не містить поняття договору колективного управління майновими правами суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав.

Передані на розгляд Верховної Ради України проекти Законів з питань колективного управління майновими авторськими та суміжними правами не приділяють достатньої уваги питанням визначення поняття договору колективного управління майновими правами на твори, виконання, фонограми, відеограми.

Водночас, заслуговує уваги передбачене проектом Закону положення про те, що до прав установників і вигодонабувачів прирівнюються права осіб, що діють на підставі ліцензійного договору про надання виключної ліцензії на

використання об'єкту права інтелектуальної власності визначеним способом (визначеними способами) на території України протягом визначеного законом строку дії майнових прав, з правом надання невиключних ліцензій щодо використання зазначених об'єктів іншим особам (частини 1, 19 ст. 1 проекту Закону про колективне управління) [1].

Наведене свідчить про актуальність визначення сутнісних ознак і типової приналежності таких договорів з метою сприяння вирішенню колізій з цього приводу у практиці правозастосування.

За договором колективного управління майновими правами суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав одна сторона — управитель (організація колективного управління), здійснює в інтересах іншої сторони — довірителя (автор, виконавець, інший суб'єкт авторського права і (або) суміжних прав) юридичні і фактичні дії, спрямовані на укладення договорів на використання творів з користувачами, збір і розподіл винагороди, інші дії, необхідні для захисту невиключних майнових прав на використання твору виконання, відеограми, фонограми, аудіограми, управління якими здійснює управитель від власного імені або від імені довірителя та в його інтересах за плату, в строк і на умовах договору і закону.

## **2. Класифікація та особливості договорів, що укладаються організаціями колективного управління майновими авторськими та (або) суміжними правами**

Залежно від суб'єктного складу і предмету можна виділити три групи договорів, які укладаються організаціями колективного управління майновими авторськими і (або) суміжними правами: (а) договори колективного управління правами; (б) договори на виплату колективної винагороди; договори на представництво інтересів вигодонабувачів, укладені з іншими організаціями колективного управління.

За обсягом прав договори колективного управління правами в свою чергу можна поділити на три групи, а саме:

(а) договір колективного управління майновими правами, відповідно, на твори, виконання, фонограми, відеограми, що укладається з установником управління;

(б) договір колективного управління правом на отримання винагороди (правом на плату), що укладається з вигодонабувачем;

(в) договори на представництво інтересів довірителів, укладених з іншими організаціями колективного управління.

Договори на виплату колективної винагороди може бути поділено на дві групи залежно від характеру прав:

(а) договір надання дозволу на використання репертуару організації колективного управління, що укладається з користувачем;

(б) договір на виплату колективної винагороди, що укладається з користувачем.

Самостійну групу договорів, які укладаються організаціями колективного управління, становлять договори на представництво інтересів довірителів, укладені з іншими організаціями колективного управління.

До цієї групи відносяться три види договорів, залежно від місця проживання вигодо набувачів.

Першу групу становлять договори, за якими організація колективного управління представляє на території України інтереси вигодо набувачів та



установників управління у сфері авторського права і суміжних прав-нерезидентів на основі договорів з іноземними організаціями колективного управління.

До другої групи відносяться договори, за якими українська організація колективного управління представляє за кордоном інтереси вигодонабувачів та установників управління у сфері авторського права і суміжних прав — резидентів на основі договорів з іноземними організаціями колективного управління.

Третю групу становлять договори про взаємне співробітництво кількох організацій колективного управління для здійснення спільних функцій, пов'язаних зі збором і (або) перерозподілом колективної винагороди між собою, зокрема для цілей збирання колективної винагороди на підставі укладених з користувачами договорів, а також перерозподілу зібраної колективної винагороди між іншими організаціями колективного управління.

Загальне правило договорів колективного управління правами і договорів на виплату колективної винагороди полягає в тому, що умови зазначених договорів повинні бути однаковими, відповідно, для всіх установників управління, вигодонабувачів і всіх користувачів однієї категорії, з урахуванням способу, характеру, тривалості використання творів, виконань, фонограм, відеограм.

При здійсненні діяльності з колективного управління правами на твори, виконання, фонограми, відеограми, управитель у сфері авторського права і суміжних прав здійснює таке колективне управління на підставі і з урахуванням вимог і обмежень, встановлених договорами колективного управління правами і (або) законом.

Залежно від форм, колективне управління правами на підставі договорів, укладених за участі організацій колективного управління, зазвичай може впроваджуватися як добровільне колективне управління, розширене колективне управління, обов'язкове колективне управління.

Добровільне колективне управління здійснюється з ініціативи установників управління і (або) вигодонабувачів за договорами колективного управління правами, укладеними між цими особами і організацією колективного управління.

Розширене колективне управління здійснюється на підставі загально визнаного публічного визнання результатів діяльності у певному секторі організації колективного управління в інтересах установників управління і (або) вигодонабувачів, у тому числі суб'єктів майнових прав на твір, виконання, фонограму, відеограму, майнові права яких на території України не представлені управителем у сфері авторського права і суміжних прав — резидентом України.

Суб'єкт майнових авторських та суміжних прав (тобто, на твір, виконання, фонограму, відеограму), який не передав жодній з організацій колективного управління повноважень на управління своїми майновими правами інтелектуальної власності, має право отримати в організації колективного управління, яка, застосовуючи розширене колективне управління, збрала, належну йому частину колективної винагороди (роялті). Крім того він має право вимагати (за винятком передбачених законом випадків) не пізніше визначеного законодавством строку (за Законопроектом — не пізніше трьох місяців після подання вимоги), вилучення свого, відповідно, твору, виконання, фонограми, відеограми з договорів на виплату колективної винагороди з користувачами, які укладено такою організацією.

При цьому, організація колективного управління зобов'язана виплатити суб'єкту майнових прав на твір, виконання, фонограму, відеограму належну йому винагороду (роялті), одержану такою організацією від користувачів, які здійснили

використання відповідного твору, виконання, фонограми, відеограми за раніше укладеними договорами.

Обов'язкове колективне управління застосовується у випадках і в порядку, визначеному законодавством, та передбачає забезпечення діяльності з колективного управління правами, в тому числі, виплати винагороди за використання, відповідно, творів, записаних виконань, фонограм, відеограм вигодонабувачам, незалежно від волі цих осіб стосовно використання їхніх творів, записаних виконань, фонограм, відеограм. При цьому, вигодонабувач не має права відмовитися від отримання такої винагороди навіть заздалегідь.

Такий підхід знайшов відображення в проекті Закону України «Про колективне управління правами на твори, виконання, фонограми, відеограми» від 07.05.2008 р. за реєстр. № 2451 (надалі — проект Закону про колективне управління) [1].

Зокрема, в Законопроекті йдеться про три випадки обов'язкового колективного управління: (а) ретрансляція твору, фонограми, відеограми, зафіксованого виконання; (б) право слідування, публічний показ оригінального твору мистецтва; (в) відтворення репрографічним способом, відтворення і використання твору, виконання фонограми, відеограми в особистих цілях; (г) публічне виконання, публічний показ, публічне сповіщення, опублікованих з комерційною метою фонограми, відеограми зафіксованого виконання.

Загальне правило полягає в тому, що ретрансляція твору (частини, уривка твору) здійснюється без згоди вигодонабувача, як-то автора такого твору чи його спадкоємця, але з виплатою йому, за результатами відповідної діяльності з колективного управління, винагороди (роялті).

Зміст права слідування полягає в тому, що автор оригінального твору мистецтва, а, у разі його смерті, — спадкоємець автора, забезпечується правом слідування у розмірі 5 відсотків з діяльності аукціону, галереї, салону, крамниці чи інших осіб, які здійснюють діяльність у сфері виставкової діяльності і (або) сфері торгівлі, крім випадків, передбачених законодавством.

Норма ст. 13 Законопроекту містить правило, згідно з яким відтворення твору репрографічним способом (далі — репрографічне відтворення), відтворення у домашніх умовах і використання виключно в особистих цілях аудіовізуального твору, фонограми, відеограми і твору та виконання, записаного у фонограмі, відеограмі (далі — відтворення і використання) здійснюється без згоди вигодонабувача, як-то, відповідно, автора, виконавця, виробника фонограми, виробника відеограми чи його правонаступника, але з виплатою йому, за результатами діяльності з відповідного колективного управління, винагороди (роялті).

Законопроект передбачає правило про те, що публічне виконання, показ, сповіщення опублікованих з комерційною метою фонограми, відеограми зафіксованого виконання здійснюється без згоди вигодонабувачів, як-то, відповідно, виробника фонограми, виробника відеограми, виконавця, чи їх правонаступників, але з виплатою зазначеним вигодонабувачам, за результатами відповідної діяльності з колективного управління, винагороди (роялті) за таке пряме чи опосередковане використання опублікованих з комерційною метою (далі — легітимне використання), фонограми, відеограми, виконання, зафіксованого у фонограмі, відеограмі (далі — зафіксованого виконання).

### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Про колективне управління правами на твори, виконання, фонограми, відеограми: Проект Закону України від 07.05.2008 р., реєстр. № 2451, внесений народними депутатами України С. Давимукою і Я. Кендзьором.



# ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ СОБСТВЕННОСТИ

**Кохановська Олена Велеоніівна**

*професор кафедри цивільного права Київського національного університету імені  
Тараса Шевченка, доктор юридичних наук, доцент, член-кореспондент  
Національної академії правових наук України*

## РОЗВИТОК ТЕОРІЇ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ

Замислюючись над сутністю швидкоплинних процесів розвитку технологій в сучасному світі, починаєш розуміти, що в недалекому майбутньому людство постане перед складним вибором — рухатися далі, не звертаючи увагу на потреби окремої людини, чи повернутися обличчям до неї і спробувати зробити цей світ не лише винятково комп'ютеризованим і глобалізованим, але і комфортним, безпечним, надихаючим на творчість і спілкування, здатним до співчуття і полегшення долі кожного. Сучасний французький філософ Андре Конт — Спонвиль, шукаючи відповідь на питання про найважливіше, що характеризує нашу епоху і цивілізацію, зазначав: «... щодо дослідження людської думки і творчості нам вельми далеко до епохи Античності, до ХУІ і ХУІІІ століть. Немає жодних підстав вважати, що наступні десять століть будуть виключними. Ні один скульптор не перевищить майстерність давніх греків, ніхто не напише музику краще, ніж та, що подарувало нам ХУІІІ століття, і не досягне вершин поезії ХІХ століття. Двадцяте століття здійснило прорив у сфері науки і багато досягло у політичній сфері. Не дивлячись на всі жахи цього століття, воно надало нам неперевершені досягнення у сфері прав людини в усьому світі. Але неможливо одночасно встигнути в усіх напрямках»[1, с.7].

Вже більше десяти років ми живемо у ХХІ столітті, яке називають глобальним інформаційним, інноваційним, епохою нових знань — і найбільш талановиті ми сьогодні, мабуть, саме в продукуванні, створенні, обміні, поширенні і засвоєнні інформації, і тільки від нас залежить — чи перетвориться ця епоха в подальшому в епоху мудрості, людяності і справедливості, або стане епохою незворотних негативних процесів руйнування людини і світу.

Безперечно, основне місце в усі згадувані часи, так само як і сьогодні в процесах гуманного позитивного поступу людства займає творчість людини, яка є її глибоко усвідомленою потребою самовираження, самоствердження, привнесення в оточуючий світ глибинних душевних переживань задля пошуку гармонії і вдосконалення. Здатність до творчої і інтелектуальної діяльності завжди вирізняє людину серед інших живих істот і не залежить від віку, стану здоров'я, наявності здібностей чи таланту.

Серед найбільш природних і перспективних напрямів дослідження проблем творчості і інтелектуальної діяльності був і залишається цивільно-правовий напрямок. Інститути права інтелектуальної власності — авторське право і суміжні права; право промислової власності сформувалися з урахуванням особливостей зазначених видів творчої діяльності і складають основний предмет наукових досліджень. Надзвичайно актуальними для вивчення на протязі останніх десяти років стали проблеми індивідуалізації засобів індивідуалізації і їх виробників.

Зокрема, тематиці торгівельних марок було присвячено декілька дисертаційних досліджень.

Визначення поняття права інтелектуальної власності, яке піддається і сьогодні аналізу, надається в загальному вигляді у ст. 418 ЦК України як право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений законом [2].

Відомо, що як термін, поняття "інтелектуальна власність" з'явився ще наприкінці XIX століття і був сприйнятий неоднозначно як вченими, так і спеціалістами — практиками. Два основних підходи щодо цього терміну з самого початку зводилися або до повного сприйняття і схвалення його законодавчого закріплення, — або до заперечень наявності його ґрунтового наукового пояснення і пропозицій використовувати його не у правових нормах, а у політичних актах. Як можна з'ясувати із змісту наукових робіт українських правознавців, дискусії щодо правової природи прав інтелектуальної власності, не тільки не припиняються, а набувають все нових прихильників з кожної позиції. Прибічники теорії права інтелектуальної власності як права власності чи квазівласності свої думки обґрунтовували і обґрунтовують сьогодні переважно аргументами про те, що інтелектуальна власність — це власність особливого роду, а об'єкти права інтелектуальної власності називають часто безтілесними речами. Між тим, термін "інтелектуальна власність" є умовним і свого роду даниною історичній традиції, тому нині немає підстав допускати поширення на ці права правового режиму, який застосовується до речей, майна.

Не ставлячи за мету послідовний і вичерпний аналіз тем і змісту досліджень українських науковців за останні роки, присвячених праву інтелектуальної власності, ми вважаємо актуальним і своєчасним проаналізувати загальний напрямок наукової думки вітчизняної цивілістики в одній з найбільш привабливих для вивчення сфер. Оскільки створення творів науки, літератури, мистецтва та інших об'єктів права інтелектуальної власності призводить до виникнення прав інтелектуальної власності на зазначені об'єкти, значна кількість цивілістів присвячує свої роботи з'ясуванню особливостей різного роду об'єктів права інтелектуальної власності. Так, в 2005 — 2011 р. р. найбільш актуальними слід назвати розробки проблем правової охорони об'єктів прав інтелектуальної власності та інформаційних відносин, визначення сутності і особливостей різних об'єктів авторського права і права промислової власності, об'єктів засобів індивідуалізації і так званих «нетрадиційних об'єктів», які за цей же період часу стали об'єктами доволі традиційними, якщо під цим терміном розуміти їх поширеність і рівень розробленості питань, які призвели до їх глибокого теоретичного вивчення і досить детального врегулювання в законодавстві України.

Аналізуючи досягнення наукової думки в Україні останніх років, можна відзначити, що засобам індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг у цивільному праві України присвятив свою роботу А. О. Кодинець (2006 р.); О. В. Заєць — праву вільного використання об'єктів авторського права за цивільним законодавством України (2009 р.); І. І. Ващинець — цивільно-правовій охороні авторських прав в умовах розвитку інформаційних технологій (2006 р.); Є. А. Булат підготувала дисертацію про наукове відкриття, як об'єкт цивільних правовідносин (2010 р.); цивільно-правові засоби індивідуалізації фізичних осіб стали предметом дослідження Н.В.Волкової (2008 р.), а цивільно-правова охорона винаходів в Україні — Я. Г. Вороніна (2009 р.); правову природу доменних імен Інтернет вивчав на рівні дисертаційного дослідження Д. В. Бойко (2005 р.); права

на комерційну таємницю в Україні (цивільно-правовий аспект) — Ю. В. Носік (2006 р.); право на інформацію в цивільному праві України — Б. М. Гоголь (2010 р.); правову охорону комп'ютерної програми як об'єкта інтелектуальної власності — С. А. Петренко (2010 р.).

Крім того, об'єкти права інтелектуальної власності розглядалися як найбільш актуальні для досліджень ще рядом науковців — цивілістів, які захистили свої дисертаційні дослідження в період 2005 — 2011 р.р.: так, О. В. Піхурець захистила кандидатську дисертацію на тему «Охорона права на торговельну марку (цивільно-правовий аспект)» (2005 р.); В. С. Дмитришин — на тему «Набуття та передання авторських прав на комп'ютерні програми» (2008 р.); тема дисертаційного дослідження П. А. Калениченко — «Охорона авторського і суміжних прав у музичному шоу — бізнесі України» (2008 р.); С. Ю. Бурлакова — «Кінематографічний твір як об'єкт права інтелектуальної власності» (2008 р.); Я. О. Іолкіна — «Право на торговельну марку в Україні» (2009 р.); Є. А. Грекова — «Авторське право на твори архітектури» (2007 р.); С. І. Ішук — «Право інтелектуальної власності на комерційне (фірмове) найменування» (2009 р.); М. М. Ашарової — «Правова охорона службових винаходів в Україні» (2011 р.); М. І. Стреля — «Авторське право на літературні й художні твори в Європейському Союзі та Україні: порівняльно-правове дослідження» (2011 р.); Т. В. Івченко — «Цивільно-правове регулювання комерційної таємниці як об'єкта права інтелектуальної власності в Україні» (2009 р.).

Таким чином, протягом останніх 5-6 років було досліджено переважну більшість відомих в Україні і закріплених в якості об'єктів на законодавчому рівні об'єктів права інтелектуальної власності: літературні і художні твори; музичні твори; твори архітектури; кінематографічні твори; комп'ютерні програми; винаходи; службові винаходи; відкриття; засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг в цілому і торговельна марка; комерційні (фірмові) найменування — окремо; комерційна таємниця, ноу-хау, а також доменні імена і музичний шоу — бізнес.

Як вже зазначалося, окремо розглядалися як предмет досліджень об'єкти інформаційних правовідносин — інформація як така, доменні імена тощо, формуючи новий блок дисертаційних досліджень нового для цивільного права інституту інформаційних прав. Комплексне і узагальнююче дослідження на стику права інтелектуальної власності та інформаційних правовідносин здійснив І. І. Ващинець в своїй роботі «Цивільно-правова охорона авторських прав в умовах розвитку інформаційних технологій». Так само цікавим стало дослідження О. В. Заєць «Право вільного використання об'єктів авторського права за цивільним законодавством України».

Дослідженню правового регулювання відносин інтелектуальної власності у Європейському Союзі присвячено роботу Р. Є. Еннана (2010 р.). До цього в 1998 р. нами було проведено дослідження цивільно-правових аспектів регулювання відносин у сфері використання інформаційних систем. Таким чином, проблеми правового, а саме цивільно-правового регулювання відносин у сфері права інтелектуальної власності в Україні в останні 5 років досліджувались переважно як один із аспектів тематики дисертацій. Це можна пояснити тим, що розробниками ЦК України було враховано практично всі наявні до 2003 року пропозиції щодо врегулювання відносин у сфері права інтелектуальної власності і перед науковцями постали важливі завдання їх подальшого аналізу, висновків і пропозицій.

Оскільки договірні відносини були і залишаються однією з актуальніших тем у цивільному праві, значна кількість робіт в 2005-2011 р.р. тою чи іншою мірою торкаються проблем договірних відносин у сфері права інтелектуальної власності. В переліку таких досліджень — робота М. М. Великанової «Договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт» (2009 р.); О. А. Богуцького «Договори про надання телекомунікаційних послуг» (2010 р.); В. С. Дмитришина «Набуття та передання авторських прав на комп'ютерні програми» (2008 р.); Т. І. Бегової «Поняття «ноу-хау» та договір про його передачу» (2008 р.); А. В. Кирилюк «Ліцензійний договір на використання літературних творів (цивільно-правовий аспект)» (2010 р.). Між тим, однією з найбільш ґрунтовних робіт залишається дослідження В. М. Крижної «Ліцензійний договір — правова форма реалізації патентних прав» (1999 р.).

Проблемам захисту прав інтелектуальної власності в різних аспектах присвятили свої роботи Г. О. Ульянова — «Захист авторських прав у правовідносинах, які виникають у зв'язку з рекламою» (2008 р.); О. В. Ришкова — «Захист прав інтелектуальної власності за цивільним законодавством України» (2007 р.); О. О. Джуринський — «Захист від недобросовісної конкуренції (цивільно-правовий аспект)» (2010 р.). Слід також пригадати роботу М. В. Селіванова «Захист права на комп'ютерну програму (авторсько-правовий аспект)» 2002 р., оскільки вона була написана до прийняття ЦК України 2003 р.

Зазначимо наприкінці, що перспективними слід назвати і підготовлені для розгляду парламентом України близько 20 проектів законодавчих актів відносно питань інтелектуальної власності, інноваційної діяльності та інформатизації які заплановано розглянути у 2011 р. Верховною Радою України. Серед них — проект закону про внесення змін до деяких законів України відносно врегулювання ряду питань у сфері інтелектуальної власності; проект закону про внесення змін до деяких законів України відносно пріоритетних напрямків інноваційної діяльності; проект закону про внесення змін до деяких законодавчих актів з питань інтелектуальної власності (у другому читанні), метою якого є приведення норм законодавства з питань інтелектуальної власності у відповідність до Цивільного кодексу України і адаптація до вимог законодавства Європейського Союзу; проекти законів про внесення змін в Закон України «Про авторське право і суміжні права» (відносно порядку збору авторської винагороди організаціями колективного управління) і про внесення змін в деякі законодавчі акти відносно врегулювання питань авторського права і суміжних прав тощо.

Активну позицію законодавця в питанні формування ефективних правових норм для якісного захисту прав інтелектуальної власності підтримують вчені — правознавці України. Забезпечення всебічної реалізації інтелектуальних прав розглядається ними як невід'ємна складова найпріоритетніших завдань сучасної науки.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Андре Конт — Спонвиль, Люк Ферри. Мудрость современности. Десять вопросов нашему времени./ Андре Конт — Спонвиль, Люк Ферри. — М.: Издательство Российского университета дружбы народов, 2009. — 608 с.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.



**Луць Володимир Васильович**

*завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Академії муніципального управління, доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України*

**СТРОКИ (ТЕРМІНИ) У ПРАВОВІДНОСИНАХ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ  
ВЛАСНОСТІ**

Строки (терміни) відіграють важливу роль у правовідносинах інтелектуальної власності, виступаючи часовою (темпоральною) формою існування та реалізації суб'єктивних прав та обов'язків учасників цих правовідносин. Відповідно до статей 251 і 252 Цивільного кодексу України (надалі — ЦК) строком є певний період у часі, зі спливом якого пов'язана дія або подія, яка має значення. Строки визначаються роками, місяцями, тижнями, днями або годинами. Терміном є певний момент у часі, що визначається календарною датою або вказівкою на подію, яка має неминуче настати.

Підгалуззю цивільного права як галузі права є право інтелектуальної власності, нормами якого регулюються відносини, пов'язані з творчою діяльністю людини. Як відзначено у частинах 1 і 2 ст. 418 Цивільного кодексу України (надалі — ЦК), право інтелектуальної власності — це право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначених цим кодексом та іншим законом. Право інтелектуальної власності становлять особисті немайнові та (або) майнові права інтелектуальної власності, зміст яких щодо певних об'єктів цього права визначається цим кодексом та іншим законом.

При характеристиці моментів виникнення і строків здійснення суб'єктивних прав на об'єкти інтелектуальної власності слід виходити насамперед із відмінностей у правовій охороні об'єктів авторських і суміжних прав, права на комерційне найменування, з одного боку, та об'єктів технічної творчості — винаходів, промислових зразків, корисних моделей, компоновання інтегральних мікросхем, а також сортів рослин, порід тварин, торговельних марок тощо — з другого. Інститути авторського права і суміжних прав не знають системи обов'язкової реєстрації прав на твори літератури і мистецтва або їх виконання.

Авторське право на літературний, художній чи інший твір виникає з моменту створення твору (ч. 1 ст. 437 ЦК). Як роз'яснив Пленум Верховного Суду України у постанові №5 від 4 червня 2010 року «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав», авторське право на твір виникає внаслідок факту створення твору, тому для виникнення та здійснення авторського права не вимагається реєстрація права на твір чи будь-яке інше спеціальне його оформлення, а також виконання будь-яких інших формальностей. Реєстрація на вимогу суб'єкта авторського права може здійснюватись Державним департаментом інтелектуальної власності Міністерства освіти і науки України, але вона не має правовстановлюючого характеру [1].

Право інтелектуальної власності на виконання виникає з моменту його першого здійснення, на фонограму чи відеограму — з моменту їх створення, на передачу (програму) організації мовлення — з моменту їх першого здійснення (частини 1-3 ст. 451 ЦК). Для виникнення і здійснення суміжних прав не вимагається будь-яких формальностей. Об'єкти суміжних прав підлягають правовій охороні незалежно від їх призначення, змісту, цінності тощо.



Право інтелектуальної власності на винаходи, промислові зразки, корисні моделі, компонування інтегральних мікросхем, сортів рослин, порід тварин, торговельних марок і деяких інших об'єктів виникає при умові перевірки їх новизни та офіційної державної реєстрації відповідного творчого результату. Так, майнові права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок, компонування інтегральної мікросхеми, сорт рослин, породи тварин, торговельну марку є чинними з дати, наступної за датою їх державної реєстрації, за умови підтримання чинності цих прав відповідно до закону (ч. 1 ст. 465, ч. 1 ст. 475, ч. 1 ст. 488, ч. 1 ст. 496 ЦК).

В питанні про строки чинності суб'єктивних прав інтелектуальної власності цивільне законодавство розмежовує чинність у часі особистих немайнових прав і майнових прав інтелектуальної власності.

Відповідно до ч. 1 ст. 423 ЦК особистими немайними правами інтелектуальної власності є: 1) право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо) об'єкта права інтелектуальної власності; 2) право перешкоджання будь-якому посягання на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця; 3) інші особисті немайнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Так, авторів твору, крім зазначених вище, належать права: а) вимагати зазначення свого імені у зв'язку з виконанням твору, якщо це практично можливо; б) забороняти зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору; в) обирати псевдонім у зв'язку з використанням твору (ч. 1 ст. 438 ЦК).

Особисті немайнові права інтелектуальної власності належать творцеві відповідного об'єкта. У випадках, передбачених законом, особисті немайнові права інтелектуальної власності можуть належати іншим особам. За загальним правилом, особисті немайнові права інтелектуальної власності не можуть відчужуватися (передаватися), за винятками, встановленими законом (частини 2-4 ст. 432 ЦК).

Саме названі обставини обумовили закріплення в законі (ч. 1 ст. 425 ЦК) правила про те, що особисті немайнові права інтелектуальної власності є чинними безстроково, якщо інше не встановлено законом.

За загальним правилом, закріпленим у ч. 4 ст. 269 ЦК, особистими немайними правами фізична особа володіє довічно. Р. Стефанчук звернув увагу на полісемічність використання у ЦК терміна «довічно», який може розумітися і як безстроковість, і як тривалість до кінця життя [2, с. 99].

Оскільки щодо особистих немайнових прав інтелектуальної власності в ч. 1 ст. 425 ЦК наголошується, що вони чинні безстроково, якщо інше не встановлено законом, то, на думку деяких авторів, ці права не припиняються зі смертю людини і цим відрізняються від інших особистих немайнових прав фізичної особи [3, С.18-19].

Суб'єктивні особисті немайнові права інтелектуальної власності, виникнувши на основі певних юридичних фактів (наприклад, створення твору автором), стають елементом абсолютних правовідносин інтелектуальної власності, в яких всі інші особи несуть пасивний обов'язок — не порушувати прав творця (автора, виконавця тощо), не створювати йому перешкод у здійсненні цих прав. Вони невіддільні від особи їх носія та мають саме для нього безстроковий, позитивний характер. На відміну від абсолютних майнових прав (наприклад права власності), до них не застосовується принцип правонаступництва.

Слід, однак, розрізняти авторство (в широкому розумінні) і право авторства на відповідний творчий результат. Авторство — це визнана з боку суспільства (а

щодо деяких об'єктів наукової, технічної, художньо-конструкторської творчості — і з боку держави) належність результату творчої діяльності окремому індивіду або колективу людей. Право ж авторства як суб'єктивне немайнове право являє собою «юридично закріплену за автором можливість вимагати від інших осіб визнання в особі автора дійсного творця твору» [4, С. 189]. Змішування цих понять призводить до необґрунтованих висновків щодо строків дії права авторства.

Авторство як соціальний феномен є таким же об'єктивним, як і існування самого об'єкта творчості. Тому, виникнувши в певний період життя автора та одержавши суспільне визнання, плід творчої фантазії творця і авторство на нього продовжують «жити» вже незалежно від автора, існують і після його смерті. І в наш час не виникає сумнівів авторство Д. І. Менделєєва на відкриту ним періодичну систему елементів, як і віддається данина високій художній культурі безсмертного творіння Київської Русі — «Слова о полку Игоревом», хоч авторство конкретної особи не встановлено донині. Все це дає підставу стверджувати, що саме авторство є безстроковим. Право ж авторства, як невід'ємне від особи автора, належить йому довічно [5, С. 57].

Інший підхід законодавця — до чинності майнових прав інтелектуальної власності. Відповідно до ст. 424 ЦК майновими правами інтелектуальної власності є: 1) право на використання об'єкта права інтелектуальної власності; 2) виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності; 3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню такого об'єкта, в тому числі забороняти таке використання; 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом.

Майнові права інтелектуальної власності мають певну економічну цінність і в умовах ринкової економіки стають товаром, що реалізується переважно на договірних засадах. Вони можуть відповідно до закону бути вкладом до статутного фонду (капіталу) юридичної особи, предметом договору застави та інших зобов'язань, а також використовуватись в інших цивільних відносинах (ч. 3 ст. 424 ЦК).

Згідно зі ст. 427 ЦК майнові права інтелектуальної власності можуть бути передані відповідно до закону повністю або частково іншій особі. Відчужуваність майнових прав інтелектуальної власності, їх спрямованість на задоволення передусім майнових інтересів їх володільців обумовлюють і встановлення строків їх чинності. Відповідно до ч. 2 ст. 425 ЦК майнові права інтелектуальної власності є чинними протягом строків, встановлених цим кодексом, іншим законом чи договором.

Так, строк чинності майнових прав інтелектуальної власності на твір спливає через сімдесят років, що відліковується з 1 січня року, наступного за роком смерті автора чи останнього із співавторів, який пережив інших співавторів, крім випадків, передбачених законом. Після закінчення строку чинності майнових прав інтелектуальної власності твір переходить у суспільне надбання і може вільно та безоплатно використовуватися будь-якою особою, за винятками, встановленими законом (статті 446 і 447 ЦК).

Відповідно до ст. 456 ЦК строки чинності майнових прав інтелектуальної власності на об'єкти суміжних прав встановлені тривалістю у п'ятдесят років і відліковуються: а) на виконання — з 1 січня року, наступного за роком здійснення першого запису виконання, а за відсутності такого запису — з 1 січня року, наступного за роком здійснення виконання; б) на фонограму, відеограму — з 1 січня року, наступного за роком її опублікування, а за відсутності такого опублікування — з 1 січня року, наступного за роком вироблення фонограми,

відеограми; в) на передачу (програму) організації мовлення — з 1 січня року, наступного за роком її першого здійснення. Законом в окремих випадках можуть встановлюватися інші строки чинності суміжних прав.

У зв'язку з необхідністю офіційного визнання та здійснення державної реєстрації об'єктів технічної творчості та деяких інших об'єктів інтелектуальної власності, строки чинності майнових прав на зазначені об'єкти відліковуються від дати подання заявки на відповідний творчий результат в установленому законом порядку.

Окремий порядок відліку та строку чинності виключних майнових прав інтелектуальної власності встановлені щодо винаходів, корисних моделей, промислових зразків, компонування інтегральних мікросхем, сортів рослин, пород тварин, торговельних марок тощо. Так, строк чинності виключних майнових прав інтелектуальної власності на винахід спливає через двадцять років, що відліковується від дати подання заявки на винахід в установленому законом порядку. Цей строк може бути продовжений щодо винаходу, використання якого потребує спеціальних випробувань та офіційного дозволу (ч. 3 ст. 465 ЦК).

Строки чинності виключних майнових прав інтелектуальної власності спливають відповідно: щодо корисної моделі — через десять років і щодо промислового зразка — через п'ятнадцять років — від дати подання заявки на відповідний творчий результат в установленому законом порядку (частини 1 і 2 ст. 460, частини 1 і 2 ст. 461, частини 4 і 5 ст. 465 ЦК).

Зі строками чинності майнових прав інтелектуальної власності пов'язані й строки дії договорів про розпорядження цими майновими правами.

Не даючи загального визначення поняття договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, ЦК у ст. 1107 визначає види цього договору, однак наведений у ній перелік договорів не є вичерпним. Зокрема, розпорядження майновими правами інтелектуальної власності може здійснюватись на підставі таких договорів: 1) ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності; 2) ліцензійного договору; 3) договору про створення на замовлення і використання об'єкта права інтелектуальної власності; 4) договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності; 5) іншого договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Найпоширенішим видом договорів про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, особливо у сфері використання об'єктів промислової власності (винаходів, корисних моделей, промислових зразків, торговельних марок тощо), є ліцензійний договір.

Істотною умовою ліцензійного договору є строк його дії. Відповідно до ст. 1110 ЦК ліцензійний договір укладається на строк, встановлений договором, який повинен спливати не пізніше спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності. Наприклад, строк чинності виключних майнових прав інтелектуальної власності на винахід спливає через двадцять років, що відліковується від дати подання заявки на винахід в установленому законом порядку (ч. 3 ст. 465 ЦК), тому строк дії ліцензійного договору на використання винаходу не може виходити за межі 20-річного строку. В разі відсутності у ліцензійному договорі умови про строк договору він вважається укладеним на строк, що залишився до спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт, але не більше ніж 5 років. Якщо за шість місяців до спливу зазначеного п'ятирічного строку жодна із сторін не повідомить другу сторону про відмову від договору, він

вважається продовженим на невизначений час (безумовно, в межах строку чинності самого виключного майнового права на даний об'єкт). У цьому випадку кожна із сторін може в будь-який час відмовитись від договору, письмово повідомивши про це другу сторону за шість місяців до розірвання договору, якщо більший строк для повідомлення не встановлений за домовленістю сторін. Ліцензіар може відмовитися від ліцензійного договору в разі порушення ліцензіатом встановленого договором терміну початку використання об'єкта права інтелектуальної власності. Ліцензіар або ліцензіат можуть відмовитися від ліцензійного договору в разі порушення другою стороною інших умов договору.

Передача виключних прав на об'єкти інтелектуальної власності, комерційну інформацію, торговельну марку, фірмове найменування тощо може здійснюватись на основі договору комерційної концесії, або комплексної підприємницької ліцензії (франчайзингу).

Договір комерційної концесії може бути укладено на певний строк або без зазначення строку. Відповідно до ст. 1124 ЦК користувач, який належним чином виконував свої обов'язки, по закінченні строку договору має право на укладення договору на новий строк і на тих самих умовах. Водночас законом можуть бути передбачені підстави (умови), за яких правоволоділець може відмовитися від укладення договору комерційної концесії на новий строк. Згідно зі ст. 1126 ЦК і частинами 3-5 ст. 374 ГК кожна із сторін договору комерційної концесії, укладеного без зазначення строку, має право у будь-який час відмовитися від договору, повідомивши про це другу сторону не менш як за 6 місяців, якщо більш тривалий строк не встановлений договором. Договір комерційної концесії припиняється у разі: 1) припинення права правоволоділця на торговельну марку чи інше позначення без його заміни аналогічним правом; 2) оголошення правоволоділця або користувача банкрутом. Розірвання договору, як і його укладення, підлягає державній реєстрації відповідно до ст. 1118 ЦК і ст. 367 ГК.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 4 червня 2010 року №5 // Вісник Верховного суду України. – 2010. — № 6. – С. 4.
2. Стефанчук Р. «Посттанативні» особисті немайнові права фізичних осіб // Вісник Академії правових наук України. — Харків: Право, 2005. – № 1. – С. 97-106.
3. Особисті немайнові права інтелектуальної власності творців: Монографія / [за заг. ред. В. В. Луця]. — Тернопіль: Підручники і посібники, 2007. – 256 с.
4. Рассудовський В. А. Государственная организация науки в СССР. — М., 1972.
5. Луць В. В. Строки в цивільних правовідносинах: Конспект лекцій з спецкурсу. — Львів: ЛДУ, 1992. – 108 с.



**Харитоновна Олена Іванівна**

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

## **ПРАВОВІДНОСИНИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ТА ЦИВІЛЬНІ ПРАВОВІДНОСИНИ: ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ**

Попри значення належного регулювання відносин інтелектуальної власності, категорія «правовідносин інтелектуальної власності» залишається практично не дослідженою. Констатація цієї обставини зумовлює доцільність спеціального розгляду цього виду правовідносин, а передусім, визначення сутності поняття «інтелектуальна власність».

Пристаючи до розгляду цього питання, слід зазначити, що нерідко характеристика інтелектуальної власності ґрунтується на широкому розумінні терміну «інтелектуальний», внаслідок чого інтелектуальна власність визначається як «ідеї і духовні цінності, належність яких авторові закріплено у правовому порядку. До юридичного обігу цей узагальнюючий термін увійшов після прийняття 14 червня 1967 р. у Стокгольмі Конвенції про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності. За цим документом до об'єктів права інтелектуальної власності належать: літературні, художні твори та наукові праці ...» [1, С. 705]. Не заперечуючи можливість такого узагальнюючого підходу в цілому, разом із тим, здається виправданим більшу увагу приділити характеристиці поняття «власність», в якому сконцентрована концептуальна сутність бачення відносин щодо результатів інтелектуальної, творчої діяльності.

Слід зазначити, що у вітчизняному правознавстві у підходах до визначення поняття інтелектуальної власності склалася традиція, згідно якій головна увага зосереджується на характеристиці *права* інтелектуальної власності, часом без аналізу відносини «фактичних» (суспільних, економічних) інтелектуальної власності, тоді як представники економічної науки більш ретельно аналізують саме поняття інтелектуальної власності. Зазначена тенденція знайшла відображення як у підручниках [2, С. 7-37; 3, С. 55-89; 4, С. 52-75], так і у монографічних дослідженнях, автори котрих здебільшого аналізують також саме *права* інтелектуальної власності, а не інтелектуальну власність як правову категорію [5, С. 117-137; 6, С. 7-14].

Можна припустити, що зазначена ситуація склалася внаслідок того, що правознавці при розгляді відповідних питань керуються положеннями ст. 2 Стокгольмської Конвенції 1967 р., де дається тлумачення терміну «інтелектуальна власність» як прав щодо конкретних результатів творчої діяльності у виробничій, науковій та художній сферах.

Такий підхід, звісно, може бути застосованим при викладі спеціальних питань, які стосуються проблем охорони та захисту права інтелектуальної власності, за умови, що відсутні розбіжності у розумінні засадничих категорій, понять та інститутів, що складають підґрунтя відповідної галузі. Разом із тим, він має свої вади, пов'язані з тим, що дослідження спеціальних правових категорій (зокрема, таких як «право інтелектуальної власності») виявляється певною мірою відірваним від аналізу їх «матеріально-соціального» субстрату (поняття інтелектуальної власності).

Варто зазначити, що представники економічної науки більш охоче торкаються проблем визначення та характеристики поняття інтелектуальної

власності. Зокрема, з вітчизняних праць у цій галузі варто відзначити монографію В. Д. Базилевича та В. В. Ільїна, які присвятили своє дослідження не просто категорії інтелектуальної власності, а креативам метафізичного пошуку в цій галузі, розкриваючи інтелектуальну власність через її онтологічні, феноменологічні, аксіологічні та історико-правові аспекти [7].

Разом із тим, дослідження інтелектуальної власності від кутом зору економічної теорії мають свої вади, оскільки в них нерідко поняття власності надмірно ставиться у залежність від речей матеріального світу, щодо яких виникає власність. У підсумку це часом призводить до того, що «інтелектуальна власність» знов-таки розглядається як «права», внаслідок чого різниця між поняттями «інтелектуальна власність» та «право інтелектуальної власності», знов-таки, виглядає надто непевною [8, С. 17-18]. У свою чергу, звідси випливає, що «інтелектуальна власність» — це права, а отже й різниці між поняттями «інтелектуальної власності» та «правом інтелектуальної власності» практично не існує.

Викладене вище зумовлює доцільність характеристики поняття «інтелектуальна власність», у його «юридичному» розумінні.

Передусім, варто зазначити, що відносини інтелектуальної власності — це суспільні відносини, що виникають з приводу результатів інтелектуальної, творчої діяльності, у яких одні особи ставляться до таких результатів як власники, а всі інші особи ставляться (мають ставитися) до цих самих результатів як до чужих і повинні утримуватися від зазіхань на них

Зазначені відносини характеризуються такими властивостями: 1) вони є суспільними відносинами, оскільки складаються між людьми в процесі їх перебування у певній спільноті; 2) вони мають вольовий характер, оскільки виникають та існують не у вакуумі (тобто, не є суто об'єктивними, абстрактними взагалі), а набувають певного змісту і значення, будучи пропущеними через свідомість людей, а відтак стаючи певною мірою залежними від волі останніх; 3) характерним для них є те, що вони виникають з приводу результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Якщо перші дві з названих вище ознак стосуються й інших суспільних відносин, що стають або можуть стати предметом правового регулювання, і набувають специфічного забарвлення лише при характеристиці їх стосовно конкретного виду відносин, то третя ознака є специфічною, такою, що, власне, і визначає сутність відносин інтелектуальної власності, як суспільної та наукової категорії.

Відносини інтелектуальної власності регулюються різними галузями права: конституційним, цивільним, адміністративним правом. Правова охорона відносин інтелектуальної власності забезпечується також нормами кримінального права. Проте головне, навантаження тут несуть норми цивільного законодавства, котрі визначають зміст права власності, підстави його виникнення та припинення, здійснення, порядок і підстави захисту тощо.

Предметом регулювання цивільного права, як галузі національного права, є цивільні відносини, про що йшлося у перших розділах цієї книги. Стаття 1 ЦК України відносить до предмету цивільно-правового регулювання як майнові, так і особисті немайнові відносини, що засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників.

Порівняння відносин інтелектуальної власності, з одного боку, та цивільних відносин, — з іншого, дають підстави для висновку про відсутність між цими поняттями принципово важливих (сутнісних) відмінностей.

В результаті «відносини інтелектуальної власності» виглядають такими, що

за своєю сутністю частково є відносинами цивільними, а частково є відносинами публічно-правовими (адміністративними). Нормами цивільного законодавства регулюються: відносини, що виникають у зв'язку з володінням, користуванням, розпорядженням тощо результатами інтелектуальної, творчої діяльності (власне, відносини інтелектуальної власності, або ж відносини інтелектуальної власності у вузькому значенні). Разом із тим, відносини, пов'язані з оформленням прав інтелектуальної власності, забезпеченням їх захисту за допомогою державних органів тощо регулюються нормами публічних галузей права.

Таким чином, предметом права інтелектуальної власності є відносини інтелектуальної власності у вузькому значенні — особисті немайнові та майнові відносини, що виникають стосовно володіння, користування та розпорядження результатами інтелектуальної, творчої діяльності з підстав, які не заборонені законом, не суперечать моральним засадам суспільства і ґрунтуються на рівності та майновій самостійності їх учасників.

Відносини, які регулюються законодавством про інтелектуальну власність, можна поділити на кілька груп.

До першої групи відносин, що складають предмет цивільного права, належать відносини інтелектуальної власності у вузькому значенні. Ці відносини виникають у зв'язку зі створенням благ в результаті інтелектуальної, творчої діяльності, а також ті, що виникають при використанні названих благ для власних потреб.

Друга група охоплює особисті та майнові відносини, що виникають у зв'язку із легалізацією результатів інтелектуальної, творчої діяльності (реєстрація, отримання патенту тощо)..

До третьої групи відносин належать особисті та майнові відносини, що виникають при реалізації правоможностей інтелектуальної власності іншим особам (ліцензування, використання за спеціальними договорами тощо). Їх можна назвати «правовідносини, пов'язані зі сферою інтелектуальної власності».

Слід зазначити, що в науковій та навчальній літературі, і навіть, у законодавчих актах не завжди достатньо чітко розмежовуються поняття «відносини інтелектуальної власності» та «правовідносини інтелектуальної власності», а відтак фактичні (суспільні) відносини та юридичні (цивільні) права. Можливо, найбільш показовим тут є формулювання згадуваної вище ст.2 Стокгольмської Конвенції 1967 р., де сказано, що до «...інтелектуальної власності належать права на...», тобто, юридичні права розглядаються як об'єкт фактичних відносин. У зв'язку з цим, не торкаючись тут загальних питань співвідношення фактичних (суспільних) відносин та правовідносин, визначимося лише стосовно співвідношення понять «відносини інтелектуальної власності» та «правовідносини інтелектуальної власності».

На нашу думку, відносини інтелектуальної власності виступають як фактична передумова реалізації норм права, що існують у цій галузі, а правовідносини інтелектуальної власності є наслідком реалізації зазначених норм права.

Із врахуванням викладеного правовідносини інтелектуальної власності можна визначити як правовий результат реалізації норм права (законодавства) про інтелектуальну власність.

Можливе також визначення цього поняття на підґрунті сучасних дефініцій категорії правовідносин у вітчизняній теорії права, про які згадувалося вище. Правовідносини інтелектуальної власності — це врегульовані юридичними нормами (або такі, що впливають із загальних принципів об'єктивного

юридичного права) ідеологічні суспільні відносини, які виражаються у взаємних юридичних правах і обов'язках суб'єктів права.

Враховуючи ту обставину, що правовідносини інтелектуальної власності, передусім виникають на підставі норм цивільного законодавства, які складають книгу четверту ЦК України та містяться у інших актах цивільно-правового характеру, розглянемо їх особливості, як виду цивільних правовідносин.

При цьому візьмемо до уваги ту обставину, що цивільні відносини інтелектуальної власності можуть стати, а можуть і не стати правовідносинами, оскільки автор результату інтелектуальної діяльності, не зобов'язаний вдаватися до правового захисту результатів інтелектуальної діяльності.

З таких позицій розглянемо властивості цивільних правовідносин, що складаються у галузі інтелектуальної власності, враховуючи при цьому, що вони мають ознаки, загальні для всіх видів цивільних правовідносин, якими є: 1) юридична рівність їх суб'єктів; 2) регулювання суспільних відносин нормами цивільного законодавства; 3) надання нормами цивільного законодавства учасникам цивільних відносин цивільних прав та обов'язків.

Але, крім того, правовідносини інтелектуальної власності мають низку специфічних ознак. Такими ознаками є: 1) спеціальна підстава виникнення — створення об'єкту, який охороняється або здатен охоронятися нормами законодавства про інтелектуальну власність; 2) поєднання імперативного та диспозитивного елементів для визначення прав та обов'язків суб'єктів правовідносин інтелектуальної власності; 3) можливість поєднання речових та зобов'язальних елементів у правовідносинах інтелектуальної власності; 4) цільовий характер правовідносин інтелектуальної власності: забезпечення використання об'єктів інтелектуальної власності та їх правової охорони.

Внаслідок складного характеру правовідносин інтелектуальної власності, зокрема, поєднання в них прийомів імперативного та диспозитивного регулювання, регулятивного та охоронних елементів тощо вони можуть бути як регулятивними, так і організаційними. Але при цьому більш типовими, на нашу думку, є саме регулятивні правовідносини

Особливості регулятивних цивільних правовідносин інтелектуальної власності зумовлені тим, що вони є результатом використання комбінованого способу юридичного впливу на учасників відповідних відносин (імперативне визначення підстав виникнення прав інтелектуальної власності та порядку оформлення у необхідних випадках таких прав і диспозитивне визначення можливостей автора щодо використання твору тощо), а також мають об'єктом результати інтелектуальної, творчої діяльності як спеціально виокремлений вид благ цивілізації, що займає окреме місце у системі об'єктів цивільних прав (результати інтелектуальної, творчої діяльності та інші об'єкти права інтелектуальної власності — ст. 177, 199 ЦК України).

Разом із тим, об'єктом регулятивних правовідносин інтелектуальної власності можуть бути інші блага, які стають чи можуть стати їхнім «супутнім» об'єктом за певних умов (виконання роботи творчого характеру, надання послуг щодо об'єктів авторського права — ст. 433 ЦК України — тощо).

Підставою виникнення, зміни, припинення тощо регулятивних цивільних правовідносин інтелектуальної власності є правомірна поведінка особи, творця, яка виражається, передусім, у створенні творів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності (пункт 2. ч. 2 ст. 11 ЦК).

Для виникнення правовідносин інтелектуальної власності не має значення та обставина, чи бажав автор встановити цивільні права та обов'язки з іншими



суб'єктами, чи створював твір, не маючи такого наміру. Отже сам по собі акт творчості є юридичним вчинком. Однак, у випадках, коли, створюючи твір, автор має на меті вступити у правовий зв'язок щодо цього твору з іншими особами, і попередньо виражає це зовні у своєму волевиявленні, то йдеться про правочин (частіше, про договір) .

Разом із тим, нерідко підставою виникнення права інтелектуальної власності є сукупність юридичних фактів (юридична сукупність). Зазвичай, вона включає два елементи 1) створення винаходів, засобів індивідуалізації тощо; 2) легітимацію зазначених результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Перший елемент за своєю сутністю є юридичним вчинком, а другий — актом суб'єкта публічного права..

### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: Укр. енцикл. — 1999. — Т. 2. — 744 с.
2. Бошицький Ю. Л. Право інтелектуальної власності: Навчальний посібник. — К.: Логос, 2007. — 488 с.
3. Право інтелектуальної власності: Акад. курс: Підруч. для студ. вищ. навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін. / [за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького]. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. — 696 с.
4. Право інтелектуальної власності: Підручник для студентів вищих навч. закладів / [за ред. О. А. Підпригори, О. Д. Святоцького]. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. — 624 с.
5. Шишка Р. Б. Охорона права інтелектуальної власності: авторсько-правовий аспект. — Харків: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002. — 368 с.
6. Мельник О. М. Проблема охорони прав суб'єктів інтелектуальної власності в Україні. — Харків: Вид-во Національного університету внутрішніх справ, 2002. — 362 с.
7. Базилевич В. Д., Ільїн В. В. Інтелектуальна власність: креативи метафізичного пошуку. — К.: Знання, 2008. — 687 с.
8. Антонов В. М. Інтелектуальна власність і комп'ютерне авторське право. (2-е вид, стереотип.) — К.: КНТ, 2006. — 520 с.



### **Амангельды Айжан Амангельдыкызы**

*Научно-исследовательский институт частного права Казахского гуманитарно-юридического университета, докторант, кандидат юридических наук*

### **СУБЪЕКТЫ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ В СФЕРЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ**

Под субъектами интеллектуальных прав А.В. Степанова понимает лица, которые могут быть обладателями имущественных и личные неимущественные интеллектуальных прав. При этом следует учитывать, что интеллектуальные права могут быть классифицированы на первоначальные и производные, где первоначальные — это права, приобретенные посредством своих собственных действий (их обладателем является человек, творческим трудом которого

произведение создано), в то время как производные — это права, полученные от других лиц [1, С. 102].

В российской правовой литературе содержится, что выделяются несколько групп субъектов интеллектуальных прав. Во-первых — это физические лица, в том числе авторы (обладающие личными первоначальными правами), их наследники, другие правопреемники (обладающие производными правами). Во-вторых — это юридические лица, обладающие среди иных прав и правами на служебные произведения. В третьих — это государство и иные публично-правовые образования, причем только Российская Федерация может являться обладателем интеллектуальных прав на военные изобретения [1, С. 102].

Таким образом, можно отметить, что все субъекты гражданского права могут быть субъектами права интеллектуальной собственности. Рассмотрим субъектов каждой категории в отдельности.

Как пишет В.П. Мозолин, в области авторского права следует различать две группы субъектов: субъекты первоначального авторского права и субъекты производного авторского права. К первым относятся авторы (граждане и юридические лица), являющиеся создателями произведений науки, литературы и искусства: ко вторым же — лица, чье право на произведение имеет вторичный по отношению к автору характер. Это наследники, организации, осуществляющие выпуск произведения в свет, государство [2, С. 461].

Соответственно, субъекты первоначального авторского права обладают как личными неимущественными, так и исключительными правами в отношении объектов права интеллектуальной собственности, в отличие от субъектов производного авторского права, которые могут обладать лишь исключительными правами.

Гражданскому праву известно также понятие «соавторство», то есть то или иное произведение может быть создано творчеством нескольких лиц. Авторское право на произведение, созданное совместным творческим трудом двух или более лиц (коллективное произведение), принадлежит соавторам совместно. В. П. Мозолин выделяет два вида соавторства: нераздельное и раздельное. При нераздельном соавторстве коллективное произведение образует неразрывное целое, при раздельном — произведение состоит из частей, каждая из которых имеет также самостоятельное значение. В последнем случае каждый из соавторов помимо прав на произведение сохраняет и единоличное авторское право на созданную им часть коллективного произведения, имеющую самостоятельное значение. Но автор отмечает, что от соавторства следует отличать сотрудничество, при котором авторы имеют авторское право лишь на созданные ими части сложного произведения [2, С. 461].

То есть нельзя смешивать понятия «соавторство» и «сотрудничество».

Как субъект авторского права, государство осуществляет определенные права в результате выкупа авторского права и объявления произведения своим достоянием произведения [2, С. 464].

И. А. Зенин также к субъектам авторского права относит составителей сборников, который приобретает авторское право на сборник в том случае, когда включенные в него материалы подверглись с его стороны определенной обработке и систематизации. К субъектам авторского права можно отнести, по мнению ученого, переводчик произведения на другой язык. Авторское право распространяется не на само произведение, созданное другим автором, а только на сделанный им перевод. Имеется в виду не простой перевод отдельных слов и выражений на другой язык (так называемый подстрочный перевод), а перевод,

соединенный с литературной обработкой текста произведения, с сохранением смыслового содержания. Ученый пишет, что субъектами авторского права могут быть не только авторы, соавторы или иные указанные выше лица, но и их наследники и иные правопреемники под иными правопреемниками понимаются лица, обладающие теми или иными авторскими правомочиями на основании договора с автором или в силу закона [3, С. 407].

Государство, наравне с другими субъектами гражданского права, участвует в отношениях в сфере интеллектуальной собственности.

Т. Е. Каудыров отмечает, что государственные юридические лица могут быть, в свою очередь, разделены на государственные органы управления и государственные специализированные организации. Государственные же органы управления можно разделить на органы общей компетенции (прокуратура, суд, таможня) и органы специальной компетенции (Комитет по правам интеллектуальной собственности), действующие в сфере регулирования объектов интеллектуальной собственности.

Очевидно, что указанные органы общей компетенции призваны обеспечивать правопорядок в государстве и в обществе в целом безотносительно к специфике охраняемых прав, и это не позволяет нам отнести их к участникам правоотношений по интеллектуальной собственности. Государственный орган специальной компетенции в области прав интеллектуальной собственности и специализированные организации в данной области, напротив, относятся к таким участникам. Организации можно подразделить на экспертные и научно-информационные. К экспертным можно отнести Казахстанский институт патентной экспертизы-Комитета по правам интеллектуальной собственности Министерства юстиции РК. К научно-информационным — Казахстанский институт научно-технической информации, Республиканскую научно-техническую библиотеку [4, С. 476].

Субъектом исключительного права использования объектов патентного права является патентообладатель, но в определенном объеме данное право может принадлежать и работодателю (если он отказался от патентования служебного изобретения в пользу автора), и лицензиату (в случае заключения лицензионного договора), и преждепользователю (ст. 13 Патентного закона РК), и послепользователю (ст. 31 Патентного закона РК). Круг упомянутых выше субъектов указывает на то, что существует ряд случаев, когда исключительное право использования на изобретения, полезные модели, промышленные образцы может быть *относительным* правом, например при заключении лицензионного договора.

Также следует пояснить о субъекта смежных прав, которые включают в себя исполнителей, производителей фонограмм, организаций вещания. Субъектами смежных прав также могут быть наследники, работодатели исполнителей.

В науке не разрешен вопрос о субъектах права на секреты производства (ноу-хау). Если признавать за ноу-хау двойственную природу, как объекта интеллектуальной собственности и как коммерческой тайны, то субъектами могут быть признаны как обладатели коммерческой тайны, так и субъекты права интеллектуальной собственности. Так, О. А. Потрашкова пишет, что одновременно большую часть ноу-хау, находящихся в гражданском обороте, составляет информация о сущности незапатентованного изобретения, промышленного образца, полезной модели, которых обладателям по тем или иным причинам, допустим, невыгодно патентовать. Но в соответствии со ст. 1347 ГК автором изобретения, полезной модели или промышленного образца признается

гражданин, творческим трудом которого создан соответствующий результат интеллектуальной деятельности, а патентные права включают исключительное право и право авторства. То же самое касается случаев, когда секрет производства получен при выполнении договора подряда, договора на выполнение НИОКТР либо по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд, и исключительное право на такой секрет производства принадлежит подрядчику (исполнителю), если соответствующим договором (государственным или муниципальным контрактом) не предусмотрено иное. Субъектами правоотношений здесь являются подрядчик и заказчик. Подрядчиком (исполнителем) в соответствии с положениями части второй ГК могут быть как юридические, так и физические лица [5, С. 133].

Что касается участия государства в отношениях по поводу ноу-хау, то здесь можно отметить позицию О.А. Потрашковой, которая приходит к выводу, что в настоящее время в большинстве государственных контрактов на выполнение НИОКР для государственных нужд содержатся положения о том, что права на результаты работ (научно-технической деятельности), включающие и права на результаты научно-технической деятельности, охраняемые в режиме коммерческой тайны (в том числе ноу-хау), могут принадлежать РФ (если данные результаты в силу закона изъяты из оборота либо ограничены в обороте или финансирование работ по доведению этих результатов до стадии промышленного применения (включая изготовление опытной партии) берет на себя РФ), или по решению заказчика РФ и исполнителю совместно (если данные результаты необходимы для выполнения государственных функций, в том числе связанных с обеспечением обороны и безопасности государства, а также с защитой здоровья населения) либо исполнителю (если исполнитель является федеральным государственным учреждением, и в иных случаях). Таким образом, публично-правовые образования признаются субъектами права на ноу-хау [5, С. 134].

#### **ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:**

1. Степанова А. В. Интеллектуальные права как совокупность имущественных и личных неимущественных прав: дисс... канд. юрид. наук: 12.00.03. — Волгоград: ГОУВПО Волгоградский государственный университет, 2006. — 150 с.
2. Гражданское право. Т. II. / [отв. ред. П. Е. Орловский, С.М. Корнеев. — М.: Юридическая литература, 1970. — 561 с.
3. Советское гражданское право: Учебник. Т.2. — М.: Юридическая литература, 1980. — 507 с.
4. Субъекты гражданских прав // Сб. материалов международной научно-практической конференции. — Алматы: КазГЮУ, 2001. — 576 с.
5. Потрашкова О. А. Права на секреты производства // Интеллектуальная собственность. Актуальные проблемы теории и практики: сб. научных трудов. Т. 1 / [под ред. В. Н. Лопатина. — М.: Юрайт, 2008. — 235 с.



**Васильева Елена Николаевна**

*старший научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук, кандидат юридических наук, доцент*

## **ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОЕ ПРАВО: ОСОБЕННОСТИ ОБОРОТА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Оборот исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности приобретает особую актуальность в свете инновационной политики российского государства. Инновационный процесс представляет собой использование новейших технологий при производстве товарной продукции, что означает внедрение результатов научно-технической деятельности, в том числе в составе единых технологий. Инновационный процесс включает в себя использование также средств индивидуализации товаров, в том числе в рамках франчайзинга, который является одним из инструментов маркетингового типа инноваций [1, С. 21, 57-62]. Хотя из объектов авторского права в инновационном процессе задействованы приравненные к произведениям программы для ЭВМ и базы данных, оборот исключительных прав на произведения, а также объекты и смежных прав не утрачивает своего значения в современных условиях, особенно в связи с развитием цифровых технологий. Особенности оборота исключительных прав в этих областях творчества обусловлены в значительной мере необходимостью соблюдения баланса между интересами автора, исполнителя, иных правообладателей и потребителей интеллектуального продукта.

Эффективность оборота исключительных прав, их успешная коммерциализация обеспечиваются в первую очередь при помощи гражданско-правового регулирования этого процесса. В этой связи представляется немаловажным определить, какие факторы влияют на оборот исключительных прав, и в какой мере они учитываются в российском праве.

Основное правовое свойство, обеспечивающее возможность участия в обороте того или иного объекта гражданских прав, как известно, это — наличие у него оборотоспособности. И эта характеристика является базовой для дальнейшего анализа норм права в целях установления особенностей оборота такого специфического объекта как исключительное право. Характер оборотоспособности конкретного объекта зависит от его общих сущностных свойств, от видовых и внутривидовых особенностей, от характера субъекта прав, правового основания или способа перехода объекта от одного субъекта к другому и других факторов.

Введение в действие 4-ой части ГК РФ, регулирующей отношения в области интеллектуальной собственности, потребовало внесения изменений и дополнений в законодательство РФ, в том числе в 1-ю часть ГК РФ, содержащую общие положения. Так, в ст. 129 «Оборотоспособность объектов гражданских прав» был добавлен п. 4, согласно которому результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации не могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому. Однако права на такие результаты и средства могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому в случаях и в порядке, которые установлены в ГК РФ. Такое дополнение было вызвано новым терминологическим подходом. В отличие от прежнего регулирования, когда интеллектуальная собственность понималась в российском праве как исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ и услуг, теперь именно эти результаты и средства

индивидуализации обозначаются термином «интеллектуальная собственность». Признание же прав на эти объекты оборотоспособными нуждается в определенной коррекции, необходимо уточнение, о каких правах говорится в данной норме. Дело в том, что законодатель ввел новую характеристику для гражданских прав — интеллектуальные права. Определения этих прав в ГК РФ нет, в его ст. 1226 «Интеллектуальные права» содержится только их классификация. Они делятся на три группы: первая включает в себя исключительные права, вторая — личные неимущественные права, а третья — по остаточному принципу — все иные права. Понятно, что личные неимущественные права не могут быть объектом гражданского оборота, хотя их объектом является интеллектуальная собственность. В то же время объектом иных интеллектуальных прав является не сама интеллектуальная собственность, а другой объект. Так, в отношении права доступа это — материальный носитель, в отношении права следования и права на получение вознаграждения в связи с созданием служебного объекта — деньги. Следовательно, норма п. 4 ст. 129 к ним не относится. Таким образом, категорию «оборотоспособность» допустимо применять лишь к исключительному праву.

Можно ли, однако, признавать любое исключительное право свободным в обороте? А именно такой вывод следует из п. 4 ст. 129 ГК РФ, поскольку в ней нет отсылки к п. 1 и к п. 2 ст. 129, в которых устанавливаются правила об изъятии или ограничении оборотоспособности, ни диспозиции в сторону закона, который бы устанавливал иное. А как показывает регулирование, содержащееся в 4 части ГК, не всякое исключительное право свободно в обороте.

Оборотоспособность исключительного права в первую очередь зависит от вида интеллектуальной собственности, его сущности. Наиболее ярко это проявляется в регулировании отношений по поводу средств индивидуализации в силу их целевого назначения. Так, фирменное наименование призвано персонифицировать юридическое лицо как субъекта гражданских прав, идентифицировать его, опираясь на его учредительные документы, публичность и достоверность которых обеспечивается государственной регистрацией юридического лица (его учредительных документов). Представляется, что этим объясняется запрет в отношении распоряжения исключительным правом на фирменное наименование, в том числе, путем его отчуждения или предоставления другому лицу права его использования (п. 2 ст. 1474 ГК РФ).

Надо сказать, что индивидуализирующая функция фирменного наименования, однако, не является абсолютным основанием для исключения из содержания исключительного права возможности правообладателя разрешать использование своего фирменного наименования другим лицам. Об этом свидетельствует зарубежная практика: например, во Франции и некоторых штатах США допускается возможность предоставления права использовать фирменное наименование в рамках договора франчайзинга [2, С. 56, 200-201].

Еще один объект исключительного права в силу своей сущности предопределил его исключение из гражданского оборота. Это — наименование места происхождения товара. Это право не может быть предметом сделок по отчуждению, так же как и иных сделок. Каждое лицо, намеренное использовать указанное средство индивидуализации товара, при наличии установленных в законе требований может приобрести это право самостоятельно, обратившись в Федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Особый случай оборотоспособности представляет собой исключительное право на коммерческое обозначение как средство индивидуализации предприятия как имущественного комплекса. Согласно п. 4 ст. 1539 ГК РФ исключительное

право на коммерческое обозначение может перейти к другому лицу (в том числе по договору, в порядке универсального правопреемства и по иным основаниям, установленным законом) только в составе предприятия, для индивидуализации которого такое обозначение используется. Кажется бы, это указывает на определенное ограничение в обороте. Однако, на наш взгляд, из этой нормы следует прямой запрет оборота исключительного права на коммерческое обозначение, ибо объектом, допущенным к обороту, по смыслу этой статьи, является предприятие как имущественный комплекс, в состав которого входит такое право. Поскольку отчуждение предприятия вместе с исключительным правом на коммерческое обозначение прекращает это право у прежнего собственника, можно сделать вывод о динамике и самого исключительного права. Поэтому говорить об абсолютном запрете оборота данного права было бы некорректно. Но в то же время вряд ли можно квалифицировать это право как ограниченное в обороте. Представляется, что случаи, когда не допущенное к самостоятельному обороту имущество все же способно переходить в составе иного имущества, требуют специальной квалификации. Для этих целей из общей категории оборотоспособного имущества можно было бы выделить такой вид, как относительно оборотоспособное имущество, сопроводив эту дихотомию категорией абсолютно оборотоспособного имущества.

Запрета на распоряжение исключительными правами на другие средства индивидуализации в законе нет, но среди специальных норм подчас встречаются такие, которые влияют на оборот, прямо или косвенно ведут к его запрету или ограничению. Основания для установления особого режима в отношении оборота исключительного права многообразны.

Во-первых, это особенности конкретного вида средства индивидуализации в рамках внутривидовой классификации. Так, исключительные права на товарные знаки, по общему правилу, свободны в обороте, но в п. 2 ст. 1510 ГК РФ установлен прямой запрет на оборот коллективного товарного знака. Во-вторых, это особенности содержания средства индивидуализации. В п. 2 ст. 1488 ГК РФ установлен запрет на отчуждение исключительного права на товарный знак, включающий в качестве неохранных элемента наименование место происхождения товара, которому на территории РФ предоставлена правовая охрана, лицу, не имеющему исключительного права на такое наименование. В-третьих, ограничение оборота может быть обусловлено законными интересами третьих лиц. Так, согласно п. 2 ст. 1488 ГК РФ отчуждение исключительного права на товарный знак по договору не допускается, если это может явиться причиной введения потребителя в заблуждение относительно товара или его изготовителя. Здесь оборот сдерживает риск признания недействительным соответствующего договора.

В отношении оборота исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности или их конкретные виды общего запрета в законе не содержится, но вывод об ограничении их оборота в отдельных случаях можно сделать вполне определенный. Так, в ГК РФ нет прямого запрета на оборот исключительного права на секретные изобретения. Более того, в п. 2 ст. 1405 кодекса содержится норма, устанавливающая правило о регистрации договора об отчуждении патента на такое изобретение. Но существо самого секретного изобретения требует обращения к законодательству о государственной тайне, в котором определяется порядок допуска к ней. Следовательно, оборотоспособность исключительного права на секретное изобретение ограничена, и это ограничение определяется, в том числе, степенью секретности самого объекта исключительного

права, а также характером субъекта. Здесь непосредственно проявляется действие нормы п. 2 ст. 129 ГК РФ, в силу которой ограничение в обороте может быть обусловлено способностью объекта принадлежать лишь определенным участникам оборота или по специальному разрешению.

Характер субъектов, участвующих в обороте, безусловно, оказывает серьезное влияние на оборот исключительного права. В законе иногда формулируется запрет на переход исключительного права по определенным основаниям к определенным субъектам. Например, согласно п. 2 ст. 1283 и п. 4 ст. 1318 ГК РФ, исключительное право на произведение или исполнение, входящие в состав выморочного имущества, прекращается, то есть его переход к государству в порядке наследования по закону не допускается. Но при этом государство может выступать наследником исключительных прав на основании завещания, в связи с отказом наследника в его пользу; эти права могут переходить к нему и по другим основаниям. Здесь одновременно проявляется влияние способа (основания) перехода. Однако, вряд ли, на основании этой нормы можно сделать вывод об ограничении оборота исключительного права на произведение или исполнение.

И другие нормы, подчас, влияют на оборот исключительного права, вовсе не демонстрируя при этом качеств, предопределяющих характер его оборотоспособности. Так, в нормах авторского и смежного права содержится запрет на обращение взыскания на исключительное право на произведение или исполнение, которое принадлежит автору или исполнителю, а также наследникам автора или исполнителя, и их последующим наследникам. Безусловно, данная норма введена в целях охраны интересов автора, создателя произведения, и этот интерес законодатель экстраполирует и на его наследников. С точки зрения гражданского оборота данный запрет также следует учитывать.

Отмеченная особенность исключительных прав на произведение и исполнение сказывается, в частности, на отношениях залога этих прав. Дело в том, что запрета на их залог исключительных прав, принадлежащих автору произведения или исполнителю, в законе нет. Следовательно, договор залога невозможно считать недействительным. Но, будучи залогодержателем, кредитор лишен возможности обратить взыскание на такой предмет залога, что сводит обеспечительный эффект сделки к нулю.

Если говорить о влиянии субъектного состава на оборот исключительного права, то необходимо отметить наличие пробелов в праве, и не только в его нормативной составляющей, но и в доктрине по поводу юридических лиц, которые не являются собственниками своего имущества в вещно-правовом аспекте (унитарные предприятия и учреждения). Могут ли при этом они быть полноценными интеллектуальными собственниками? Попытки распространить режим хозяйственного ведения и оперативного управления на исключительные права представляются несостоятельными и в теоретическом, и в практическом плане. Эти права, будучи вещными, не могут быть распространены на другие объекты гражданских прав, а тенденции развития гражданского права России свидетельствуют о стремлении свести к минимуму и постепенно исключить эти виды вещных прав из правового арсенала. Например, предполагается исключение права хозяйственного ведения при внесении изменений в ГК РФ в связи с реформой гражданского законодательства. Нерешенность этого вопроса о правах учреждений и унитарных предприятий на интеллектуальную собственность, безусловно, сдерживает оборот исключительных прав. И эта проблема приобретает особое звучание, если учесть, что большая часть интеллектуальной собственности,



используемой в целях инновационного развития экономики России, создается в бюджетных научных и учебных учреждениях. Права на созданные в рамках государственных контрактов результаты научно-технической деятельности, как правило, принадлежат государству, но само оно, представленное органами власти, не может их использовать при производстве товарной продукции. Для этого надо привлекать субъектов частного права, в том числе унитарные предприятия, но юридически безопасно предоставлять им только лицензионные права.

Предпринятые в целях коммерциализации научно-технических разработок шаги, в первую очередь, разрешение бюджетным учреждениям создавать в целях в целях практического применения результатов интеллектуальной деятельности хозяйственные общества [3], не вносят ясности в отношении статуса бюджетных учреждений как интеллектуальных собственников. Возможности бюджетного учреждения распорядиться исключительным правом согласно этому новому регулированию ограничены. Учреждения могут внести в уставный капитал не исключительные права, а лишь право использования результатов интеллектуальной деятельности, исчерпывающий перечень которых содержится в законе. Более того, законом неоправданно ограничиваются возможности распоряжения имуществом создаваемых хозяйственных обществ, т.к. они не могут предоставлять право использования этих результатов третьим лицам (сейчас, правда, подготовлены изменения, снимающие это ограничение).

#### **ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:**

1. Руководство Осло. Рекомендации по сбору и анализу данных по инновациям. – [3-е изд.]. Совместная публикация ОЭСР и Евростата. — М., 2006. — 192 с.

2. Сосна С.А., Васильева Е.Н. Франчайзинг. Коммерческая концессия — М.: ИКЦ «Академкнига», 2005. — 375 с.

3. О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам создания бюджетными научными и образовательными учреждениями хозяйственных обществ в целях практического применения (внедрения) результатов интеллектуальной деятельности: Федеральный закон № 217-ФЗ от 2 августа 2009 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2009. — № 31 — № 31. — Ст. 3923.



**Гоголь Богдан Миколайович**

*доцент кафедри цивільного та господарського права Національної академії  
управління, кандидат юридичних наук*

#### **ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ ПРАВА НА ІНФОРМАЦІЮ ТА ВИКЛЮЧНИХ ПРАВ АВТОРА**

В наш час одним з пріоритетних напрямків діяльності держави є підтримка розвитку науки, літератури та мистецтва. Можна виділити кілька юридичних чинників, які сприяють такому розвитку. В першу чергу це наявність у законодавстві прав особи вільно збирати, зберігати, використовувати та поширювати інформацію та юридичних гарантій їх реалізації. Зазначені права досить часто поєднують в єдине суб'єктивне право — право на інформацію. Так, у

ст. 9 Закону України «Про інформацію», ст. 302 Цивільного кодексу України права вільно збирати (одержувати), зберігати, використовувати та поширювати інформацію включені до змісту права на інформацію.

Зазначене суб'єктивне право цілком виправдано слід вважати одним з найважливіших особистих немайнових прав, оскільки від можливості вільної реалізації даного права залежить політичній, економічній культурній розвиток суспільства, реальність здійснення багатьох інших прав особи.

Також одним з важливих юридичних чинників, що сприяє розвитку науки та мистецтва, є інститут авторського права. Зазначений інститут спрямований на стимулювання творчої діяльності осіб шляхом закріплення виключних прав на використання твору. В законодавстві України виключне право на використання твору передбачено у ст. 15 Закон України «Про авторське право і суміжні права» та ст. 440 ЦК України. Виключне право на використання твору фактично наділяє монопольною можливістю авторів та їх правонаступників здійснювати різні дії щодо твору, позбавляючи всіх інших учасників цивільних правовідносин такої можливості. Існування вказаного монопольного права дозволяє авторам та їх правонаступникам отримувати плату за надання дозволів на використання результатів своєї творчої діяльності. Можливість отримати винагороду і є одним із стимулів для зайняття творчою діяльністю, адже переважна більшість людей буде затрачувати свій час, зусилля та кошти на створення твору лише у тому випадку, коли вони впевнені, що отримають винагороду за свою працю.

Твором в доктрині цивільного права прийнято вважати результат творчої праці, комплекс ідей, образів, поглядів тощо [1, С. 130]. Ми вважаємо, що твір за своєю природою є різновидом інформації, яка виникла в результаті творчої діяльності людини і набула певної об'єктивної форми.

Однак, на нашу думку, норми чинного законодавства України не дають однозначної відповіді на питання про те, чи можливо розглядати твір як різновид інформації. Це пов'язано з тим, що вітчизняні нормативно-правові акти не виправдано звужують зміст поняття «інформація». Так, відповідно до ст. 200 ЦК України, інформацією є документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що мали або мають місце у суспільстві, державі та навколишньому середовищі. Подібне визначення міститься у ст. 1 Закону України «Про інформацію». Більше вдала дефініція інформації, з нашої точки зору, міститься у ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції». Відповідно до зазначеної статті, інформація — це відомості в будь-якій формі й вигляді та збережені на будь-яких носіях (у тому числі листування, книги, помітки, ілюстрації (карти, діаграми, органіграми, малюнки, схеми тощо), фотографії, голограми, кіно-, відео-, мікрофільми, звукові записи, бази даних комп'ютерних систем або повне чи часткове відтворення їх елементів), пояснення осіб та будь-які інші публічно оголошені чи документовані відомості. У ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» законодавець не пов'язує віднесення відомостей до інформації залежно від форми її вираження. Такий підхід дозволяє охопити правовим регулюванням більше коло об'єктів, що в більшій мірі відповідає сучасним потребам у правому регулюванні суспільних відносин.

Необхідно звернути увагу на те, що Закон України «Про інформацію», Закон України «Про захист економічної конкуренції» не містять визначення поняття «відомості». Тому на підставі чинних нормативно-правових актів важко встановити, що ж охоплюється поняттям «інформація», яка є відомостями за своєю суттю. Також, виходячи з положень чинного законодавства, неможливо дійти

однозначного висновку про те, чи є твір як нематеріальний продукт діяльності людини різновидом відомостей.

Тому ми вважаємо, що в законодавстві України повинно бути закріплено таке визначення інформації, яке б охоплювало поняття «твір».

Виходячи з положення про те, що твір є різновидом інформації, виключні права на використання твору обмежують можливість усіх учасників цивільних правовідносин, окрім авторів та їх правонаступників, збирати, зберігати, використовувати та поширювати інформацію, яка є результатом творчої діяльності. Тобто має місце певна конкуренція між правом на інформацію та виключними правами авторів.

Наділення авторів надто широкими за обсягом виключними правами може призвести до надмірної монополізації використання результатів творчої діяльності та значного обмеження обігу інформації у суспільстві. У такому разі виключні права не будуть сприяти розвитку науки та мистецтва, а навпаки будуть гальмувати його. Щоб уникнути вказаних негативних явищ, у законодавстві України має бути забезпечений баланс між правом на інформацію та виключними авторськими правами.

Аналіз чинного законодавства в сфері авторського права дозволяє зробити висновок, що такий баланс забезпечується, зокрема, шляхом встановлення строку чинності майнових прав авторів. Після закінчення цього строку твір стає суспільним надбанням і може вільно використовуватись, що робить цю інформацію доступною для більшого кола осіб. Наявність розумного за тривалістю строку дії виключного права є важливим елементом у механізмі забезпечення балансу між інтересами авторів, їх правонаступників та суспільства.

З огляду на зазначене хочемо звернути увагу на те, що останнім часом у світі та нашій державі існує тенденція до збільшення строку чинності майнових прав авторів. Так, за останнє десятиріччя строк чинності майнових прав в Україні був продовжений з 50 років після смерті автора до 70 років після смерті автора. Так, відповідно до ст. 446 ЦК України строк чинності майнових прав на твір становить сімдесят років, що відліковуються з 1 січня року, наступного за роком смерті автора.

Нам видається сумнівною доцільність таких змін. Можна припустити, що такі дії законодавця викликані бажанням стимулювати осіб для зайняття творчою діяльністю шляхом збільшення строку дії їх майнових прав.

Однак, на нашу думку, для майбутнього автора не є принциповим 50 чи 70 років після смерті будуть чинними майнові права на його твір.

Також важливою для забезпечення балансу між інтересами авторів та суспільства є передбачена у законодавстві можливість вільного використання творів без згоди автора у певних випадках. Такі випадки закріплені у ст. 444 ЦК України, ст. ст. 21-25 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Так, зокрема, твір може бути вільно, без згоди автора та інших осіб, та безоплатно використаний будь-якою особою:

- як цитата з правомірно опублікованого твору або як ілюстрація у виданнях, радіо- і телепередачах, фонограмах та відеограмах;
- для відтворення у судовому та адміністративному провадженні;
- відтворення з метою висвітлення поточних подій засобами фотографії або кінематографії, публічне сповіщення або інше публічне повідомлення творів, побачених або почутих під час перебігу таких подій, в обсязі, виправданому інформаційною метою.

Вважаємо, що закріплений у законодавстві перелік способів вільного використання творів може бути розширено за рахунок включення до нього інших випадків використання твору без згоди автора, коли таке використання здійснюється з некомерційною метою. Такі зміни не призведуть до істотного обмеження прав авторів, натомість будуть сприяти обігу інформації та розвитку науки, освіти, культури.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Право інтелектуальної власності: підручник для студ. вищих навч. закладів / [за ред. О. А. Підопригори, О. Д. Святоцького]. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. — 624 с.



**Дідук Алла Григорівна**

*доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Національного університету державної податкової служби України, кандидат юридичних наук*

#### **НЕДОБРОСОВІСНА КОНКУРЕНЦІЯ ЯК СПОСІБ ЗАХИСТУ КОМЕРЦІЙНОЇ ТАЄМНИЦІ**

Міжнародні стандарти по захисту комерційної таємниці встановлені в Паризькій конвенції з охорони промислової власності [1], яка закріпила положення щодо необхідності припинення недобросовісної конкуренції. У ст. 10 bis Паризької конвенції закріплено, що країни Союзу зобов'язані забезпечити громадянам країн-учасниць, ефективний захист від недобросовісної конкуренції (п. 1).

Актом *недобросовісної конкуренції* вважається будь-який акт конкуренції, що суперечить чесним звичаям у промислових і торговельних справах (п. 2). Під промисловими і торговельними справами розуміється також використання та передача *комерційної таємниці, секретів виробництва, ноу-хау*. Таке широке визначення недобросовісної конкуренції (ст. 10bis Паризької конвенції) конкретизується в національних законодавчих актах за допомогою загальних критеріїв цивільного права, які широко застосовуються (особливо в країнах германської системи права) — «добрих нравів», «доброї совісті», «звичаїв цивільного обігу».

Захист комерційної таємниці є складовою частиною захисту від недобросовісної конкуренції і здійснюється у відповідності до ст. 10-bis («Недобросовісна конкуренція») і ст. 10-ter («Товарні знаки, фірмові найменування, неправдиві вказівки, недобросовісна конкуренція; засоби захисту, право звертатися до суду») Паризької конвенції з охорони промислової власності. Причому може скластися враження, що способом захисту «прав на» комерційну таємницю (конфіденційну інформацію) є заходи, передбачені законодавством про недобросовісну конкуренцію, а самі «права на» комерційну таємницю (конфіденційну інформацію) — елементом законодавства про попередження недобросовісної конкуренції.

Однак, необхідно розрізняти права і способи їх захисту, де *недобросовісна конкуренція* — це тільки спосіб захисту прав, а не самі права, причому права, які

захищаються, відрізняються від «прав на» комерційну таємницю (конфіденційну інформацію). Якщо навіть говорити тільки про способи захисту, законодавство про недобросовісну конкуренцію, як таке, не виконує цю функцію щодо захисту «прав», точніше охоронюваних законом інтересів особи щодо комерційної таємниці (конфіденційної інформації), а дає відсилку до загального цивільного законодавства.

Основною рисою норм такого законодавства є його охоронно-правовий характер. Спеціальне регулювання щодо комерційної таємниці в рамках забезпечення вільної і добросовісної конкуренції в Україні вперше з'явилося у Законі Української РСР «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції в підприємницькій діяльності» (далі Закон) від 18.02.92 р. [2] (втратив чинність), який відносив до однієї із форм недобросовісної конкуренції: «отримання, використання, розголошення комерційної таємниці, а також конфіденційної інформації з метою спричинення шкоди діловій репутації або майну іншого підприємця» (ст. 7). В даному Законі було закріплено принцип повного відшкодування збитків, спричинених недобросовісною конкуренцією, а також вирішувалися питання відшкодування органами Антимонопольного комітету України шкоди, завданої розголошенням отриманої в ході своєї діяльності комерційної таємниці підприємства. Однак в 1998 році дані норми щодо комерційної таємниці із Закону були видалені та замінені бланкетною відсилкою: «правові засади захисту від недобросовісної конкуренції визначаються Законом України «Про захист від недобросовісної конкуренції» (далі — Закон), який був прийнятий 07.06.96 р. [3].

У вказаному Законі дається поняття *недобросовісної конкуренції* (ст. 1), а також ціла глава (4) присвячена неправомірним діям щодо комерційної таємниці, які кваліфікуються як недобросовісна конкуренція та за які настає відповідальність. Можна сказати, що недобросовісна конкуренція, яка є діяльністю, і дії особи, яка фактично контролює комерційну таємницю, що направлені на збереження її в секреті, також є своєрідною діяльністю. Закон виділяє *чотири склади правопорушень*: 1) неправомірне збирання комерційної таємниці (ст. 16); 2) розголошення комерційної таємниці (ст. 17); 3) схилення до розголошення комерційної таємниці (ст. 18); 4) неправомірне використання комерційної таємниці (ст. 19).

Зміст цих статей можна розглядати не тільки як дефініцію правових термінів, але і як елемент диспозиції норм, які передбачають відповідальність за недобросовісну конкуренцію у вигляді накладення Антимонопольним комітетом України штрафних санкцій, а також адміністративну, цивільну та кримінальну відповідальність у випадках, передбачених законодавством (ст. 20). Збитки, заподіяні внаслідок вчинення дій, визначених цим Законом як недобросовісна конкуренція, підлягають відшкодуванню за позовами заінтересованих осіб у порядку, визначеному цивільним законодавством України (ст. 24).

Тут вбачається дві проблеми. *Перша*. Як видно відсилка іде до цивільного законодавства. Тобто, у випадку, якщо особі, яка фактично контролює комерційну таємницю, неправомірними діями у вигляді недобросовісної конкуренції були нанесені збитки, вона повинна спочатку звертатися не до суду, а в Антимонопольний комітет України. І тільки після цього така особа може подати позов до суду про відшкодування завданих збитків. При цьому в даному випадку під особою мається на увазі суб'єкт підприємницької діяльності.

Таке положення не відповідає Конституції України [8], яка закріпила що правосуддя в Україні здійснюється виключно судами і делегування функцій судів,

а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються. Юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (ст. 124). Тому мабуть доцільно внести зміни в законодавство України і прямо передбачити можливість звертатися безпосередньо з позовом у суд при порушенні охоронюваного законом інтересу особи, яка фактично контролює комерційну таємницю (конфіденційну інформацію), що відповідатиме вимогам Конституції України, зокрема ст. 124.

Виходячи із опублікованої судової практики, можна констатувати, що у випадку порушення недобросовісної конкуренції, справи розглядаються переважно Антимонопольним комітетом України.

*Друга проблема.* Слід звернути увагу на те, що вказівка про неправомірність дій щодо комерційної таємниці, які в Законі кваліфікуються як недобросовісна конкуренція, значаться тільки у випадку збирання і використання комерційної таємниці (ст. ст. 16, 19), хоча слід було б наголосити і на неправомірності розголошення комерційної таємниці (ст. 17) та схиланні до її розголошення (ст. 18). Насправді це важливо, оскільки особа, яка самостійно і добросовісно отримала інформацію, що є комерційною таємницею, може надалі контролювати цю інформацію (ст. 162 Господарського кодексу України) [4], в тому числі і розголошувати її. Крім того, саме неправомірні дії щодо комерційної таємниці, є підставою для звернення до суду заінтересованих осіб про відшкодування збитків. В юридичній літературі такий підхід зустрічається у багатьох авторів, зокрема у Н. А. Саніахметової [5, С. 604].

У Господарському кодексі України також містяться статті, направлені на захист комерційної таємниці, які повторюють норми Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», зокрема щодо поняття недобросовісної конкуренції (ст. 32) та неправомірних дій, що кваліфікуються як неправомірна конкуренція (ст. 36).

До джерел, які містять норми про охорону конфіденційної інформації (комерційної таємниці і ноу-хау) відносяться також закони інших галузей права. Так, у Кодексі України про адміністративні правопорушення (далі — КпАП України) [6] закріплені норми, які забезпечують адміністративно-правовий захист інтересів осіб, які фактично контролюють комерційну таємницю, що також є частиною законодавства, направленою на боротьбу з *недобросовісною конкуренцією*. Відповідно отримання, використання, розголошення комерційної таємниці, а також конфіденційної інформації з метою спричинення шкоди діловій репутації або майну іншого підприємства, віднесено до *недобросовісної конкуренції* із засобами захисту, встановленими для захисту від недобросовісної конкуренції. Законодавством передбачена адміністративна відповідальність за вказані дії у вигляді накладення штрафу (ст. 164-3 КпАП України).

В той же час за розголошення, незаконне збирання конфіденційної інформації (в тому числі ноу-хау) не передбачена кримінальна відповідальність. При цьому Кримінальним кодексом України (далі — КК України) [7] передбачена відповідальність за: «умисні дії, спрямовані на отримання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, з метою розголошення чи іншого використання цих відомостей (комерційне шпигунство), а також незаконне використання таких відомостей, якщо це спричинило істотну шкоду суб'єкту господарської діяльності» (ст. 231 КК України). Також передбачена відповідальність за: «умисне розголошення комерційної або банківської таємниці без згоди її власника особою, якій ця таємниця відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю, якщо воно вчинене з корисливих чи інших особистих

мотивів і завдало істотної шкоди суб'єкту господарської діяльності» (ст. 232 КК України). Відповідальність настає і у випадку розголошення або використання не оприлюдненої інформації про емітента або його цінні папери, зокрема за: «розголошення або інше використання не опублікованої або не оприлюдненої в інший спосіб інформації про емітента, його цінні папери або правочини щодо них (інсайдерська інформація) особою, якій ця інформація відома у зв'язку з професійною чи службовою діяльністю, якщо воно завдало істотної матеріальної шкоди інтересам держави або інтересам юридичних чи фізичних осіб» (ст. 232<sup>1</sup> КК України). При цьому також слід було наголосити у нормах всіх статей, що перераховані дії мають бути *неправомірними*.

Отже можна сказати, що охорона *конфіденційної інформації (комерційної таємниці, ноу-хау)* здійснюється в рамках боротьби з *недобросовісною конкуренцією*, передбаченою, ст. 10bis Паризької конвенції. Також відповідно до ст. 10ter в процесі забезпечення ефективного захисту від недобросовісної конкуренції, країни-учасниці зобов'язуються забезпечити громадянам інших країн Союзу таку охорону наступним чином: фізичні та юридичні особи, які правомірно контролюють конфіденційну інформацію, наділяються правом перешкоджати розкриттю, отриманню або використанню такої інформації без їх згоди іншими особами, якщо останні робили це способами, які суперечать чесній комерційній практиці. У поняття *способу*, що суперечить чесній комерційній практиці Угода про торгові аспекти прав інтелектуальної власності (далі — Угода TRIPS) [9], вкладає порушення договору, порушення довіри, спонукання до порушення; набуття закритої інформації третіми особами, які знали або допустилися грубої необережності, не дізнавшись, що дії, які суперечать чесній торговій практиці, були допущені в процесі такого набуття.

Наряду з Угодою TRIPS питання щодо охорони конфіденційної інформації розглядаються і в спеціально розроблених ВОІВ «Типових Положеннях про захист від недобросовісної конкуренції» [10]. Здійснена робота направлена, по суті, на уточнення змісту ст. 10 bis Паризької конвенції з урахуванням сучасної реальності. Зокрема, ст. 6 Типових положень передбачає захист від недобросовісної конкуренції щодо секретної інформації. Норма цієї статті співпадає із ст. 39 Угоди TRIPS. Деякі відмінності, все ж, спостерігаються у переліку видів дій, які розглядаються як такі, що суперечать чесній комерційній діяльності. Окрім тих, які приведені в ст. 39 Угоди TRIPS — це промислове або комерційне шпигунство. У ст. 6 Типових положень приводиться ще один вид нечесної підприємницької діяльності — підбурення до здійснення будь-якого акту, який приводиться в даній статті (промислового шпигунства, порушення договору, зловживання довірою). До числа дій, в яких проявляється недобросовісна конкуренція, Типові положення (подібно Угоді TRIPS) відносять також протиправний характер способу отримання конфіденційної інформації — це навмисне отримання її третьою особою (тобто, коли така особа знала про конфіденційність інформації), або отримала її з проявом грубої необережності (коли така особа повинна була знати про подібний характер інформації).

В цілому, вказані документи співпадають у тому, що стосується характеристики конфіденційної інформації (секретної інформації, нерозкритої інформації), а також по суті у видах дій, які розглядаються як прояв недобросовісної конкуренції. Однак всі ці документи мають різну направленість: якщо Угода TRIPS направлена, перш за все, на характеристику інтересу особи, яка *фактично контролює нерозкрити інформацію*, в рамках спільного задуму документа, то у Типових положеннях акцент зроблено на характеристику дій, в

яких проявляється недобросовісна конкуренція, що також обумовлює спільну направленість документа — уточнення положень статті 10bis Паризької конвенції з урахуванням сучасної реальності.

Можна констатувати, що Угодою TRIPS було вперше на міжнародному рівні визначено ознаки і поняття охорони нерозкритої інформації (комерційної таємниці) як засобу захисту інформації, використання якої на законних підставах контролюється юридичною особою. Загалом, у минулому багато країн відносились до питань захисту комерційної таємниці або ноу-хау не інакше, ніж до питань охорони секретів виробництва або промислової власності. Щоб відповідати ознакам Угоди TRIPS, країнам-членам ВТО прийдеться охопити правовою охороною всі секрети, які мають комерційну цінність. Тому доцільно в найближчому майбутньому прийняти Закон України «Про комерційну таємницю», який буде визначати її правовий режим.

### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20.03.1983 р. // Зібрання чинних міжнародних договорів України. — 1990. — № 1. — С. 320
2. Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності: Закон України від 18.02.1992 № 2132-XII (втратив чинність) / Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 21. — Ст. 296.
3. Про захист від недобросовісної конкуренції: Закон України від 07.06.1996 р. № 236/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 36. — Ст. 164.
4. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, № 19-20, № 21-22, ст. 144.
5. Саніахметова Н. О. Підприємницьке право: Суб'єкти підприємництва. Кредитування. Оренда. Лізинг. Зовнішньоекономічна діяльність. Інвестиції. Антимонопольне законодавство. Захист від недобросовісної конкуренції. Реклама: навч. посібник. — К.: А.С.К., 2001. — 704 с.
6. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. № 8073-X / Відомості Верховної Ради УРСР. — 1984. — № 51 (додаток). — Ст. 1122.
7. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25-26. — Ст. 131.
8. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
9. Agreement on Trade Related aspects of intellectual property Rights. // The Result of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations. The Legal Texts. WTO. — 1995.
10. Типовые положения о защите от недобросовестной конкуренции. Статьи и примечания // Публикация ВОИС. — 1997. — № 832 (R).





## Єпіфанова Юлія Сергіївна

*старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна, кандидат юридичних наук*

### ПРАВО АВТОРА НА САКРАРЕЗАЦІЮ ТВОРУ

Серед належних авторові суб'єктивних прав, можна виділити таке право, як право на присвячення. Вказане право ще називається правом автора на сакрарезацію об'єкта інтелектуальної власності (від лат. *sacra* — присвячувати). Сутність цього права полягає в тому, що автор може вказати певну подію, факт, особу, кому присвячує свій твір. Присвячення, що відображене у творі, можна розглядати як один з його елементів, який має для автора важливе значення, оскільки, як правило виступає рушійною силою, що спонукало автора на написання твору. Але, саме присвячення може бути не тільки частиною твору, а й самостійним твором, який, наприклад, виражений у формі вірша. Якщо присвячення твору носить оригінальний та самостійний характер, воно може бути визнано окремим об'єктом авторського права.

Право автора на присвячення твору є достатньо популярним та часто використовується авторами, як у художній, так і у науковій літературі. Звернімося до прикладів. Відома англійська письменниця Ш. Бронте, під впливом літературних творів одного з відоміших представників англійських реалістів ХІХ століття У. М. Теккерея, який критикував систему буржуазного виховання, написала свій роман «Джен Ейр», який йому й присвятила [1, С. 3]. Вчений Р. О. Стефанчук присвятив свою монографія «Особисті немайнові права фізичних осіб» своїм дітям [2, С. 11], а Р. Б. Шишка — своєму науковому керівникові — Ч. Н. Азімову [3, С. 9].

Право на присвячення можна розглядати як сам твір, зміст якого вказує на те, кому автор завдячує або чому автор присвятив свій шедевр. Так, вірш «Севастопольское братское кладбище», був написаний А. А. Фетом після того як він побував на братському кладовищі учасників Севастопольської оборони 1854-1855 років [4, С. 711].

Розглядуване право законодавчо не врегульовано в Україні. Проте, у цивілістичній науці існують спірні погляди на його правову природу. З точки зору Р. Б. Шишки, право на присвячення може бути субсидіарним до майнових прав і здійснюватися на підставі правочину між автором і володільцем права інтелектуальної власності [5, С. 338]. Нерідко автори бажають свій твір присвятити певним особам (батькам, певній організації тощо) або певним подіям чи датам, хоча, видавці йдуть на це без задоволення. Тому бажано врегулювати це питання в авторському договорі [6, С. 248]. В. А. Хохлов, вважає таке право самостійним та відносить його до особистих немайнових прав автора [7, С. 122].

Залишається не визначеним питання який же характер має права на присвячення — самостійних чи субсидіарний. Звичайно, автор самостійно приймає рішення про те, присвячувати свій твір певній особі, події чи ні. Але на його рішення можуть вплинути як найменше дві особи: володільці права інтелектуальної власності та особа чие ім'я або образ використовує автор у присвяченні. У першому випадку, пріоритет належатиме автору твору, який має всі підстави наполягати на використанні у своєму творі відповідного присвячення та вирішити всі можливі спірні питання у договірному порядку. У другому ж випадку, пріоритет творця співпадає з пріоритетом особи чие ім'я використовується. Відповідно до п. 2 ст. 296 Цивільного Кодексу України (далі —

ЦК) [8] використання імені фізичної особи у літературних та інших творах в якості персонажу (діючої особи), допускається лише за її згодою, а після її смерті — за згодою її дітей та інших родичів. Проте присвячення певного твору особі, не перетворює її у персонаж чи головну діючу особу. Тому питання використання імені особи у вигляді присвячення залишається законодавчо не врегульованим. Але, слід зазначити, що у випадку коли присвячення твору певній особі завдає шкоди її честі, гідності або ділової репутації, особа має право звернутися до суду з позовом про захист порушених прав відповідно до ст. 297 ЦК України.

Залишається відкритим питання щодо можливості використання імені особи без її згоди, у разі відсутності порушення її прав. Вважаємо, що використання імені особи будь-яким способом та з будь-якою метою, без її дозволу є не правомірним оскільки, обмежує право особи на ім'я передбачене п. 1 ст. 296 ЦК України. Отже, при присвяченні, як і при використанні у творі відповідного образу або імені слід отримати згоду особи, якій присвячується твір.

Слід зауважити, що, якщо сторони домовились на здійснення права на присвячення, то подальше опублікування твору здійснюється тільки з вказівкою цього присвячення, яке стає частиною твору. Зміна присвячення твору, прирівнюється до внесення змін у твір. Потрібно зазначити, що законодавчо не вирішене питання про час, протягом якого, автор має право вносити зміни у свої твори. Якщо мова йде про так звані «вільні твори», тобто такі, що створюються за власною ініціативою, а не на замовлення, то автор самостійно визначає готовність твору та спосіб його оприлюднення. Крім цього, залишає за собою право, вносити зміни або взагалі, відмовитися від раніше прийнятого рішення про оприлюднення твору. Отже, навіть через двадцять років автор, за власним бажанням, зможе внести певні зміни у власний твір.

По іншому справа вирішується щодо службових творів. Так, для видання наукових творів, створених у зв'язку з трудовим договором у певному вищому навчальному закладі, необхідні їх схвалення та рекомендація до друку вченою радою чи науково-методичною комісією, науковим відділом або іншим органом певного навчального закладу. Крім цього наукові твори, виконані за трудовим договором, є плановими, отже повинні надійти до видавництва у визначені терміни. Отже, право автора на зміну твору може бути обмежено строком, який встановлений у плані роботи, оскільки нерідко авторам не дозволяють вносити зміни, переробляти твори, тому що порушуються строки виконання плану написання наукової чи методичної літератури [6, С. 248]. Така регламентація наукової праці з одного боку дисциплінує автора твору, спонукаючи його не затягувати з творчим результатом, з іншого боку, обмежує його права на твір.

Приймаючи до уваги все вище вказане, слід вказати на те, що право на сакрарезацію твору назвати категорично самостійним доволі важко, воно залежить від волі багатьох зацікавлених осіб. Це право хоча й позбавлене економічного змісту й тісно пов'язане з автором твору, проте не повністю від нього залежить, тому відносити його до особисто-немайнових прав буде помилкою; доцільніше надати йому змішаного характеру.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Ромм А. Шарлота Бронте и ее роман «Джен Эйр». — Минск.: изд-во БССР редакция худ. Лит., 1957. — 7 с.

2. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія / [Відп. ред. Я. М. Шевченко]. — К.: КНТ, 2008. — 626 с.

3. Шишка Р. Б. Організація наукових досліджень та підготовка магістерських і дисертаційних робіт. Навчальний посібник. — Х: Еспада, 2007. — 468 с.
4. Фет А. А. Вечерние огни. — М.: Наука, 1981. — 816 с.
5. Шишка Р. Б. Охорона права інтелектуальної власності: Авторсько-правовий аспект: Монографія. — Х.: Вид-во Нац. Ун-ту внутр. Справ, 2002. — 368 с.
6. Право інтелектуальної власності: Академ. курс: Підручник для студентів вищих навч. закладів / О. А. Підпригора, О. Б. Бутнік-Сіверський, В. С. Дроб'язко та ін.; [За ред. О. А. Підпригори, О. Д. Святоцького]. — 2-ге вид., переробл. та допов. — К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. — 672 с.
7. Хохлов В. А. Авторское право: Законодательство, теорія, практика. — М.: Издательский Дом "Городец", 2008. — 288 с.
8. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 40. — Ст. 356.



### **Жилінкова Олена Вячеславівна**

*доцент кафедри цивільно-правових дисциплін юридичного факультету  
Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна, кандидат  
юридичних наук*

## **КОМЕРЦІЙНА ТАЄМНИЦЯ ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ**

Згідно з ч. 5 ст. 30 Закону про інформацію громадяни, юридичні особи, які володіють інформацією професійного, ділового, виробничого, банківського, комерційного та іншого характеру, одержаною на власні кошти, або такою, яка є предметом їх професійного, ділового, виробничого, банківського, комерційного та іншого інтересу і не порушує передбаченої законом таємниці, самостійно визначають режим доступу до неї, включаючи належність її до категорії конфіденційної, та встановлюють для неї систему (способи) захисту.

Виходячи з наведеного визначення вбачається, що до конфіденційної інформації фізичних та юридичних осіб належить **комерційна таємниця**, яка є різновидом соціальної інформації з обмеженим доступом.

Чинний ЦК України прямо відносить комерційну таємницю до об'єктів права інтелектуальної власності. Про це зокрема свідчить назва глави 46 Кодексу — «право інтелектуальної власності на комерційну таємницю». Однак питання про можливість віднесення комерційної таємниці до переліку об'єктів права інтелектуальної власності в теорії остаточно не вирішено.

Отже згідно ч. 1 ст. 505 ЦК України *комерційною таємницею є інформація, яка є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв'язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію.*

Це визначення за змістом співпадає з положенням п. 2 ст. 39 Угоди з торговельних аспектів прав інтелектуальної власності (ТРИПС), згідно якої

фізичним та юридичним особам надається можливість перешкоджати тому, щоб інформація, що правомірно знаходиться під їх контролем, була розкрита, отримана або використана без їх згоди іншими особами способом, що суперечить чесній комерційній практиці, за умови, що така інформація є секретною в тому сенсі, що вона в цілому або в певній конфігурації та підборі її компонентів не є загальновідомою або легкодоступною особам в тих колах, які зазвичай мають справу з такою інформацією.

Зі змісту наведених норм можна зробити два висновки.

**По-перше** призначення надання охорони комерційній таємниці полягає в забезпеченні попередження недобросовісної конкуренції стосовно осіб, яким вона належить.

**По-друге**, комерційній інформації не властиві якості, які зазвичай відображують сутність об'єктів права інтелектуальної власності. Тобто насамперед це — творчий характер діяльності, спрямованої на створення самого об'єкту. Однак в праві інтелектуальної власності існують об'єкти, при створенні яких творчий елемент не лише не є обов'язковим, але й не завжди є можливим. Зокрема це стосується таких об'єктів суміжних прав як фонограми, відеограми та передачі (програми) організацій мовлення; щодо торговельних марок та географічних значень також навряд чи можна казати про наявність творчого елемента при їх створенні. Тут йдеться про об'єкти права інтелектуальної власності, які не відповідають фактично вимозі творчості та не призначені для задоволення духовних інтересів, а існують та використовуються виключно для задоволення комерційних інтересів певних суб'єктів.

Можна зробити припущення, що базовою підставою надання цим об'єктам охорони як об'єктам права інтелектуальної власності є їх нематеріальний характер. Мабуть вже традиційно право інтелектуальної власності виступає «універсальним» засобом регуляції більшої частини відносин, що виникають стосовно нематеріальних об'єктів. З цього приводу В. О. Калятін зазначає, що спектр виключних прав є достатньо широким, щоб зацікавлена особа знайшла у більшості випадків зручний інструмент захисту. Однак оскільки отримати патент на відповідні «знання» є не завжди можливим, можна звернутися до системи конфіденційності, в рамки якої підпадає також комерційна таємниця [1, С. 407].

Розглядаючи вказані об'єкти як прояви інформації (в даному випадку — про відповідних суб'єктів або їх діяльності) необхідно погодитись із думкою О. В. Кохановської: «найбільш значні ознаки і особливості інформації дозволяють розглядати її як універсальний об'єкт цивільних прав, який за певних умов поглинає усі інші об'єкти і розкриває їх з нових сторін, або набуває ознак інших об'єктів, змінюючись і перетворюючись» [2, С. 170]. Тобто інформаційна природа комерційної таємниці (поряд із торговельними марками, географічними позначеннями тощо) поглинає собою інші характеристики цих об'єктів та стає найважливішою їх ознакою. За таких умов ознака творчості вже не є необхідною.

Необхідно зазначити, що навіть зважаючи на безапеляційне віднесення в ЦК України комерційної таємниці до переліку об'єктів права інтелектуальної власності, а також — на наявність певних передумов для такого віднесення, вбачається, що така позиція законодавця потребує наукового аналізу.

Важливого значення тут набуває співвідношення понять «комерційна таємниця» та «ноу-хау». Не поглиблюючись у спори з цього приводу [3, С. 16-18], відзначимо, що необхідно підтримати обґрунтовану позицію В. А. Дозорцева, який не ототожнює ці поняття, припускаючи при цьому можливість їх пересічення [4, С. 250]. Науковець розглядав ноу-хау як один з компонентів комерційної

таємниці, наполягаючи на тому, що саме цей компонент, а не комерційна таємниця в цілому, може претендувати на статус об'єкта виключних прав. До того ж В. А. Дозорцев зазначав, що «право на «ноу-хау» — це не традиційне виключне право, що є повноцінним абсолютним правом, а усічене, обмежене право, яке можна охарактеризувати як «квазівиключне» і яке хоч і закріплює обмежену монополію, але все ж таки є достатнім для введення відповідного об'єкта в економічний оборот» [4, С. 38].

Звертаючись до вітчизняного законодавства, можна віднести до інформації, яка підпадає під поняття «ноу-хау» комерційний досвід і ділову репутацію як складові предмету договору комерційної концесії (ст. 1116 ЦК України). Треба відзначити, що згідно вказаної норми комерційний досвід та ділова репутація не входять до складу об'єктів права інтелектуальної власності, право на використання яких надається згідно договору комерційної концесії. В літературі зазначалося, що саме дуалізм предмету цього договору відрізняє його від звичайного ліцензійного договору, передбаченого в Главі 75 ЦК України [5, С. 168; 6, С. 173-174].

Важливо відзначити, що єдиного підходу до розуміння «ноу-хау» національні нормативно-правові акти не містять. Однак саме ця відсутність єдності у поглядах на значення «ноу-хау» дозволяє тлумачити його достатньо широко. На думку Т. І. Бегової така ситуація цілком відповідає світовим тенденціям: «на сьогодні «ноу-хау» в міжнародному масштабі перестало розглядатися як альтернатива виключно патентного захисту технічних рішень і трансформувалося у специфічний об'єкт товарообігу, яким охоплюються різні види інформації (технічні знання, досвід, навички), істотні для певної галузі знань» [3, С. 14]. Тобто під «ноу-хау» можна розуміти будь-яку секретну інформацію, яка має значення для комерційної діяльності відповідних суб'єктів. Вбачається, що існує тенденція тлумачення поняття «ноу-хау» в широкому розумінні, що фактично призводить до його змішування з поняттям «комерційна інформація».

Отже можна зробити висновок, що закріплення в ЦК України комерційної таємниці як об'єкта права інтелектуальної власності є спробою врегулювання відносин, що виникають в сфері використання та розпоряджання конфіденційною інформацією як специфічним об'єктом цивільного права. Зміст норми, зафіксованої в ст. 505 ЦК України відображає положення Угоди ТРІПС, а також — відповідає світовим тенденція розширеного тлумачення поняття «ноу-хау», що фактично призводить до змішування його з поняттям «комерційна таємниця».

Можна сказати, що в умовах адаптації національного законодавства до міжнародних нормативно-правових актів віднесення комерційної таємниці до переліку об'єктів права інтелектуальної власності є закономірним та навіть прогресивним кроком. Однак вбачається необхідним чітко прописати в законодавстві України значення основних термінів в цій сфері, зокрема таких як «ноу-хау», діловий досвід та ділова репутація, комерційна таємниця, а також — співвідношення цих понять між собою. Вбачається, що невизначеність в цьому питанні має наслідком неясність у застосуванні вказаних термінів у договірній, а також — судовій практиці в Україні.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Калятин В. О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права). Учебник для вузов. — М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М), 2000. — 480 с.

2. Кохановська О. В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві: Монографія. — К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. — 463 с.

3. Бегова Т. І. Поняття «ноу-хау» і договір про його передання : монографія. — Х.: Право, 2009. — 160 с.

4. Дозорцев В. А. Информация как объект исключительного права // Дело и право. — 1996. — № 4. — С. 30-39.

5. Коссак В. М., Якубівський І. Є. Право інтелектуальної власності: Підручник. — К.: Істина, 2007. — 208 с.

6. Жилінкова О. В. Договори в сфері реалізації авторських прав на музичний твір. Х.: Ксилон, 2008. — 212 с.



### **Комзюк Леонід Трохимович**

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

## **ПРОЕКТ ЄВРОПЕЙСЬКОГО КОДЕКСУ АВТОРСЬКОГО ПРАВА: QUO VADIS**

Лісабонські договори 2008 р. відкривають якісно новий етап у зближенні національних законодавств держав-членів ЄС про інтелектуальну власність, зокрема й про авторське право (далі — АП). Так, ч. 1 ст. 118 Договору про функціонування Європейського Союзу передбачено, що в контексті створення і функціонування внутрішнього ринку Європейський Парламент і Рада, діючи відповідно до звичайної законодавчої процедури, встановлюють заходи зі створення європейських прав інтелектуальної власності для впровадження однакової охорони прав інтелектуальної власності у всьому Союзі і введення централізованих механізмів Союзу з надання дозволів, координації і нагляду (centralised Union-wide authorisation, coordination and supervision arrangements) [1].

Можемо передбачити, що це активізує процес гармонізації охорони прав інтелектуальної власності, включаючи АП, і піднесе їх (гармонізацію і охорону) на значно більш високий рівень.

Одним із найбільш перспективних напрямів гармонізації АП в контексті європейської інтеграції може стати розробка спільних доктринальних підходів щодо його основних інститутів і категорій, започаткована нещодавно групою видатних науковців з провідних європейських університетів у процесі підготовки проекту Європейського кодексу авторського права [2].

Цьому явищу поки що не приділено жодної уваги вітчизняних науковців. Проте загальна теоретична база для розробки теми вже закладена у фундаментальних працях за редакцією Ю. Капіци [3] та О. Орлюк [4, С. 40-54]. Окремі аспекти гармонізаційних процесів у сфері авторського права ЄС висвітлені і в кількох статтях автора [див., зокрема: 5]. За кордоном з'явилися перші наукові розвідки, в яких містяться, здебільшого, стримано позитивні оцінки проекту та його значення для подальшої гармонізації АП ЄС [6]. Все викладене вище й актуалізує тему даного дослідження.

*Метою* цієї роботи є аналіз гармонізаційного потенціалу проекту європейського кодексу авторського права в контексті формування *acquis communautaire* у сфері інтелектуальної власності ЄС.

Проект має своє коріння у міжнародній програмі, фінансованій урядом Нідерландів. Робоча група почала свою роботу над проектом у 2002 році. До її складу, зокрема, входили такі відомі вчені, як: професори Лайонел Бенті, Томас Дрейер, Рето Гілті, Бернт Гутенгольтц, Ален Стровел (Strowel), Дірк Віссер, Джон Бінг, Роберт Кларк, Франк Готцен, Марко Рікольфі, Ельжбета Трапле та інші (спочатку 7 членів проектного комітету, а всього 15 осіб) з провідних наукових інтелектуально-правових шкіл різних європейських країн.

Метою проекту кодексу є сприяння прозорості та узгодженості європейського АП. Робота над ним відображала стурбованість авторів браком прозорості на європейському рівні правотворення у сфері АП, зокрема недостатнім врахуванням думки наукової спільноти. Розробники проекту прагнули створити такий кодекс, який у першу чергу охороняв би моральні й економічні інтереси творців і водночас служив би інтересам суспільства шляхом сприяння створенню та поширенню творів літератури, мистецтва і науки.

Автори також висловлюють обґрунтоване сподівання, що цей проект зможе стати моделлю і реферативним посібником для майбутньої гармонізації чи уніфікації АП на європейському рівні. Адже, не зважаючи на двадцятирічний досвід гармонізації АП ЄС шляхом прийняття директив і зростаюче значення прецедентів Європейського суду, законодавство про АП в державах-членах ЄС й досі суттєво відрізняється. Все ж робоча група не поділяє позиції про необхідність введення уніфікованої європейської правової бази (*unified European legal framework*) у сфері АП.

Проект складається з преамбули і 5 глав, поділених на 28 статей, тобто є досить невеликим за обсягом. Він не стосується проблематики суміжних прав, прав на бази даних, питань захисту авторських прав та деяких інших. Це має своє пояснення, але дещо знижує цінність проекту.

Як вказують автори, цей кодекс не є рекодифікацією авторського права ЄС з чистого аркуша. Він враховує існуючий доробок ЄС — *acquis communautaire* — у цій сфері. Водночас, вони не зводили свою роботу лише до переказу чи консолідації норм семи директив ЄС про АП, які складають основу цього доробку. Радикалізм проектних пропозицій був обмежений також необхідністю залишатись в рамках, визначених Бернською конвенцією про охорону літературних і художніх творів, Угодою про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності та договорами ВОІВ, що є чинними для ЄС і його держав-членів.

Розглянемо деякі важливі, з нашої точки зору, в гармонізаційному контексті положення проекту.

У статті 1.1 глави 1 «**Твори**» дається традиційне (з посиланням у примітках на Бернську конвенцію) визначення твору в галузі літератури, мистецтва чи науки як об'єкта АП. Об'єктом охорони може бути будь-який твір, незалежно від способу і форми його вираження. При цьому відсутня вимога фіксації твору. Передумовою охоронюваності твору є його відповідність критерію результату власної інтелектуальної творчості автора. Але це не просто умова для існування авторського права, вона визначає і межі цього права. Вимоги до критерію творчого характеру є «середніми». Презюмується, що він повинен бути дещо вищим, ніж уміння і праця. Якщо наголос робиться на елементах творчості, то для твору фактажного і функціонального за характером основна увага буде приділятися наявності певного рівня кваліфікації і праці, тоді як для мистецьких творів

більший наголос робитиметься на особистому вираженні автора. Проект кодексу не використовує і не визначає термін «оригінальність твору», але, як вказують розробники, на практиці він може все ще бути використаний, щоб вказати, що твір кваліфікується як охоронюваний АП. Примірний перелік видів творів, наведений у ст. 1.1, не є вичерпним. Не охороняються АП а) офіційні тексти законодавчого, адміністративного і судового характеру, в тому числі тексти міжнародних договорів, а також офіційні переклади таких текстів; б) офіційні документи, опубліковані органами державної влади. Проте «офіційні» твори приватних авторів будуть захищені, поки вони не стали «офіційними». Крім того, можуть, як і раніше, виникати питання морального права, незважаючи на виключення таких творів з охорони АП.

Досить оригінально побудована глава 2 «**Авторство і належність (ownership)**» (авторських прав). Вона включає лише одну статтю про авторство, а саме ст. 2.1, відповідно до якої автором твору є фізична особа або група фізичних осіб, які його створили (знаковим є невизнання можливості юридичної особи бути автором твору). У випадку визначення кола авторів фільму розробники (в примітці 15) відсилають до відповідної директиви ЄС. Подальші статті глави закріплюють поділ авторських прав на моральні та економічні і закладають деякі основні (і досить «проавторські» в контексті балансу інтересів авторів як первинних суб'єктів АП та їх правонаступників, ліцензіатів і інших категорій суб'єктів АП) положення договірною авторського права, брак окремої глави щодо якого досить відчувається у проекті. Відповідно до ст. 2.5, якщо не обумовлено інакше, майнові права на твір, створений автором у процесі виконання своїх обов'язків або за доручення свого працедавця належать працедавцеві.

У главі 3 «**Моральні права**» привертає увагу сам перелік і формулювання цих прав (право на розголошення твору (right of divulgation), право на атрибуцію (right of attribution), право на цілісність твору (right of integrity)), а також їхня темпоральна обмеженість, здебільшого, життям автора.

Принципово важливою є першість у цьому переліку права на розголошення як права вирішувати, чи і яким чином твір буде розкритий вперше.

Право на атрибуцію включає в себе:

а) право бути ідентифікованим як автор, в тому числі право на вибір способу ідентифікації, і право, якщо автор прийме таке рішення, залишитись неідентифікованим.

б) право вимагати, щоб ім'я або назва, яку автор дав твору, були вказані.

Відповідно до ст. 3.3. це право діє «протягом життя автора і [...] років після його смерті» (розробники залишають відкритим питання про визначення цього строку). правонаступники уповноважені здійснювати ці права після смерті автора.

Згідно зі ст. 3.4 право на цілісність твору розуміється як право протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні, або іншим образливим діям щодо твору, які могли б завдати шкоди честі або репутації автора. Це право діє «протягом життя автора і [...] років після його смерті» (розробники залишають відкритим питання про визначення цього строку). правонаступники уповноважені здійснювати ці права після смерті автора.

Ст. 3.5 містить досить новаторські положення, а саме, що автор може погодитись не здійснювати свої моральні права. Така згода має бути обмеженою за масштабами, однозначною і поінформованою.

Ст. 3.6 містить певні обмеження у здійсненні моральних прав інтересами третіх сторін.



Принципово важливим є положення про невідчужуваність моральних прав (ст. 2.2).

Глава 4 «Економічні права» викладена найбільш традиційно як за переліком прав, так й за їх змістом, тому звернемо тут увагу лише на кілька важливих моментів, які стосуються цих прав. Принципово важливим є положення, що первинним суб'єктом (owner) економічних прав є автор твору (ст. 2.3). Ми повністю поділяємо консолідовану позицію авторів проекту щодо завеликої тривалості сучасного строку дії цих прав (див. примітку 40), яка до того ж має тенденцію до перманентного подовження, вже й до цього розкритиковану декотрими з авторів.

Найбільш цікавими, з нашої точки зору, пропозиціями відрізняється глава 5 «Обмеження». У ст. 5.1 вводиться поняття «використання з мінімальними економічним значенням», яке дозволяється без дозволу автора твору і без виплати винагороди. Перелік випадків цього використання є досить широкий.

Привертають увагу положення щодо вільного використання творів (без виплати чи з виплатою винагороди) в обсязі, виправданому метою використання, для особистого користування, особами з інвалідністю некомерційного характеру, з науковою та освітньою метою, для забезпечення свободи слова та інформації, для сприяння важливим соціальним, політичним і культурним цілям, для забезпечення належного виконання адміністративних, парламентських, судових процедур або громадської безпеки та ін. Особлива увага приділена в ст. 5.4 використанню творів з метою підвищення конкуренції без дозволу і без виплати винагороди, в обсязі, виправданому метою використання. Зокрема, йдеться про використання для цілей зворотнього проектування з метою отримання доступу до інформації особою, яка має право на використання твору.

Будь-яке використання допускається за умови, що воно не суперечить нормальному використанню твору і не зачіпає необґрунтованим способом законні інтереси автора або правоволодільця з урахуванням законних інтересів третіх осіб. Ст. 5.6 містить досить детальне формулювання вимог щодо дотримання моральних прав автора у зв'язку з вільним використанням твору, а ст. 5.7 щодо забезпечення справедливої та адекватної винагороди за вільне використання творів (у відповідних випадках).

Отже, успішна розробка проекту європейського кодексу АП стала феноменальним явищем у розвитку і зближенні доктринальних засад європейського АП. Завдяки своєму компромісному характеру проект матиме велике значення для процесу гармонізації АП ЄС, сприяючи подоланню розбіжностей між різними системами АП.

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. The Treaty on the Functioning of the European Union [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.europa.eu/lisbon\\_treaty/full\\_text/index\\_en.htm](http://www.europa.eu/lisbon_treaty/full_text/index_en.htm).
2. European copyright code: The Wittem Project (April 2010) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.copyrightcode.eu/Wittem\\_European\\_copyright\\_code\\_21%20april%202010.pdf](http://www.copyrightcode.eu/Wittem_European_copyright_code_21%20april%202010.pdf).
3. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / [за ред. Ю. М. Капіци]. — К.: Слово, 2006. — 1104 с.

4. Правове забезпечення сфери інтелектуальної власності в Україні в контексті європейської інтеграції: концептуальні засади: монографія / [за науковою редакцією О.П. Орлюк]. — К.: Лазурит-Поліграф. — 2010. — 464 с.

5. Комзюк Л.Т. Гармонизация авторского права Европейского Союза // Цивилист [Москва]. — 2009. — № 3. — С. 10-12.

6. Kuhlen R. Richtungsweisend oder eine nur begrenzt wahrgenommene Chance? Der Copyright-Code des Wittem-Projekts // Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law. — 2011. — № 2. — P. 18-25.



**Крат Василь Іванович**

*доцент кафедри цивільного права № 1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», кандидат юридичних наук*

## **СУТНІСТЬ ПРАВ НА НЕТИПОВІ ЗАСОБИ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ НЕПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ТОВАРИСТВ**

Загальноприйнятим вважається, що одним із засобів індивідуалізації юридичної особи є її найменування. Однак існують й інші, що дозволяють розрізняти певних юридичних осіб (комерційне найменування, географічне зазначення, місцезнаходження та ін.).

Впровадження в українське законодавство такої конструкції як непідприємницьке товариство детермінує потребу розгляду проблематики не тільки із віднесення тих чи інших позначень до засобів їх індивідуалізації, але й визначення сутності прав на них. Індивідуалізація непідприємницьких товариств, як правило, відбувається за допомогою їх символіки (емблем, прапорів, вимпелів та інших знаків) [1, С. 167]. Ці позначення фактично виступають свого роду антиподом до торговельної марки, яка індивідуалізує підприємницькі товариства, що виробляють (надають) ті чи інші товари (послуги). У свою чергу символіка дозволяє відмежовувати непідприємницькі товариства.

Конструкція непідприємницького товариства потребує існування на законодавчому рівні правового режиму, який би містив підстави виникнення прав на символіку, зміст, особливості їх здійснення, припинення та захисту.

Звісно вироблення правового режиму прав на засоби індивідуалізації непідприємницьких товариств, в першу чергу, зумовлює з'ясування їх сутності, тому що це матиме безпосередній вплив на вибір тих правових засобів, які застосовуватимуться при його конструюванні. У сучасній доктрині проблематика сутності прав не виправдано залишено поза увагою, хоча має важливе не тільки теоретичне, але й утилітарне значення. Воно, зокрема, проявляється в тому на підставі яких норм здійснювати захист прав на символіку непідприємницьких товариств. Адже досить частими є спроби непідприємницьких товариств забезпечити охорону прав на символіку за допомогою: конструкції авторського права; права на ділову репутацію; самостійного визначення певних правил у «власних» локальних актах; реєстрації символіки як торговельної марки [2, с. 164].

Сутність будь-якого суб'єктивного права виражається в комплексі ознак або властивостей, які його характеризують та дозволяють віднести до певного виду цивільних прав чи кваліфікувати як право особливого роду (*sui generis*). При цьому необхідно враховувати, що норми права в яких набувають закріплення ті чи

інші потенційні можливості учасників цивільних відносин є результатом узагальнення типових і видових властивостей суспільних відносин, їх об'єктів та суб'єктів, дій і подій, що обумовлюють правові наслідки. Оскільки типізація суспільних відносин виступає невід'ємною ознакою правового регулювання.

Разом з тим, є очевидним складність та котрадикторність процесу визначення сутності прав на символіку. Це обумовлено, передусім, особливістю символіки як позначення, тому що існує внутрішня залежність між властивостями об'єкту і правовим режимом прав на нього. Тобто, сутність прав на символіку непідприємницького товариства детермінується специфікою об'єкта яким виступає позначення, що використовується непідприємницьким товариством як символіка.

Символіка як об'єкт є нематеріальним благом. По суті це позначення, що здатне породжувати у осіб смислові асоціації та смислову схожість із певним непідприємницьким товариством. З огляду на те, що права на символіку стосуються нематеріального об'єкта це повинно враховуватися при визначенні їх сутності. У сфері нематеріальних об'єктів для цього апробовані моделі особистих немайнових та виключних прав.

Більш логічним є застосування для пояснення сутності прав на символіку моделі виключного права. Це пов'язано з тим, що правова конструкція, яка опосередковує належність суб'єктові нематеріального об'єкту (позначення), за допомогою виключного права дозволяє: а) виокремити носія такого права від інших учасників цивільних відносин; б) і завдяки цьому забезпечити суб'єктові монополію його права. Такого роду монополію досягається, наприклад, в більшості речових прав, наявністю володіння річчю у суб'єкта речового права. Причому наявність володіння виключає можливість, як правило, користування річчю іншими особами. На відміну від цього нематеріальним об'єктам є апріорі притаманна допустимість їх використання не тільки суб'єктом прав, чому має запобігати виключність прав.

Символіка як нематеріальний об'єкт, не обов'язково є результатом творчої діяльності, у зв'язку з чим, видається, мають нівелюватися права осіб, які створюють те чи інше позначення. Подібне правове регулювання запроваджено для прав на торговельну марку.

Таким чином, право на символіку покликане виконувати ту ж роль, що і майнове (речове) право, лише за допомогою якісно іншої правової конструкції виключного права. Внаслідок чого праву на символіку як виключному мають бути характерні такі властивості як:

а) *абсолютність*. Право повинно складатися із правомочностей, які дозволятимуть непідприємницькому товариству самостійно використовувати символіку. Для непідприємницького товариства має забезпечуватися, в тому числі, можливість застосування словесної символіки як його доменного імені. Оскільки відповідно до чинних Правил домену.UA [3] делегування та адміністрування доменних імен, які складаються із словесних позначень, що не є знаками для товарів та послуг, не допускається.

Окрім цього право на символіку повинно діяти проти всіх та кожного і забезпечувати можливість непідприємницького товариства забороняти використання символіки будь-яким іншим особам. Причому як у випадку неправомірного використання без дозволу непідприємницького товариства, так і у разі його наявності, однак з невідповідністю мети його створення;

б) *безстроковість*, тобто право на символіку повинно бути чинним, як мінімум, протягом часу існування непідприємницького товариства;

в) *оборотоздатність* шляхом надання іншим суб'єктам дозволу на використання символіки непідприємницького товариства. Разом з тим видача дозволу на використання символіки не повинна суперечити меті створення непідприємницького товариства;

г) *реєстраційний принцип виникнення*. Символіка як певне позначення може бути повторно відтворена незалежно від її появи в першого суб'єкта. Тому права на символіку мають виникати з моменту реєстрації, що забезпечить запобігання співпадіння символіки непідприємницьких товариств.

Таким чином можливо стверджувати, що основу сутності прав на символіку має скласти їх виключність та специфіка об'єкта (позначення), що використовується як символіка. Втілення виключності прав на символіку непідприємницьких товариств та особливостей того чи іншого позначення на законодавчому рівні дозволить забезпечити належний та ефективний механізм охорони прав на символіку.

### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Крат В. І. Символіка як засіб індивідуалізації непідприємницьких товариств // Проблеми цивільного права та процесу: Матеріали науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті професора О. А. Пушкіна (23 травня 2009 р.). — Х.: Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2009. — С. 167-169

2. Бачиш Є. М. Символіка політичної партії як знак для товарів і послуг // Матеріали XVII Міжнародної науково-практичної конференції «Актуальні проблеми інтелектуальної власності», м. Львів, 21 — 25 лютого 2011 р. — Львів, 2011. — С. 164-166.

3. Правила домену .UA [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [https://hostmaster.ua/policy/?Policy\\_of\\_.UA](https://hostmaster.ua/policy/?Policy_of_.UA).



### **Кривошеїна Інга Валеріївна**

*асистент кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук*

## **КАРТОГРАФІЧНІ ТВОРИ: ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТА ОХОРОНА ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ**

З розвитком технологій та інформаційних мереж гостро постають питання правової охорони об'єктів інтелектуальної власності. Для оптимального захисту кожного об'єкту необхідно чітко розуміти їх правову природу. Однак, незважаючи на великий масив законодавчої бази в сфері інтелектуальної власності, існує ряд об'єктів, щодо яких виникає ряд правових питань.

Розвиток інформаційної сфери призводить до появи нових видів порушень прав на об'єкти інтелектуальної власності, а недостатнє законодавче регулювання окремих із них — до ускладнення процедури захисту порушених прав. Одним із об'єктів, проблеми охорони якого актуалізувались останнім часом є картографічний твір. Основним нормативно-правовим актом в сфері охорони зазначених творів є Цивільний кодекс України, який у ст. 433 до об'єктів авторського права відносить ілюстрації, карти, плани, ескізи і пластичні твори, що стосуються географії, топографії, архітектури або науки. Даний об'єкт віднесений і

Законом України «Про авторське право та суміжні права» до об'єктів авторського права. Зазначений закон є спеціальним нормативним актом в сфері охорони об'єктів авторського права. Так, відповідно до ст. 8 вказаного Закону об'єктами авторського права є ілюстрації, карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, що стосуються географії, геології, топографії, техніки архітектури та інших сфер діяльності. В той же час слід відмітити, що чіткого визначення поняття «карта» наше законодавство не містить. В найбільш загальному розумінні картою є зменшене зображення Землі на площині за допомогою умовних позначень, що показує розміщення певних явищ. Також згідно із Бернською конвенцією про охорону літературних та художніх творів в поняття літературний і художній твір включається і поняття географічної карти.

Актуальність проблеми захисту картографічних творів пов'язана із легкістю їх копіювання, загальнодоступністю та незаконним розміщенням в інформаційних мережах. У відповідності до діючого законодавства України забороняється будь-яке відтворення, тиражування, публікація чи інше використання картографічних творів без відповідного дозволу особи, що має авторське право на ці твори, крім випадків їх вільного використання для наукових, архівних, особистих та інших цілей передбачених законодавством особами, діяльність яких не спрямована на отримання доходу. Виникає ціла низка питань. Як захистити права творців картографічних творів? Одним із основних питань, безумовно є можливість доведення копіювання і розміщення карти без згоди особи, що має авторське право.

Відомо, що авторське право охороняє твори з моменту їх створення і без обов'язкової реєстрації. Відповідно до ст. 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права» авторське право на твір виникає внаслідок його створення. Для виникнення і здійснення авторського права не вимагається реєстрація твору чи будь-яке інше спеціальне його оформлення, а також виконання будь-яких інших формальностей. Крім того, закон не вимагає підтвердження наявності основних критеріїв охороноздатності твору, тобто необхідності будь-якої кваліфікації твору як такого для визнання його об'єктом авторського права. Однак Закон передбачає, що для сповіщення про свої авторські права особа, яка має таке право, може проставляти знак охорони авторського права. Такий знак складається із латинської літери „с" обведеної колом, імені особа, яка має авторське право та року першої публікації твору. Такий знак проставляється на оригіналі і кожному примірнику твору. Застосування зазначеного знаку охорони залежить від волі володільця виключних прав. Слід зазначити, що правовій охороні будуть підлягати як твори із нанесеним знаком так і твори, на яких знак не проставлено. Знак охорони авторського права виконує основну функцію сповіщення третіх осіб про те, що даний твір охороняється нормами авторського права, а також полегшує доказування наявності виключних авторських прав у випадку виникнення спору. Для реєстрації авторських прав на картографічний твір, або інший об'єкт авторського права, зацікавлена особа подає заяву до Державної служби інтелектуальної власності, до складу якої входить заява, примірник твору у матеріальній формі, документ який підтверджує факт і дату оприлюднення твору, документи про сплату відповідних зборів, та інші документи при необхідності. У разі прийняття рішення про можливість реєстрації авторського права на картографічний твір та за наявності документа про сплату державного мита за видачу свідоцтва, відомості про реєстрацію вносять до Державного реєстру свідоцтв про реєстрацію авторського права на твір. Видача авторських свідоцтв здійснюється Державною службою інтелектуальної власності у місячний строк від

дати реєстрації. Таке свідоцтво видається автору або особі, яка має авторське право.

Створення картографічних творів є багатоступеневою процедурою і вимагає великих зусиль, і безумовно має творчий характер. Всі картографічні твори можна поділити на дві групи: загальногеографічні та тематичні картографічні твори. В процесі створення карти виникає ціла низка об'єктів інтелектуальної власності.

Слід відмітити, що правова охорона авторського права в сфері картографічної діяльності ускладнена відсутністю підзаконних нормативних актів, правозастосовчої практики. Дана проблема виникає у зв'язку із орієнтованістю правового регулювання в сфері авторського права на музичні та літературні твори. Поява цифрових та електронних карт, а також можливість їх легкого копіювання, призвела до зростання контрафактної продукції в даній сфері.

У зв'язку із відсутністю ґрунтовних досліджень в сфері захисту авторського права на картографічні твори виникає потреба в системному дослідженні таких об'єктів як географічні карти та атласи. Під географічною картою слід розуміти зображення у певному масштабі території земної поверхні на площині, виконане за допомогою умовних знаків із застосуванням картографічної проєкції. Вона показує розміщення, властивості і зв'язки різних природних і соціально-економічних об'єктів та явищ [1]. Під атласом слід розуміти тематичну, детально опрацьовану збірку карт, ілюстрацій, таблиць [2]. При цьому атлас з позицій авторського права буде складеним твором. Такі твори відповідно до законодавства про авторське право мають певні особливості. Так, авторів збірника та інших складених творів (упорядників) належить авторське право на здійснений ним підбір і розташування творів та інших даних, що є результатом творчої праці. Автори складених творів користуються своїми авторськими правами за умови дотримання ними прав авторів кожного з творів, що включені до складеного твору. Дане положення законодавства означає, що кожен із авторів твору, які увійшли складовою частиною до складеного твору, мають право використовувати свої твори незалежно від складеного твору, якщо інша умова про передачу виключних майнових прав не передбачена авторським договором між автором частини твору та упорядником збірника. Крім того, упорядник здійснюючи свої майнові авторські права повинен не порушувати права авторів окремих частин, що означає, що при використанні складеного твору повинно обов'язково зазначатися ім'я тих авторів, які готували відповідні складові частини складеного твору. Слід зазначити, в той же час частина картографічного твору, яка може бути використана самостійно, також виступає об'єктом авторського права.

Основним об'єктом захисту авторським право у картографії є картографічні твори, які відповідно до законодавства України про авторське право входять до переліку творів, що охороняються. До таких творів, відповідно до Закону України «Про авторське право та суміжні права» відносять географічні, геологічні і інші карти, плани, ескізи і пластичні твори, що відносяться до географії, топографії і інших наук. До картографічних творів належать твори в будь-якій матеріальній формі, основою яких є картографічне зображення. Картографічні твори охороняються нормами авторського права незалежно від їх призначення, тематики, змісту, достоїнства, обсягу, а також способу їх відтворення в графічній, цифровій чи будь-якій іншій формі. До картографічних творів, що охороняються авторським правом слід віднести: всі види атласів, планів, картосхем незалежно від їх форми та виду носія інформації; аерокомофотокarti, аерокосмофотоплани, аерокосмофотосхеми, їх подібні продукція; цифрові карти і плани, інша

картографічні інформація на машинних носіях; рельєфні карти і плани, похідні пластичні твори; рекламна картографічна продукція; схеми, ескізи, ілюстрації, що стосуються географії, топографії, картографії тощо. Підлягають охороні також літературні, наукові, художні та інші твори картографічної тематики, тобто нормативно-технічна література, наукові публікації, періодичні видання, монографії, каталоги, довідники, газетири картографічного змісту тощо.

У найзагальнішому розумінні під картографічним твором слід розуміти твір у галузі відображення об'єктів природи і суспільства у певній картографічній проекції із застосуванням картографічних умовних знаків (креслення, карта, атлас, ескіз, макет тощо) [3]. Таким чином, картою є картографічний твір, що створений в картографічній проекції, зменшене, узагальнене зображення поверхні землі, поверхні іншого небесного тіла чи позаземного простору, що показує розташовані на них об'єкти (предмети і явища) в певній системі умовних знаків [4, С. 51]. Всі картографічні твори можна поділити, як вже зазначалось, на дві основні групи: загальногеографічні та тематичні картографічні твори. Загальногеографічні карти відображають географічні явища, в тому числі рельєф, гідрографію, населені пункти, господарські об'єкти, комунікації тощо. Тематичні карти в свою чергу відображають розташування, взаємозв'язок та динаміку природних явищ, населення, економіки, соціальну сферу. Кожний картографічний твір має дизайнерську розробку, яка відповідно буде розглядатись як об'єкт авторського права — твір образотворчого мистецтва, а видавничі зразки картографічного твору можуть отримати охорону в якості промислових зразків.

Всі об'єкти авторського права для отримання відповідної правової охорони повинні відповідати двом основним критеріям: мати творчий характер та бути вираженими в об'єктивній формі, яка дозволяє їх відтворення.

Слід відмітити, що будь-який твір, що носить творчий характер вирізняється оригінальністю, новизною, унікальністю та неповторністю. Однак в сфері картографічної діяльності існують певні особливості пов'язані із зазначеними критеріями. Основне питання яке виникає у зв'язку із правовою охороною картографічних творів — чи є такі твори результатом творчої діяльності. На думку О. П. Сергеева, не будь-яка карта чи план можуть бути віднесені до об'єктів авторського права. Так, навряд чи можна визнати карту чи план, що створені виключно за допомогою технічних засобів, наприклад шляхом аерокосмічної зйомки, результати якої оброблені комп'ютером, твором, що відповідає критерію творчості і відповідно охороняється авторським правом [5, С. 152]. Однак, безумовно у більшості випадків створення картографічного твору є складним процесом, і вимагає застосування не лише технічних зусиль, але і творчого вкладу великої кількості спеціалістів.

Будь-який твір для того, щоб стати об'єктом авторського права повинен бути виражений в певній об'єктивній формі, що є другою обов'язковою умовою охороноздатності об'єктів авторського права, оскільки до того часу поки ідеї та образи автора не отримують певну матеріальну форму, вони не можуть сприйматися третіми особами і відповідно не є можливим порушення прав на такі задуми, саме тому не виникає необхідності в наданні ним правової охорони. Отже, для того, щоб картографічний твір отримав охорону в якості об'єкту авторського права він повинен бути об'єктивований або в письмовій формі, або в якості зображення чи об'ємно-просторовій. До картографічних творів не можна застосовувати усну форму їх виконання. Таким чином, картографічний твір повинен існувати як незалежний елемент від особи автора, якою він створений. Слід відмітити, що відповідно до ст. 8 ч.2 Закону України «Про авторське право і

суміжні права» охороні підлягають як завершені, так і не завершені твори, незалежно від їх призначення, жанру, обсягу та мети. Таким чином, об'єктом авторського права є як весь картографічний твір, так і його частина. Безумовно, дана ознака охороноздатності тісно пов'язана із можливістю відтворення картографічних творів. Наявність самої об'єктивної форми означає можливість відтворення такого твору.

Сучасний інформаційний розвиток призводить до появи таких видів карт як цифрові та електронні карти, які одночасно можна розглядати і як бази даних, які охороняються авторським правом. Створення таких електронних та цифрових карт необхідно розглядати як переробку першопочаткового картографічного твору і, відповідно, створення похідного твору. Така цифрова карта буде похідним твором, щодо основного картографічного твору. Для створення похідного твору необхідно отримати дозвіл від володільця прав на основний картографічний твір. Під цифровою картою слід розуміти карту зміст якої представлено в цифровій формі. Тобто представлення об'єктів карти в цифровій формі, яка дозволяє комп'ютеру зберігати, маніпулювати та виводити значення цих атрибутів. Цифрова карта являє собою базу даних чи файл, які стають картою, коли створюється тверда копія чи зображення на екрані [6, С. 104]. Відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права» під базою даних слід розуміти сукупність творів, даних або будь-якої іншої незалежної інформації у довільній формі, в тому числі — електронній, підбір і розташування складових частин якої та її упорядкування є результатом творчої праці, і складові частини якої є доступними індивідуально і можуть бути знайдені за допомогою спеціальної пошукової системи на основі електронних засобів (комп'ютера) чи інших засобів.

Виключні майнові права автора картографічного твору можуть бути передані автором третій особі, після чого така особа стає суб'єктом авторського права. Таким чином, слід розрізняти первинних суб'єктів — зазвичай ними є автори, та вторинних суб'єктів, або похідних — ними є особи, яким на відповідних правових підставах передаються виключні майнові права інтелектуальної власності на картографічний твір.

Підводячи підсумок, необхідно зазначити, що незважаючи на схожість основних ознак картографічних творів та інших об'єктів авторського права, вони мають ряд особливостей та потребують удосконалення захисту таких специфічних об'єктів.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Вікіпедія [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://uk.wikipedia.org/wiki/Географічна\\_карта](http://uk.wikipedia.org/wiki/Географічна_карта)
2. Вікіпедія [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://uk.wikipedia.org/wiki/Атлас\\_\(книга\)](http://uk.wikipedia.org/wiki/Атлас_(книга))
3. Вікіпедія [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://uk.wikipedia.org/wiki/Твір\\_картографії](http://uk.wikipedia.org/wiki/Твір_картографії)
4. Максимова Л. Картографические произведения как объекты авторского права. Защита прав на эти объекты в суде // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2003. — № 7. — С. 51
5. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: ТК Велби, 2004. — 752 с.
6. Цифровая картография и геоинформатика. Краткий терминологический словарь / [Под общ. ред. Е. А. Жалковского]. — М.: Картгеоцентр-Геодезиздат, 1999. — 460 с.





**Макода Володимир Євгенович**

*доцент кафедри цивільного права Київський національний університет імені  
Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук*

## **ЗАХИСТ АВТОРСЬКОГО ПРАВА ТА СУМІЖНИХ ПРАВ. АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ**

В умовах швидкого розвитку технологій та глобального переходу від індустріального суспільства до інформаційного дуже важливо усвідомлювати ту роль, яку відіграють індустрії, що засновані на використанні об'єктів авторського права і суміжних прав. Зокрема, в Дослідженні економічного внеску авторського права і суміжних прав в європейську економіку зазначається: «Заміна індустріального суспільства на інформаційне суспільство, що залежне від створення знань та їх вдосконалення, обробки та використання інформації, ставить авторське право на центральне місце в економічному розвитку в ХХІ столітті» [1].

Різноманітні об'єкти права інтелектуальної власності використовуються майже скрізь — у промисловості, в науці, медицині, шоу-бізнесі тощо. Це означає, що зростає необхідність розробки сучасних механізмів правового регулювання відносин, що виникають з приводу використання інтелектуального продукту.

Зважаючи на масові порушення прав інтелектуальної власності в Україні надзвичайно важливим напрямком роботи уповноважених осіб є забезпечення ефективного захисту прав відповідних правоволоділців. [2, С. 73]

Захист авторського права та суміжних прав регулюється Законами України «Про авторське право та суміжні права», «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг», «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних», «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування», «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» та відповідними підзаконними нормативними актами.

За порушення вимог діючого законодавства в сфері інтелектуальної власності Кримінальним кодексом України передбачено кримінальну відповідальність за злочини в цій сфері:

- стаття 176 «Порушення авторського права і суміжних прав»;
- стаття 177 «Порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію»;
- стаття 203-1 «Незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва».
- стаття 229 «Незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару».

Адміністративна відповідальність передбачена відповідними статтями Кодексу України про адміністративні правопорушення:

- стаття 51-2 «Порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності»;
- стаття 164-9 «Незаконне розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних».

За період з 2002-2008 рр. було виявлено 4437 злочинів, з яких: 2309 — за фактами порушення авторського права та суміжних прав, 1631 — за фактами

незаконного обігу дисків для лазерних систем зчитування, 374 — за фактами незаконного використання товарних знаків, 123 — порушення прав промислової власності.

Тільки протягом трьох місяців 2009 року викрито 524 злочини, пов'язані з порушенням права інтелектуальної власності, у тому числі 219 — безпосередньо за фактами порушення авторських та суміжних прав, 274 — за фактами незаконного обігу дисків для лазерних систем зчитування, 25 — за фактами незаконного використання знаків для товарів і послуг.

Постійно зростає кількість осіб, притягнутих до адміністративної відповідальності за порушення прав інтелектуальної власності. Якщо у 2002 році до адміністративної відповідальності за вчинення таких правопорушень було притягнуто лише 903 особи, у 2003 році — 817 осіб, у 2004 році — понад 1,4 тис. осіб, у 2005 — понад 2,6 тис. осіб, у 2006 р. — понад 3,5 тис. осіб, то у 2007 році — понад 5,6 тис. осіб, у 2008 — 4,7 тис. осіб.

За даними Державної Судової адміністрації України починаючи з 2002 року по 2007 рік за вчинення злочинів у сфері інтелектуальної власності засуджено 626 осіб (у 2002 році 11 осіб, 2003 — 30 осіб, 2004 — 42 особи, 2005 — 28 осіб, 2006 — 115 осіб, у 2007- 186 осіб, у 2008 році -214).

На сьогодні значно ускладнена процедура вилучення у правопорушників контрафактної та фальсифікованої продукції, оскільки працівники міліції мають право вилучати зазначену продукцію лише після отримання відповідного дозволу суду, що не дає можливості оперативно реагувати на виявлені факти виробництва та розповсюдження підробок, які з кожним роком збільшуються.

Разом з тим, з метою недопущення легалізації контрафактної продукції, обмеження тіньових схем, які цьому сприяють, потребує удосконалення і існуючий порядок отримання та впровадження контрольних марок.

Вивчення ситуації, пов'язаної з розповсюдженням контрафактної продукції в мережі Інтернет свідчить про те, що застосування до правопорушників лише санкцій Кримінального кодексу не дозволить оперативно впливати на появу численної кількості Інтернет-сайтів, що розповсюджують контрафактну продукцію. Найбільш ефективним є застосування заходів адміністративного впливу, а саме відключення сайтів, що розповсюджують контрафактну продукцію від доступу до мережі Інтернет. Але діюча нормативно-правова база, що регулює суспільні відносини у цій сфері не дозволяє МВС впливати на провайдерів Інтернет-послуг на відміну від законодавства, яке діє у деяких західних країнах.

У вересні 2009 року у Франції схвалено закон, спрямований на боротьбу з інтернет-піратством, що дозволяє відключати Інтернет після трьох попереджень: спеціально створене державне агентство в разі першого порушення буде посилати користувачеві попередження по електронній пошті, потім — офіційне повідомлення про порушення, і, нарешті, на третій раз — зможе відключити його від Інтернету. Подібний закон діє вже в Південній Кореї, схожий закон збирається прийняти до 2012 року Великобританія. В Ірландії користувачів файлообмінних мереж, що порушують авторські права, відключають від Інтернету. У США подібне порушення карається штрафом. Так, суд в американському штаті Массачусетс примусив студента Бостонського університету Джоела Тененбаума виплатити \$ 675 тисяч ряду звукозаписних компаній за незаконне скачування музики з Інтернету і поширення 30 пісень.

В аналогічному судовому розгляді в Міннесоті жінка, яка розповсюдила в Інтернеті 24 музичних файли, була засуджена до виплати 1,92 мільйона доларів — по 80 тисяч доларів за доріжку [3].

У Японії розробили систему, що запобігає скачування піратських музичних файлів з Інтернету на мобільні телефони, яка повинна почати працювати в цьому році. У Китаї сайти не закривають, зате піддають суворій перевірці, в країні діє постанова, згідно з яким кожен музичний трек, який з'являється на якому-небудь китайському музичному сайті, спочатку повинен отримати дозвіл на публікацію від влади і правовласника запису. У Бразилії з кінця 2008 року діє закон по боротьбі з кіберзлочинністю, згідно з яким інтернет-компанії зобов'язані заводити досьє на своїх клієнтів [4].

Також 17.02.2011 р. Парламент Іспанії ухвалив закон, спрямований проти веб-сайтів, з яких користувачі можуть завантажувати музику, кіно, програми і будь-які матеріали, захищені законом про авторське право.

Цей закон дозволяє іспанським суддям приймати рішення про закриття подібних сайтів.

Також, законодавцями США був представлений законопроект, що дозволяє міністерству юстиції США блокувати роботу піратських сайтів по всьому світу шляхом припинення делегування доменних імен. Законопроект, названий "Акт з протидії порушенню авторських прав і шахрайства" (Combating Online Infringement and Counterfeits Act), є священним Граалем примусу до дотримання інтелектуальної власності, в якому зацікавлені кіностудії і звукозаписні компанії.

В анонсі білля, йдеться про те, що Інтернет став інструментом інтернет-шахраїв (online thieves) для продажу підроблених або порушуючих авторське право товарів, таким чином, що у власників американської інтелектуальної власності викрадено сотні мільйонів доларів. У разі успішного проведення білля, Мін'юст зможе зробити запит до федерального суду на припис реєстратору доменів припинення делегування доменного імені сайту, що порушує авторське право.

На підставі білля можна давати приписи безпосередньому реєстратору піратського доменного сайту, якщо реєстрація була здійснена через компанію-резидент США. В іншому випадку, судовий ордер направляється реєстратору вищестоящого домена. Реєстратори доменів org, com і net є резидентами США, і, отже, знаходяться під юрисдикцією. Для інших доменів, які не перебувають під юрисдикцією США, припис буде направлено інтернет-провайдерам США для блокування розв'язання доменних імен (на роботу користувачів інших країн це не вплине).

Аналіз криміногенної ситуації на споживчому ринку держави свідчить про те, що протиправна діяльність суб'єктів господарювання у сфері інтелектуальної власності набуває, як правило, наступних форм.

1. Незаконне публічне сповіщення (доведення до загального відома) об'єктів авторського права та суміжних прав.

2. Порушення авторських прав на ринку комп'ютерного програмного забезпечення (так зване комп'ютерне піратство) шляхом:

- незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм на носіях інформації — дискетах, компакт-дисках;

- незаконної інсталяції програмного забезпечення на комп'ютерну техніку, яка в подальшому реалізується у торгівельній мережі;

- використання неліцензійного комп'ютерного програмного забезпечення при здійсненні господарської діяльності — у бухгалтерському обліку, виробничій діяльності, при наданні комп'ютерних послуг населенню.

3. Незаконне розповсюдження об'єктів авторського права і суміжних прав в мережі Інтернет.

4. Незаконне ввезення на територію України або тиражування у підпільних цехах на території Держави з подальшим розповсюдженням шляхом оптово-роздрібного продажу контрафактної аудіовізуальної продукції, програмного забезпечення та баз даних.

5. Незаконне розповсюдження аудіовізуальних творів, фонограм, комп'ютерного програмного забезпечення та баз даних з використанням мережі Інтернет.

6. Виробництво різного роду фальсифікованої продукції з незаконним використанням товарних знаків та фірмових найменувань відомих вітчизняних та зарубіжних виробників.

7. Порушення прав на об'єкти права промислової власності.

Вивчення судової практики господарських судів України свідчить про те, що зберігається усталена тенденція до збільшення кількості справ зі спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності, в тому числі захистом авторського права і суміжних прав.

У 2007 році до місцевих господарських судів надійшло 407 позовних заяв у відповідних спорах, 218 з яких розглянуто із закінченням провадження у справі; у 2008 році надійшло 467 позовних таких заяв і винесено судові рішення по суті спору в 234 справах.

Апеляційними господарськими судами у 2007-2008 роках розглянуто 258 скарг (подань) на рішення місцевих господарських судів з винесенням постанов у 217 справах.

Протягом зазначеного періоду до Вищого господарського суду України надійшли 212 касаційних скарг (подання) на судові акти судів першої та апеляційної інстанції; за результатами касаційного перегляду судових рішень господарських судів нижчих інстанцій судом касаційної інстанції прийнято 191 постанову. У 2008 році кількість справ, судові рішення у яких переглянуто в касаційному порядку, збільшилася на 3,7 % у порівнянні з 2007 роком.

У 2008 році кількість розглянутих місцевими господарськими судами справ зі спорів про авторське право та суміжні права збільшилась на 9,4 % порівняно з попереднім роком.

Що ж до Вищого господарського суду України, то у 2007 році на його розгляд як суду касаційної інстанції надійшло 104 справи, з них 50 справ стосовно захисту авторського права і суміжних прав, у 2008 році — 108 справ, з них 46 справ, предметом спору в яких є захист авторського права і суміжних прав. Отже, з 2007 року більшість справ у спорах, пов'язаних із захистом прав на об'єкти інтелектуальної власності, стосується саме захисту авторських та суміжних прав — 48,1 відсотка.

Для ефективного правозастосування законодавства в сфері авторського права і суміжних прав потрібно і надалі проводити:

- підготовку, перепідготовку та підвищення кваліфікації державних службовців, посадових осіб місцевого самоврядування, керівників державних підприємств, установ і організацій, задіяних у сфері інтелектуальної власності;
- заходи по підвищенню обізнаності населення стосовно вимог законодавства в сфері авторського права і суміжних прав.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

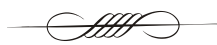
1. Robert G Picard, Timo E. Toivonen, Mikko Grönlund — The Contribution of Copyright and Related Rights to the European Economy Based on Data from the Year 2000. Final Report, 20 October 2003. [Електронний ресурс] — Режим

доступу: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/etd2002b53001e34\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2002b53001e34_en.pdf)

2. Жилінкова О. В. *Форми ефективної реалізації прав інтелектуальної власності // Актуальні питання охорони прав інтелектуальної власності в Україні та Європейському Союзі в контексті Європейської інтеграції. Матеріали міжнародної конференції (Київ, 30 червня — 01 липня 2010 р.). Проект ЄС «Вдосконалення стратегії, політики та регулювання інновації в Україні». — К.: Фенікс, 2010. — 424 с.*

3. Студент заплатит более полумиллиона долларов за распространение музыки в интернет // Сайт «Український бізнес ресурс» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://ubr.ua/ukraine-and-world/power/tudent-zaplatit-bolee-polumilliona-dollarov-za-rasprostranenie-muzyki-v-internete-20761>

4. Ракимова А. Об интернет-пиратстве в Казахстане [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.profit.kz/news/006792/>



**Носік Юрій Володимирович**

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

## **ТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ПРИПИНЕННЯ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ КОМЕРЦІЙНОЇ ТАЄМНИЦІ**

Комерційна таємниця отримує правову охорону доти, доки зберігаються у сукупності всі її ознаки [1, С. 157-163], тобто доки інформація, що становить комерційну таємницю, є конфіденційною, має у зв'язку з цим комерційну цінність і для збереження її конфіденційності праволоділець вживає адекватних існуючим обставинам заходів (ст. 505 і 508 ЦК України). Тобто строк правової охорони комерційної таємниці дорівнює періоду часу, протягом якого відповідна інформація має в сукупності всі ознаки комерційної таємниці. Цей часовий період з об'єктивних причин не може бути виражений у чітких одиницях виміру часу: роках, місяцях тощо. Початком такого періоду є момент збігу всіх необхідних ознак комерційної таємниці, а його кінцем — момент, коли припиняється хоча б одна з таких ознак.

Припинення сукупності усіх необхідних ознак комерційної таємниці, що припиняє існування останньої, може бути обумовлене найрізноманітнішими обставинами, щодо яких немає і, за глибоким переконанням, не повинно бути будь-якої особливої вимоги в законодавстві. Усі такі обставини належать до загальної підстави припинення прав на комерційну таємницю.

Водночас, в законодавстві України існують деякі особливі випадки закінчення строку правової охорони комерційної таємниці, які у зв'язку з наявністю окремого правового регулювання можна віднести до спеціальних підстав припинення суб'єктивних прав на неї.

Першою серед цих спеціальних підстав слід назвати прийняття господарським судом постанови про визнання боржника банкрутом і відкриття ліквідаційної процедури. В силу цієї підстави правова охорона комерційної таємниці щодо фінансового стану банкрута припиняється в силу прямої вказівки Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання

його банкрутом». Так, відповідно до ч. 1 ст. 23 зазначеного Закону з дня прийняття господарським судом постанови про визнання боржника банкрутом і відкриття ліквідаційної процедури відомості про фінансове становище банкрута перестають бути конфіденційними чи становити комерційну таємницю.

Характерною особливістю цієї спеціальної підстави припинення правової охорони комерційної таємниці є те, що де-факто інформація все ще може зберігати всі ознаки комерційної таємниці, але її правова охорона як такої, тим не менше, припиняється в силу прямої вказівки закону з метою забезпечення прав кредиторів банкрута та захисту стійкості цивільного обороту. Це робить дану підставу припинення правової охорони комерційної таємниці винятком із загального принципу тривалості строку чинності прав на комерційну таємницю, за яким комерційна таємниця отримує правову охорону доти, доки зберігаються у сукупності всі її ознаки.

Аналізуючи правову норму ч. 1 ст. 23 «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», необхідно звернути увагу на те, що режим комерційної таємниці банкрута припиняється не взагалі, а лише частково — щодо даних про фінансове становище банкрута. Решта відомостей, наприклад виробничі та маркетингові дані, продовжують зберігати статус комерційної таємниці, якщо вони володіють необхідними для того ознаками.

Варто зазначити, що в Україні існує неузгодженість між законодавством про неплатоспроможність та банківським законодавством в частині виключення з-під режиму інформації з обмеженим доступом даних про фінансове становище банкрута. Не дивлячись на те, що відповідно до вказаних положень законодавства дані про фінансове становище банкрута перестають бути комерційною таємницею, ця інформація все ж лишається банківською таємницею. Закон України «Про банки і банківську діяльність» ніяким чином не послаблює обов'язки банку щодо захисту інформації про фінансове становище банкрута, який є клієнтом банку, і не дозволяє розкривати її у випадках, не передбачених цим Законом. Коли при вирішенні спору Господарський суд Одеської області зустрівся з описаною законодавчою колізією, то перевагу в застосуванні суд надав нормам банківського законодавства, визнавши таким чином правомірною поведінку банку, який не розкрив дані про фінансове становище банкрута на запит ліквідатора [2].

Другою спеціальною підставою закінчення строку чинності прав на комерційну таємницю є поширення суспільно необхідної інформації без згоди особи, яка контролює цю інформацію. Факт розголошення інформації є несумісним з правовим режимом комерційної таємниці. Тому його настання з необхідністю зумовлює закінчення строку правової охорони інформації в режимі комерційної таємниці.

Відповідно до ч. 1 ст. 29 Закону України «Про інформацію» інформація з обмеженим доступом може бути поширена, якщо вона є суспільно необхідною, тобто є предметом суспільного інтересу, і право громадськості знати цю інформацію переважає потенційну шкоду від її поширення. З поширенням інформації в цьому випадку припиниться ознака конфіденційності та пов'язана з нею ознака комерційної цінності інформації, а її володілець об'єктивно позбавиться можливостей вживати адекватних заходів для збереження секретності такої інформації. Іншими словами, припиняються необхідні юридично-значимі ознаки комерційної таємниці.

Разом з тим, можна передбачити, що практично кожен випадок розголошення комерційної таємниці на підставі ч. 1 ст. 29 Закону України «Про інформацію» може бути оспорений. Передумовою для таких спорів є значна

складність кваліфікації та тлумачення оціночних понять «суспільна необхідність», «суспільний інтерес», «право громадськості», «потенційна шкода» та «перевага права знати». Тим не менше, як встановлено в ч. 3 ст. 30 Закону України «Про інформацію», суб'єкти інформаційних відносин звільняються від відповідальності за розголошення інформації з обмеженим доступом, якщо суд встановить, що ця інформація є суспільно необхідною.

Третьою спеціальною підставою припинення правової охорони комерційної таємниці може стати гласний розгляд судової справи, матеріали якої містять відомості, що становлять комерційну таємницю. Таке може статись як в цивільному, так і в господарському, адміністративному та кримінальному судочинстві. Хоча кожен галузевий процес судочинства більшою або меншою мірою забезпечує процесуальний захист конфіденційності інформації, що становить комерційну таємницю, реалізація такого захисту в кожному конкретному випадку повністю залежить від суду (ст. 6 ЦПК України, ст. 4-4 ГПК України, ст. 12 КАС України, ст. 20 КПК України). Тому цілком можливим лишається варіант гласного розгляду судової справи, матеріали якої містять відомості, що становлять комерційну таємницю.

На відміну від першого спеціального випадку припинення комерційної таємниці, який прямо визначений вказівкою закону про банкрутство, та другого випадку, коли таке припинення невідворотно обумовлюється фактом розголошення інформації, третій спеціальний випадок не є імперативним щодо наслідку у вигляді припинення правової охорони комерційної таємниці. Тобто, гласний розгляд судової справи, матеріали якої містять відомості, що становлять комерційну таємницю, не обов'язково зумовлює втрату відповідною інформацією якоїсь із ознак комерційної таємниці. Звідси випливає, що третя спеціальна підстава закінчення строку правової охорони комерційної таємниці має не абсолютний, а відносний характер. Цим вона є складнішою порівняно з двома попередніми спеціальними підставами. Крім констатації гласності розгляду судової справи, матеріали якої містять комерційну таємницю певної особи, необхідно також виявити втрату відповідною інформацією хоча б однієї з ознак комерційної таємниці — лише тоді можна фіксувати припинення правової охорони комерційної таємниці.

За обставин гласного розгляду судової справи, матеріали якої містять комерційну таємницю, праволоділець дійсно втрачає можливість забезпечувати стан невідомості та нелегкодоступності відповідної інформації з причин, подолати які не в його силах (це, зокрема, дія принципу гласності судочинства, включаючи відкритість судових рішень [3]). Тобто створюються умови для легкої втрати комерційною таємницею конфіденційності, коли інформація може стати відомою та легкодоступною для третіх осіб, та у зв'язку з цим — втрати її комерційної цінності. Для прикладу, матеріали судових справ за участю конкурента є популярним джерелом пошуку комерційних секретів у США.

Проте варто наголосити на тому, що різке зростання ризику втрати конфіденційності комерційною таємницею в описаній процесуальній ситуації ще не означає фактичну втрату такої конфіденційності. Наприклад, уявимо, що судові засідання, в яких досліджувались матеріали, що містять комерційну таємницю, ніхто, крім учасників розгляду, не відвідував, з матеріалами цієї справи ніхто сторонній не знайомився, опонент у спорі не був конкурентом та інтересу до комерційної таємниці учасника не мав, до рішення у справі, розміщеного для загального доступу в Реєстрі судових рішень, ніхто не чинить доступу або це рішення не містить конфіденційних даних тощо. За таких обставин

немає підстав стверджувати, що конфіденційність комерційної таємниці втрачено і строк її правової охорони вичерпано, якщо праволоділець продовжує вживати залежні від нього заходи протидії іншим інформаційним загрозам для комерційної таємниці.

Важливо також пам'ятати, що в розумінні ЦК України конфіденційність комерційної таємниці може вважатись втраченою лише коли інформація, яка становить комерційну таємницю, стає відомою та легкодоступною не для будь-кого, а лише для осіб, які звичайно мають справу з таким видом інформації, іншими словами — у сфері застосування відповідної інформації. Тому, наприклад, витік конфіденційної інформації хімічного, фізичного, геологічного та ін. характеру в професійні кола юристів або інших осіб, причетних до розгляду судової справи, але «далеких» від відповідної галузі промисловості, не становить собою втрату конфіденційності комерційною таємницею.

Разом з тим, усвідомлюючи та оцінюючи ризик, що конфіденційні матеріали в певній судовій справі можуть досліджуватись гласно і залишитись відкритими для вільного доступу в майбутньому, учасник судового процесу для попередження цього може прийняти рішення не подавати суду такі документи або звузити їх інформативність (відібрати витяги). Від цього послабиться позиція такого учасника в змагальному процесі доказування. Але таке «жертвування» в розумінні змагальності судового процесу та обов'язку доказування може бути виправданим з огляду на збереження важливіших інтересів та вигод від підтримання конфіденційності комерційної таємниці в певній ситуації. У Сполучених Штатах, для прикладу, вже понад століття тому сформувалась детальна судова практика [4] в питаннях балансування між інтересами конфіденційності [5], обов'язком доказування [6] та необхідністю створення достатніх умов відповідачеві для ефективного захисту [7].

Узагальнюючи викладене про спеціальні підстави припинення правової охорони комерційної таємниці, слід відзначити таке. Незалежно від того, що названі три спеціальні підстави припинення правової охорони комерційної таємниці є різними за своїми юридичними характеристиками, вони мають деякі спільні ознаки. Так, усі спеціальні підстави припинення прав на комерційну таємницю характеризуються вчиненням стороннім суб'єктом дій, наслідки яких є несумісними з правовою моделлю комерційної таємниці, у зв'язку з чим припиняється її охорона. При цьому дії стороннього суб'єкта є правомірними. Крім того, законодавчому підґрунтю їх вчинення неможливо протиставити положення законодавства про охорону комерційної таємниці. Неможливо також з певною ймовірністю передбачити точний час, коли такі дії будуть вчинені відповідними суб'єктами.

Як загальна, так і всі з наведених спеціальних підстав припинення прав на комерційну таємницю яскраво ілюструють наведену на початку цієї статті тезу про те, що строк правової охорони комерційної таємниці з об'єктивних причин не може бути виражений у чітких одиницях виміру часу. Використання саме такого формулювання («неможливість виразити строк у часових одиницях») більш точно характеризуватиме властивість часової протяжності правової охорони комерційної таємниці, порівняно з некоректними твердженнями про те, що комерційна таємниця охороняється безстроково [8, С. 624], що строк чинності права інтелектуальної власності на комерційну таємницю діючим законодавством України чітко не визначений [9, С. 827], або що немає певного строку правової охорони комерційної таємниці [10, С. 272-274].



## ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Носік Ю. В. Права на комерційну таємницю в Україні: Монографія. — К.: КНТ, 2007 — 240 с.
2. Потапенко В. По секрету всему свету... // Юридическая практика. — 2002. — № 22 (232).
3. Про доступ до судових рішень: Закон України від 22.12.2005 р. № 3262-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 15. — Ст. 128
4. Disclosure of Trade Secrets in Litigation // The Yale Law Journal. — 1931. — Vol. 41 (№ 1). — P. 144-146.
5. S. Jarvis Adams Co. v. Knapp, 121 Fed. 34 (C. C. A. 6th, 1903) // The plaintiff is not obliged to set out the details of his trade secret in the pleadings.
6. Herold v. Herold China Pottery Co., 257 Fed. 911 (C. C. A. 6th, 1919); Taylor Iron & Steel Co. v. Nichols, 73 N. J. Eq. 684, 69 Atl. 186 (1908); Baglin v. Cusenier, 164 Fed. 25, 28 (C. C. A. 2nd, 1908). The plaintiff is required to make a sufficient disclosure not only to sustain the burden of proof but also to permit the defendant adequately to defend himself.
7. Kaumagraph Co. v. Stampagraph Co., 197 App. Div. 66, 188 N. Y. Supp. 678 (1st Dep't, 1921).
8. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. — М.: Проспект: ТОО "ТЕИС", 1996. — 704 с.
9. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Т. I. — 832 с.
10. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Кол. авт.: Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін. / [За заг. ред. В. К. Матузова]. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — 480 с.



### Потоцький Микола Юрійович

*заступник директора «DD&I IP Agency», кандидат юридичних наук, адвокат,  
патентний повірений*

## ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ПРЕДМЕТ, МЕТОД, ФУНКЦІЇ

Право інтелектуальної власності є важливою суспільствознавчою та юридичною наукою, що має на меті одержання, оновлення та поглиблення знань про правову охорону результатів інтелектуальної діяльності, а також порядок набуття, розпоряджання, припинення чинності та захист прав на результати інтелектуальної діяльності.

Поняття права інтелектуальної власності як науки на сьогоднішній день не є достатньо дослідженим. Не дивлячись на те, що останнім часом праву інтелектуальної власності присвячено значна кількість монографічних праць та підручників відомих національних науковців, питанню права інтелектуальної власності як науці (навчальній дисципліні) не приділялося достатньої уваги.

На нашу думку, право інтелектуальної власності можна охарактеризувати, як науку яка вивчає загальні закономірності та спеціальні особливості набуття, розпоряджання та захисту прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності.

Із наведеного визначення права інтелектуальної власності як науки можна отримати певне уявлення про предмет, який вивчається, та основні його особливості.

Кожна наука має свій об'єкт та предмет дослідження. Об'єктом є явища, які вивчає наука, а предмет — це та частина об'єкту, що цікавить науку в конкретному об'єкті.

Загальним об'єктом досліджень для суспільствознавчих наук є суспільство, суспільні процеси, суспільні відносини, суспільне життя, становище і роль особи у суспільстві, суспільна свідомість [1, С. 10]. Право інтелектуальної власності як суспільствознавча наука також має об'єктом свого дослідження суспільство та суспільні відносини. В той же час, будучи наукою юридичною право інтелектуальної власності вивчає суспільні відносини вже урегульовані або ті, що потребують правового регулювання.

Право інтелектуальної власності як юридична наука, що належить до системи суспільствознавчих наук, має своїм предметом такі явища суспільного життя як правова охорона результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Предмет дослідження поєднує в собі загальні закономірності та спеціальні особливості виникнення, розвитку та припинення чинності прав на зазначені результати.

Методологія науки — це сукупність певних теоретичних принципів, логічних прийомів, способів наукової діяльності, що застосовуються для отримання правових знань, які відображають об'єктивну реальність [2, С. 11].

Методологія права інтелектуальної власності базується як на загальнонаукових методах, так і на приватних (конкретних) методах, які є характерними для юридичних наук.

У теорії права до загальнонаукових методів відносять діалектичний, метод соціальної синергетики, системний, функціональний, загальні логічні прийоми (аналіз, синтез, індукція, дедукція, моделювання). До приватних (конкретних) методів відносять формально-логічний, соціологічний, герменевтичний (тлумачний, пізнавально-процедурний), компаративістський, аксіологічний, тощо.

Далі зупинимось на основних загальнонаукових та приватних методах права інтелектуальної власності.

Основним загальнонауковим методом, що використовуються не тільки у правовій науці, алей в інших гуманітарних науках, належить насамперед діалектичний. Зазначений метод дозволяє всебічно проаналізувати явища — виявити їх генезис, еволюцію, ознаки, зміст і формалізувати той чи інший суспільний феномен у його розвитку.

Метод соціальної синергетики передуює стадії за якої можливе застосування діалектичного методу, для якого характерним є оперування сформованими категоріями та поняттями. Тому завдяки цьому методу набуваються знання розвитку та взаємодії соціального порядку та соціального хаосу, та забезпечується врахування поряд із причинно-наслідковими зв'язками, випадковості, що виникають у процесі самоорганізації систем та урегулюванні певних відносин.

Завдяки синергетичному методу ми маємо можливість дослідити взаємовиключні правові явища, наприклад використання поряд із традиційною концепцією авторського права «copyright», згідно з якою забороняється використання об'єктів авторського права без згоди власника авторських прав, концепції «копілефт» (англ. copy — примірник, копія + англ. left — ліво), яка намагається використовувати закони про авторське право для розширення прав та свобод людей.

Системний метод дозволяє забезпечити цілісність системи правової охорони інтелектуальної власності. Не дивлячись на галузеву розрізненість (відносини у сфері інтелектуальної власності регулюються нормами цивільного, господарського, адміністративного, митного, трудового, кримінального та інших галузей права) саме системний метод права інтелектуальної власності дозволяє простежити різні типи взаємозв'язку при вивченні явища інтелектуальної власності, що дозволяє розглядати інтелектуальну власність як системне утворення.

Функціональний метод дозволяє пізнати функції одних соціальних явищ щодо інших. Зазначений метод використовується для визначення функції як права інтелектуальної власності взагалі, так і його складових інститутів патентного права, комерційних позначень, нетрадиційних об'єктів права інтелектуальної власності.

Серед основних приватних (конкретних) методів права інтелектуальної власності необхідно відзначити формально-логічний (догматичний) метод. Зазначений метод дозволяє сформулювати визначення юридичних понять, категорій, дефініцій та юридичних конструкцій, описати, класифікувати та систематизувати їх. Крім того, цей метод дає можливість дослідити право інтелектуальної власності взяте поза іншими соціальними явищами такими як економіка чи політика.

Дослідження явища інтелектуальної власності на базі реальних соціальних фактів, завдяки таким засобам як аналіз статичних даних, соціально-правових експериментів, опитувань, анкетувань, інтерв'ювань відбувається завдяки соціологічному методу. Завдяки зазначеному методу з'ясовується стан відносин у сфері інтелектуальної власності та необхідність у юридичних нормах та їх застосуванні, ефективність законодавчих актів, або тих чи інших юридичних конструкцій та процедур.

Герменевтичний (тлумачний, пізнавально-процедурний) є одним із методів пізнання правової дійсності (герменевтика — теорія інтерпретації, розуміння, тлумачення нормативно-правових матеріалів). Однозначність тлумачення законів дозволяє сприймати їх як обов'язкове правило яке є однаковим для всіх.

Усяке читання тексту (закону чи інших правових документів) зумовлене питанням, «з якою метою» він був написаний. Використання герменевтичного методу спрямовано на подолання дистанції, що відокремлює читача «інтерпретатора» від далекого йому тексту, прагнення поставити його на один культурний рівень із автором тексту [3, С. 29].

Зазначений метод відіграє важливе значення для права інтелектуальної власності. Правове регулювання відносин у сфері інтелектуальної водності є доволі молодим та перебуває у процесі становлення, саме тому дуже важливо з особливою точністю та виваженістю підходити до визначення та тлумачення правових категорій. Відносини у сфері інтелектуальної водності відзначаються значним динамізмом розвитку, а тому необхідно намагатися своєчасно відстежувати зміни у розумінні визначень та вдосконалювати застарілі категорії.

Компаративістській (порівняльно-правовий) метод передбачає співставлення подібних юридичних понять, явищ і процесів та встановлення їх тотожності чи відмінностей. Завдяки цьому методу співставляються як правові системи різних держав, так і галузі законодавства у межах однієї правової системи.

Причому порівняння набуває науковості тільки у тому випадку, коли порівнюються не випадкові, а типові факти, враховується взаємозв'язок з конкретною обстановкою, причинами виникнення, динамікою розвитку [4, С. 9].

Компаративістській або порівняльно-правовий метод відіграє істотне значення у праві інтелектуальної власності. Із набуттям незалежності в Україні відбулась зміна державно-правового устрою, що у свою чергу вимагало звернення до закордонного законотворчого досвіду. Створення національної нормативно-правової бази у сфері інтелектуальної власності відбувалося не тільки шляхом імплементації норм міжнародних актів у національне законодавство, а й на основі вивчення правого регулювання інтелектуальної власності інших країн. Завдяки зазначеному підходу на сьогоднішній день ми можемо говорити про те, що національне законодавство у сфері інтелектуальної власності в цілому відповідає міжнародним стандартам.

В той же час, означений євроінтеграційний курс розвитку країни обумовлює наступний етап реформування чинного законодавства, а саме адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Зазначений процес має низку етапів серед яких, на нашу думку, основним є етап на якому здійснюється комплексний порівняльний аналіз регулювання правовідносин у сфері інтелектуальної власності України та Європейського союзу [6].

Аксіологічний метод права інтелектуальної власності сприяє розкриттю змісту цінності явища права інтелектуальної власності. Не дивлячись на те, що вже усвідомлено роль права інтелектуальної власності у економічному і соціальному розвитку людства, говорити про достатній захист права інтелектуальної власності наразі неможна. Саме тому, застосування аксіологічного методу дозволить глибше усвідомити цінність права інтелектуальної власності та сприятиме відповідальному виконанню взятих на себе зобов'язань всіма учасниками цих правовідносин.

Сутність, зміст та призначення права інтелектуальної власності виявляють себе у її функціях. Функції права інтелектуальної власності визначаються особливостями його предмета, об'єкту, а також спеціальним місцем та роллю у системі юридичних наук.

Основною функцією права інтелектуальної власності як і інших гуманітарних наук є онтологічна (грец. «онтос» — суще, онтологія — основи усього суцього), призначення якої полягає в пізнанні та поясненні явищ правової охорони результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Завдяки зазначеній функції право інтелектуальної власності досліджує свій предмет, розкриває та пояснює результати свого дослідження, накопичує та систематизує отримані знання.

Методологічна функція права інтелектуальної власності є однією з головних функцій. «Методос» — по-грецьки «дослідження». Зазначена функція забезпечує оволодіння теоретичною культурою, її понятійним апаратом, Саме теоретичні знання права інтелектуальної власності дозволяють правильно тлумачити правові терміни, оцінювати факти, доходити висновків, орієнтуватися у нормативному матеріалі та правильно застосовувати правову норму.

Евристична функція (грец. «еуриско» знаходжу) полягає у відтворенні відносин у сфері інтелектуальної власності такими, якими вони існують об'єктивно (з наявними закономірностями та можливими випадковостями). Завдяки евристичній функції відбувається пізнання нових закономірностей та збагачення новими знаннями теорію права інтелектуальної власності.

Важливе значення має ідеологічна функція права інтелектуальної власності. Зазначена функція властива їй як будь-якій суспільній науці. На сучасному етапі не можна із повною мірою стверджувати, що право інтелектуальної власності у повній мірі виконує зазначену функцію, однак воно покликано приймати участь у формуванні правової ідеології та правосвідомості. Крім того, право інтелектуальної власності повинно відігравати світоглядну роль, оскільки саме право інтелектуальної власності повинно формувати правильне відношення до результатів інтелектуальної діяльності людини, які забезпечують існування людства.

Із наведеної функції випливає виховна функція права інтелектуальної власності. До її змісту необхідно віднести навчальне значення даної науки, оскільки на її основі будується відповідна навчальна дисципліна. Крім того, зазначена наука покликана виховувати повагу до результатів інтелектуальної, творчої діяльності, надавати правильне усвідомлення того, що зазначені результати є об'єктами власності, а тому їх незаконне використання є правопорушенням.

Прогностична функція полягає у можливості передбачати подальший розвиток права інтелектуальної власності на основі відображення його загальних закономірностей та спеціальних особливостей. Завдяки зазначеній функції відбувається наукове передбачення розвитку відносин та висуваються науково обґрунтовані гіпотези щодо їх урегулювання.

Прикладна функція права інтелектуальної власності пов'язана із її практичним характером — правотворенням та правозастосуванням. Реалізація зазначеної функції передбачає розробку проектів законів, та інших нормативно-правових актів, проведення наукових експертиз, а також вирішення інших питань практичного характеру.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / [за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 688 с.
2. Кельман М. С., Мурашин О. Г., Хома Н. М. Загальна теорія держави та права: Підручник. — Львів: Новий Світ — 2000, 2003. — 584 с.
3. Скакун О. Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс): Підручник. Видання 2-е, перероблене і доповнене. — Харків: Еспада, 2009. — 752 с.
4. Загальна теорія держави і права / [за ред. В. В. Копейчикова]. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — 320 с.
5. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / [за ред. Ю. М. Капіці: кол. авторів: Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробйов та ін. — К.: Видавничий дім «Слово», 2006. — 1104 с.



**Харченко Вадим Борисович**

*завідуючий кафедрою кримінально-правових дисциплін і адміністративного права Харківського економіко-правового університету,  
кандидат юридичних наук, доцент*

## **ПРИЗНАЧЕННЯ, ЖАНР ТА МЕТА ЯК ОЗНАКИ ТВОРУ В ЦИВІЛЬНОМУ ТА КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ**

У сучасних умовах розбудови України за проголошеним керівництвом держави інноваційним шляхом все більшої значущості набуває всебічна охорона прав на об'єкти інтелектуальної власності. Рівень розвитку науки та техніки, добробут суспільства в цілому значною мірою залежать від рівня інтелектуального потенціалу нації, забезпечення громадського порядку та моральності в нашій державі.

Відповідно до ст. 1 Кримінального кодексу України (далі — КК України), охоронна функція є основною функцією кримінального права, оскільки саме кримінальне право охороняє властивими йому заходами ті суспільні відносини, що регулюються іншими галузями права. Водночас, інститути права інтелектуальної власності на літературний, художній та інший твір (авторське право) і права інтелектуальної власності на виконання, фонограму, відеограму та програму (передачу) організації мовлення (суміжні права) натеper врегульований нормами Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) на підставі чинних міжнародних договорів і положень національного законодавства України.

Визначення твору як результату творчої діяльності людини виникло багато століть тому, але й до тепер не має чіткого законодавчого визначення. Так, В. І. Серебровський, вказуючи саме на юридичні ознаки твору як об'єкту правової охорони, зазначав, що твір — це сукупність ідей, думок та образів, що отримали в результаті творчої діяльності автора своє вираження у доступній для сприйняття людськими відчуттями конкретній формі, яка допускає можливість їх сприйняття [1, С. 32]. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів визначає, що термін «літературні та художні твори» охоплює всі твори в галузі літератури, науки і мистецтва. Але фактично зазначена класифікація реального змістовного навантаження не має на тій підставі, що теперішній стан розвитку суспільства засвідчує неможливість в більшості випадків віднести твір лише до однієї із зазначених категорій. Саме тому твори в галузі літератури, науки та мистецтва слід розглядати не окремо, намагаючись їх розмежувати, а в сукупності як певний орієнтир, що вказує на визначену сферу людської діяльності виходячи із поєднання чотирьох ознак правової охорони творів як об'єктів авторського права: 1) творчого характеру; 2) об'єктивної форми вираження; 3) змісту; 4) оприлюднення.

Правова охорона поширюється на твори, створені інтелектуальною, творчою діяльністю однієї чи декількох фізичних осіб. Поняття творчості не визначається в законодавстві України, оскільки творчість — це загальнолюдська категорія. Творчий характер об'єкта засвідчується його оригінальністю та (або) новизною, які можуть бути виражені як у його змісті, так і у його формі. Постійна апеляція до критерію творчості в об'єктах авторського права, свідчить про те, що відносно творів вона набуває особливого значення. У літературі підкреслювалося, що результат творчості несе відбиток індивідуальної, неповторної особи автора. Тому, створивши твір, його автор зацікавлений в забезпеченні його збереження та захисту. Звідси — необхідність надання авторові комплексу особистих немайнових

прав, серед яких особливе місце належить праву авторства. Наука робить правильний висновок щодо залежності майнового права від немайнового: «Підставою виникнення первинних майнових прав є факт створення результату особистими зусиллями автора, що закріплюється правом автора. Тому основна особливість виняткових прав, що виникають у зв'язку зі створенням і використанням результатів творчості, у тому числі й майнових, пов'язана з тим, що вони мають особисте походження» [2, С. 91, 92]. Тобто для твору у галузі науки, літератури та мистецтва системоутворюючими є саме немайнові права, комплекс яких служить юридичним віддзеркаленням взаємозв'язку автора та його творіння.

Об'єктивна форма вираження твору означає його безумовне існування поза та незалежно від свідомості людини. При цьому форма, в якій втілений твір, не важлива. Твір може бути виражений у статичній матеріальній формі, втілений у вигляді його оригіналу, копії або примірнику, або в динамічній формі, у виконанні твору у певному місці та у певний час. Головне, щоб така форма забезпечувала його сприйняття та допускала можливість відтворення або повідомлення інших осіб як безпосередньо, так і за допомогою спеціальних пристроїв. І. М. Бакай наголошує: «Народжуючись як задум, заснований на фактах, вигадці, міркуваннях або фантазіях, твір, проходячи крізь призму уяви свого творця, знаходить якусь форму. Така форма, що відображає вибрану тему за допомогою поєднання авторського бачення, створених автором образів, і стає об'єктом охорони авторського права» [3, С. 42].

Крім того, ч. 2 ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» зазначає, що охороні підлягають всі твори, як оприлюднені, так і не оприлюднені, як завершені, так і не завершені, незалежно від їх призначення, жанру, обсягу, мети (освіта, інформація, реклама, пропаганда, розваги тощо). Існує думка, що ніхто не має права вимагати, щоб твір був заборонений, вилучений, знищений, навіть якщо його зміст суперечить інтересам таких осіб і груп чи ідеологічним поглядам політичних партій тощо [4, С. 122, 123]. Також вказується, що навіть якщо твір явно спричиняє шкоду суспільству (при певних історичних обставинах), він тим не менш охороняється авторським правом [5, С. 34]. Наведене обумовлене положеннями Конституції України щодо заборони цензури (ст. 15) та щодо гарантії громадянам свободи літературної, художньої, наукової і технічної творчості (ст. 54). Одночасно ч. 1 ст. 10 Закону України «Про авторське право і суміжні права» містить вичерпний перелік творів, які не є об'єктами авторського права. Такий самий перелік передбачений і ст. 434 ЦК України, але на відміну від вищезазначеного, він не є вичерпним, так як п. 4 наведеної статті вказує на інші твори, встановлені законом.

Оприлюднення твору — це будь-яка дія, за допомогою якої твір стає доступним для загального ознайомлення. Серед основних форм оприлюднення можна зазначити опублікування, публічне сповіщення, публічне виконання, публічний показ, повідомлення для загального ознайомлення будь-яким способом. Законодавство України ґрунтується на принципі автоматичного набуття правової охорони твору. Для виникнення і здійснення авторського права не вимагається реєстрація твору чи будь-яке інше спеціальне його оформлення, а також виконання будь-яких інших формальностей. Правова охорона виникає з часу створення твору. Відповідні ознаки характеризують і об'єкти суміжних прав.

Отже, аналіз положень міжнародних договорів і національного законодавства про авторське право та суміжні права засвідчує ту обставину, що твори, які пропагують культ насильства та жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість і дискримінацію, а також твори порнографічного

характеру, відповідають ознакам правової охорони об'єктів авторського права та прямо не зазначені в законі як об'єкти, що не охороняються. Крім того, успіх тих чи інших творів не залежить від його змісту, а є індикатором духовного, інтелектуального й освітнього рівня суспільства та визначається насамперед пріоритетом тих чи інших цінностей у житті кожної людини [4, с. 123].

Водночас 8 липня 1935 року Україна (ще у складі СРСР) приєдналася до Міжнародної конвенції про припинення обігу порнографічних видань та торгівлі ними [6, С. 287-291], а 14 травня 1949 року — до Угоди щодо припинення обігу порнографічних видань [7, С. 211-215], які на теперішній час є загальновизнаними нормами міжнародного права та закріплюють основні принципи щодо заборони обігу вказаних предметів. 27 квітня 1989 року Україна прийняла Рекомендації № R(89)7 Комітету міністрів Ради Європи «Про принципи поширення відеозаписів насильницького, жорстокого чи порнографічного змісту» [8], а 24 лютого 1994 року приєдналася до Європейської культурної конвенції 1954 року [9].

З метою адаптації національного законодавства України до законодавства Європейського Союзу, 20 листопада 2003 року був прийнятий Закон України «Про захист суспільної моралі», ч. 1 ст. 2 якого зазначає, що виробництво та обіг у будь-якій формі продукції порнографічного характеру в Україні забороняються. Крім того, ч. 3 цієї статті встановлює, що в Україні забороняються виробництво та розповсюдження продукції, яка: 1) пропагує війну, національну та релігійну ворожнечу, зміну шляхом насильства конституційного ладу або територіальної цілісності України; 2) пропагує фашизм та неофашизм; 3) принижує або ображає націю чи особистість за національною ознакою; 4) пропагує бузувірство, блюзнірство, неповагу до національних і релігійних святинь; 5) принижує особистість, є проявом знущання з приводу фізичних вад (каліцтва), з душевнохворих, літніх людей; 6) пропагує невігластво, неповагу до батьків; 7) пропагує наркоманію, токсикоманію, алкоголізм, тютюнопаління та інші шкідливі звички.

На сьогодні диспозиція ст. 300 КК «Ввезення, виготовлення або розповсюдження творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію» безпосередньо вказує на такий предмет злочину як твір, а ст. 301 КК «Ввезення, виготовлення, збут і розповсюдження порнографічних предметів» встановлює підстави кримінальної відповідальності щодо обігу творів, зображень та інших предметів.

Зазначене дозволяє стверджувати, що будь-які матеріальні об'єкти, предмети, друкована, аудіо-, відеопродукція, в тому числі реклама, повідомлення та матеріали, продукція засобів масової інформації, електронних засобів масової інформації, змістом яких є вищенаведена інформація, знаходяться за рамками українського авторського права та суміжних прав, а твори, виконання, фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення такого змісту не є об'єктами цих інститутів права інтелектуальної власності.

Таким чином, створення або виготовлення в Україні такої продукції не є інтелектуальною діяльністю та реалізацією конституційної гарантії громадян на свободу літературної, художньої, наукової та технічної творчості, передбаченої ст. 54 Конституції України. Відповідно, продукція насильницького, жорстокого чи порнографічного змісту, а також така, що пропагує расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, в Україні не є і не може бути об'єктами авторського права і суміжних прав.



Водночас можна констатувати, що загальновизнана позиція в теорії авторського права щодо незалежності правової охорони об'єктів авторського права та суміжних прав від їх змісту (жанру, мети і призначення твору) є хибною та такою, що суперечить чинному законодавству. Твори, виконання, фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення порнографічного характеру або такі, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, які за законодавством інших країн визнаються об'єктами авторського права і суміжних прав та набули у цих країнах правової охорони, якщо вони знаходяться в об'єктивній формі на території України, не є об'єктами права інтелектуальної власності.

У разі ввезення в Україну з метою збуту чи розповсюдження, виготовлення, зберігання, перевезення чи інше переміщення з тією самою метою, або збут чи розповсюдження, а також примушування до участі в створенні продукції порнографічного характеру або такої, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, вчинене слід кваліфікувати лише за ст. 300 або ст. 301 КК України відповідно. Складу злочину, передбаченого ст. 176 «Порушення авторського права і суміжних прав», такі дії не утворюють навіть за наявності правової охорони зазначених предметів за законодавством іншої країни як об'єктів авторського права та суміжних прав.

Наведене також обумовлює нагальну потребу перегляду положень, передбачених ч. 1 ст. 10 Закону України «Про авторське право і суміжні права», щодо вичерпного переліку об'єктів, які не охороняються, шляхом включення до зазначеного переліку продукції порнографічного характеру та такої, що пропагує культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, або викладення цього переліку як невичерпного (наприклад, «є) інші твори, встановлені законом»). Розділ III зазначеного Закону також потребує доповнення переліком об'єктів суміжних прав, що не охороняються. Підлягають вдосконаленню й положення чинного закону про кримінальну відповідальність. З метою дотримання принципу єдності термінології, в статтях 300 та 301 КК терміни «твір», «зображення» та «інші предмети» слід змінити на термін «продукція», який не лише є більш змістовним, доречним та відповідає термінології Закону України «Про захист суспільної моралі», а й визначатиме, що вказані предмети злочинів не можуть бути творами чи іншими об'єктами права інтелектуальної власності.

Одночасно слід враховувати позицію О. О. Штефан, яка стверджує, що поняття «об'єкт авторського права» не співпадає за обсягом з поняттям «твір», яке законодавець визначає як родові поняття, а відтак «твір» за своєю суттю є більш широким поняттям, ніж «об'єкт авторського права» [4, С. 119]. Слід також враховувати й те, що Закон України «Про захист суспільної моралі» не поширюється на виробництво чи розповсюдження документальних матеріалів, художніх творів літератури, мистецтва та культури, які визнані класичним чи світовим мистецтвом, на обіг наукових, науково-популярних, публіцистичних, освітніх матеріалів.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права / [отв. ред. П. Е. Орловский]. — М. : Изд-во АН СССР, 1956. — 283 с.
2. Дозорцев В. А. Творческий результат : система правообладателей: (начало) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 2002. — № 11. — С. 89-100.

3. Бакай І. М., Костицький В.В. Захист авторських та суміжних прав. — К. : Нічлава, 1997. — 96 с.

4. Право інтелектуальної власності: Академічний курс: підруч. для студ. вищ. навч. закл. / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський / [за ред. О. П. Орлюка, О. Д. Святоцького; Акад. правових наук; НДІ інтелектуальної власності]. — К.: Ін Юре, 2007. — 696 с.

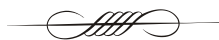
5. Калятин В. О. Интеллектуальная собственность: Исключительные права: учеб. для вузов / со вступ. ст. В. А. Дозорцева. — М. : НОРМА, 2000. — 459 с.

6. Международная конвенция о пресечении обращения порнографических изданий и торговли ими // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных с иностранными государствами. Вып. 8. — М. : Изд. НКВД, 1935. — 356 с.

7. Соглашение относительно пресечения обращения порнографических изданий // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. — М. : Госполитиздат, 1957. — Вып. 14. — С. 287-291.

8. Про принципи поширення відеозаписів насильницького, жорстокого чи порнографічного змісту: рек. № R(89)7 Ком. міністрів Ради Європи [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994\\_723](http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_723).

9. Про участь України в Європейській культурній конвенції 1954 р.: Постанова Верховної Ради України від 24.02.1994 р. № 4030-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 27. — Ст. 230.



**Чурпіта Ганна Вікторівна**

*доцент кафедри цивільного права і процесу Національної академії внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент*

## **ЩОДО ЮРИДИЧНОЇ ПРИРОДИ ПРАВА ДОСТУПУ ДО ТВОРУ ОБРАЗОТВОРЧОГО МИСТЕЦТВА**

Поряд з іншими особистими немайновими, а також майновими правами інтелектуальної власності автор твору образотворчого мистецтва наділений спеціальним суб'єктивним авторським повноваженням — правом доступу до твору образотворчого мистецтва.

Сутність даного права полягає в тому, що при передачі твору образотворчого мистецтва чи матеріального об'єкта, в якому втілено цей твір, у власність іншій особі автор має право вимагати доступу до твору з метою його використання для відтворення (виготовлення примірників, слайдів, карток, переробок тощо) за умови, що це не порушує законні права та інтереси власника твору образотворчого мистецтва. Власник не може відмовити автору в доступі до твору без достатніх підстав. При цьому від власника не можна вимагати доставки твору авторові (ст. 26 Закону України «Про авторське право та суміжні права»).

Раніше це право в законодавстві України спеціально не виокремлювалось, хоча в принципі і слідувало з нього. Так, Постанова РНК УРСР від 18 липня 1930 р. «О праве на воспроизведение и о размере авторского гонорара за такое воспроизведение» містила положення наступного характеру: право відтворювати

художні твори — картини, малюнки та скульптури — мають лише автори цих творів чи особи та установи з дозволу автора, при чому авторові це право належить незалежно від того, хто володіє твором [1].

Цивільний кодекс України 1963 р. також прямо не передбачав права доступу. Його зміст простежувався із закріплення за автором картини, скульптури тощо права на відтворення своїх творів та можливості використання твору іншими особами тільки на підставі авторського договору (п. 1 ч. 1 ст. 475, ст. 485 ЦК УРСР 1963 р.).

З прийняттям та набранням чинності Законом України «Про авторське право та суміжні права» (далі — Закон) право доступу до твору образотворчого мистецтва отримало правову регламентацію у ст. 26 зазначеного нормативно-правового акту. Водночас, ЦК України права доступу не передбачає.

Закон не визначає, чи носить дане право майновий або особистий характер. Е. П. Гаврилов відносить дане повноваження до особистих немайнових прав авторів творів образотворчого мистецтва, мотивуючи свій висновок тим, що в протилежному випадку воно було би перераховане серед майнових прав авторів у відповідній статті закону. Відсутність даного повноваження у переліку особистих немайнових прав автора Е.П. Гаврилов пов'язує зі специфікою об'єкта (твори образотворчого мистецтва) [2, С. 85].

Із такою позицією не погоджується О. П. Сергеев, який вважає, що право доступу надається авторам творів образотворчого мистецтва для реалізації конкретної мети — забезпечення можливості відтворення твору, тобто для реалізації майнового авторського права. Відсутність же вказівки на дане право у переліку майнових прав автора пояснюється, на думку О. П. Сергеева, невичерпаністю зазначеного переліку [3, С. 221].

На наше переконання, право доступу до твору образотворчого мистецтва синтезує у собі елементи юридичної природи як майнових, так і особистих немайнових авторських повноважень. Особливо це простежується у випадку відчуження матеріального об'єкта, у якому твір образотворчого мистецтва знайшов своє зовнішнє вираження, у власність іншій особі. У такій ситуації можливими є два випадки. Перший, якщо поряд із правом власності на твір образотворчого мистецтва, до власника перейшли також майнові авторські права, право доступу до твору образотворчого мистецтва незалежно від наявності у автора майнових прав на твір дозволяє останньому відтворювати свої унікальні творіння. Другий випадок має місце при переході до власника твору образотворчого мистецтва лише права власності на матеріальний об'єкт, в якому твір знайшов своє зовнішнє вираження, при цьому авторські майнові права на твір залишаються у автора. У такій ситуації право доступу до твору образотворчого мистецтва нібито втрачає свій сенс, бо право на відтворення твору входить до змісту виключного права автора на використання свого твору будь-яким способом і не потребує додаткового зазначення. Водночас, це не так. Окрема регламентація у законі права доступу до твору образотворчого мистецтва дозволяє нормативно закріпити механізм реалізації автором майнового авторського права на відтворення.

Таким чином, юридична природа права доступу до твору образотворчого мистецтва, на нашу думку, є синтезом як майнових, так і особистих немайнових прав інтелектуальної власності. При цьому майновий характер права доступу до твору образотворчого мистецтва пов'язаний із забезпеченням можливості реалізації права автора відтворювати створений ним твір. Водночас, особистий немайновий елемент юридичної природи зазначеного права проявляється у неможливості його відчуження, у тому числі шляхом спадкування. Відповідна

характеристика права доступу до твору образотворчого мистецтва ще раз підтверджує умовність розподілу суб'єктивних авторських прав на особисті немайнові та майнові.

Закон передбачає кілька умов реалізації даного права, зокрема: 1) при здійсненні права доступу не повинні порушуватись законні права та інтереси власника твору образотворчого мистецтва; 2) власник не може відмовити автору в доступі до твору без достатніх підстав; 3) від власника твору не можна вимагати доставки твору авторові; 4) мета доступу — виключно відтворення твору.

Щодо першої та другої умови в юридичній літературі було зазначено, що єдиною підставою для відмови у здійсненні художником права доступу до створеного ним твору є «саме порушення таким здійсненням законних прав та інтересів власника твору», через що таке обмеження права доступу є невдалим і потребує виключення зі змісту ст. 26 Закону [4, С. 249]. Погоджуючись з висловленою думкою, пропонуємо зі змісту ст. 26 Закону виключити речення: «Власник не може відмовити автору в доступі до твору без достатніх підстав».

Одним з питань, що може виникати на практиці, є розповсюдження права доступу на об'єкт, що знаходиться не у власності, а у володінні іншої особи. На наш погляд, автор може вимагати здійснення права доступу не лише від власника оригіналу твору образотворчого мистецтва, але і від іншої особи, яка володіє оригіналом на підставі будь-якого речового права (договору найму (оренди), речових прав на чуже майно тощо).

Якщо при придбанні твору не було спеціально визначено інше, власник (інший законний володілець) сам вирішує питання, у якому місці та в який час автору забезпечується доступ до твору. В цьому разі власник (інший законний володілець), вбачається, вправі вимагати від автора компенсації своїх витрат, пов'язаних з наданням авторові права доступу до твору образотворчого мистецтва.

Іншою проблемою, пов'язаною з правом доступу художника до твору, є можливість доступу автора до копії твору, якщо оригінал втрачено або доступ до нього ускладнений (наприклад, оригінал картини знаходиться у зарубіжному музеї). На наш погляд, за таких обставин, і з цієї точки зору ми погоджуємось з позицією Ю. Л. Бошицького та І. І. Ващинця [4, С. 249], власник повинен надати автору право доступу до копії твору, оскільки це не порушує його законних прав та інтересів. Крім того, право доступу може бути реалізовано також і за умови, якщо автор юридично і фактично не позбавлений можливості звернутися до оригіналу, але віддає перевагу доступу до копії через певні суб'єктивні причини.

Окремого розгляду вимагає питання законодавчого закріплення мети доступу автора до створеного ним твору. Закон визначає таку мету, як використання твору для відтворення (виготовлення примірників, слайдів, карток, переробок тощо). При цьому зміст правової категорії «відтворення», яке може здійснюватися при реалізації права доступу до твору образотворчого мистецтва, є ширшим за загальне розуміння названого поняття, яке надається у ст. 1 Закону, і включає до свого складу переробку. Отже, виникає питання, чи правомочний автор твору образотворчого мистецтва, реалізуючи право доступу, здійснювати переробку твору?

З метою розв'язання поставленої проблеми доцільно розглянути два випадки.

Перший, якщо поряд із правом власності на твір образотворчого мистецтва до нового власника перейшли і майнові авторські права. У такому разі прерогативою творця і залишається право доступу, яке незалежно від наявності у автора майнових прав на твір, дозволяє останньому відтворювати своє унікальне

творіння. Але в такому випадку постає питання щодо змісту поняття відтворення і включення до його складу права на переробку. У вирішенні цієї проблеми законодавець є непослідовним. Так, у ст. 1 Закону «відтворення» визначається як виготовлення одного або більше примірників твору в будь-якій матеріальній формі, а також їх запис для тимчасового чи постійного зберігання в електронній (у тому числі цифровій), оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер. Виходячи зі змісту ст. 1 Закону, робимо висновок про те, що відтворення твору не передбачає права на внесення до нього змін. В подальшому у переліку майнових прав автора законодавець також взаємовиключає поняття «відтворення» та «переробки», називаючи їх окремими майновими правами автора. Дивимось далі. Ст. 26 Закону, розкриваючи у дужках зміст відтворення, відносить до його складу переробку. Таке нормативне положення суперечить, по-перше, визначенню відтворення, яке надається у ст. 1 Закону; по-друге, переліку майнових прав автора, де відтворення та переробка є самостійними взаємовиключними правовими категоріями.

Отже, незрозумілим залишається питання, чи може автор, який поряд з відчуженням матеріального об'єкта, в якому втілено твір образотворчого мистецтва, передав власнику свої авторські майнові права на цей твір, вносити зміни до твору або його повноваження обмежуються тільки відтворенням твору? Відповідь на це питання залежить від розв'язання суперечностей між положеннями Закону, які містяться у статтях 1, 15 та 26. Наша відповідь, ні: автор твору образотворчого мистецтва за відсутності майнових прав, зокрема права на переробку твору, позбавляється можливості змінювати свій твір після його відчуження. Поняття відтворення, яке міститься у ст. 1 Закону і не охоплює права автора на переробку, є загальним для всіх подальших випадків його нормативного використання і має, таким чином, перевагу над іншими правовими нормами. У такому випадку ст. 26 Закону вимагає уточнення: виключення переробки зі складу відтворення.

Другий випадок має місце при переході до власника твору образотворчого мистецтва лише права власності: майнові права на твір залишаються прерогативою творця. В цьому разі автор твору, незважаючи на відсутність у нього права власності на матеріальний об'єкт, в якому твір образотворчого мистецтва знайшов своє зовнішнє вираження, здійснюючи право доступу, може використовувати свій твір будь-яким способом, зокрема здійснювати його переробку чи іншу подібну зміну.

Отже, проблема можливості внесення змін до твору образотворчого мистецтва при реалізації права доступу розв'язується залежно від наявності у автора майнових прав на цей твір, зокрема права на переробку чи іншу подібну зміну. За його відсутності за автором твору образотворчого мистецтва зберігається право вимагати доступу до твору з метою його використання виключно для відтворення за умови, якщо це не порушує законні права та інтереси власника твору образотворчого мистецтва. Водночас, наявність майнового права на переробку чи іншу подібну зміну дозволяє автору, який реалізує право доступу до твору образотворчого мистецтва, здійснити переробку останнього.

Таким чином, ми проаналізували окремі елементи правової конструкції права доступу як спеціального повноваження автора твору образотворчого мистецтва. Основні результати нашої наукової розвідки можна звести до таких положень:

1) будучи опосередковано закріпленим в радянському законодавстві, право доступу вперше отримало чітку правову регламентацію в Законі України «Про авторське право та суміжні права»;

2) юридична природа права доступу до твору образотворчого мистецтва є синтезом елементів як майнових, так і особистих немайнових прав інтелектуальної власності;

3) умовами реалізації права доступу до твору образотворчого мистецтва є: непорушність прав та законних інтересів власника твору образотворчого мистецтва; неприпустимість вимоги доставки твору авторові; метою доступу до твору образотворчого мистецтва є відтворення твору, а за наявності у автора майнових прав — і його переробка;

4) законодавча дефініція права доступу до твору образотворчого мистецтва, закріплена у Законі України «Про авторське право та суміжні права», потребує змін. З метою оптимізації цивільного законодавства України пропонуємо ст. 26 цього Закону викласти у новій редакції: «При передачі твору образотворчого мистецтва чи матеріального об'єкта, в якому втілено твір, у власність іншій особі автор має право вимагати доступу до цього твору з метою його використання для відтворення за умови, що це не порушує законні права та інтереси власника твору образотворчого мистецтва. При цьому від власника твору не можна вимагати доставки твору авторові».

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. О праве на воспроизведение художественных произведений и о размере авторского гонорара за такое воспроизведение: Постановление СНК Украинской ССР от 18 июля 1930 г. // Сборник указов УССР. — 1930. — № 16. — Ст. 155.

2. Гаврилов Э. П. Комментарий к Закону РФ «Об авторском праве и смежных правах». — М.: Спарк; Фонд «Правовая культура», 1996. — 224 с.

3. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учебник . 2-е изд., перераб. и доп.. — М.: Проспект, 2003. — 752 с.

4. Бошицький Ю. Л. Інтелектуальна власність в Україні: деякі проблеми правового забезпечення інтересів художників // Держава і право. — 2002. — № 18. — С. 245-251.



**Якубівський Ігор Євгенович**

*доцент кафедри цивільного права та процесу Львівського національного університету імені Івана Франка, кандидат юридичних наук, доцент*

#### **ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАКРІПЛЕННЯ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ**

Важливе значення в житті сучасного суспільства відіграють результати творчої діяльності людини в різноманітних сферах та засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг. Тому зараз особливої актуальності набувають проблеми цивільно-правового регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності.

Варто зазначити, що в Україні станом на сьогодні діє доволі велика кількість законів і підзаконних нормативно-правових актів з питань охорони

інтелектуальної власності. І тому, мабуть, не випадково Вищий господарський суд України уже двічі видавав інформаційні листи, в яких наводився перелік нормативно-правових актів, які діють у цій сфері [1, С. 54-64]. Водночас, в умовах функціонування в Україні такої достатньо розгалуженої системи законодавства про інтелектуальну власність особливо гостро постає питання про узгодженість самих нормативно-правових актів між собою. Проте аналіз змісту цих актів та практики їх застосування засвідчує наявність в них численних суперечностей та прогалин, зокрема, в питанні закріплення майнових прав інтелектуальної власності.

Насамперед, хотілось би звернути увагу на те, що в законодавстві України все ще по-різному визначається юридична природа майнових прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації.

Так, у ст. 41 Конституції України [2, С. 141] передбачено, що кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. І хоча у наведеному конституційному положенні «власність» і «результати інтелектуальної, творчої діяльності» розмежовуються, щодо них закріплено тріаду правомочностей власника — право володіння, користування і розпоряджання. До того ж, сама ст. 41 Конституції України, в цілому, присвячена праву власності. Дана позиція Основного Закону опосередковано відображає проприетарну теорію, відповідно до якої, права на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації розглядаються як різновид права власності. Подібний підхід зустрічається також в деяких спеціальних законах у сфері інтелектуальної власності. Так, у тексті Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» [3, с. 32] послідовно вживаються словосполучення «право власності на винахід (корисну модель)», «власник патенту», «договір про передачу права власності на винахід (корисну модель)».

На відміну від цього, у Цивільному кодексі України [4, С. 356] майнові права інтелектуальної власності відмежовані від права власності, про що свідчить, зокрема, наявність в структурі кодексу двох окремих книг: книги 3 «Право власності та інші речові права» та книги 4 «Право інтелектуальної власності». Така законодавча позиція базується на теорії виключних прав, відповідно до якої, права на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації розглядаються як права особливого роду (*sui generis*), а не як різновид права власності.

Питання щодо юридичної природи прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації у сучасній цивілістичній літературі залишається дискусійним [5, С. 377-380; 6, С. 103-141]. На думку автора, все-таки більш обґрунтованою є позиція, яка передбачена Цивільним кодексом України — право власності і право інтелектуальної власності є самостійними цивільно-правовими інститутами. Тому спеціальне законодавство у сфері інтелектуальної власності у цій частині має бути приведено у відповідність до Цивільного кодексу України. Наприклад, у згаданому вище Законі України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» словосполучення «право власності на винахід (корисну модель)» слід замінити на «право інтелектуальної власності на винахід (корисну модель)», «власник патенту» — на «володілець патенту», «договір про передачу права власності на винахід (корисну модель)» — на «договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності на винахід (корисну модель)». Аналогічні зміни потрібно внести і в Закон України «Про охорону прав на промислові зразки» [7, С. 34], Закон України «Про охорону прав на знаки доля

товарів і послуг» [8, С. 36], Законі України «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем» [9, С. 28].

Ще одна проблема пов'язана із тим, що в Цивільному кодексі України та спеціальних законах у сфері інтелектуальної власності неоднаково вирішується питання щодо наділення ознакою виключності окремих майнових прав інтелектуальної власності. На дану обставину вже зверталась увага у цивілістичній літературі [10, С. 54; 11, С. 68-69; 12, С. 62]

Так, загальна норма, вміщена у ст. 424 Цивільного кодексу України передбачає, що майновими правами інтелектуальної власності є:

- 1) право на використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- 2) виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- 3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, в тому числі забороняти таке використання;
- 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом.

В контексті наведеної норми звертає на себе увагу те, що лише окремі з майнових прав інтелектуальної характеризуються, як виключні. Дана позиція відображена також в наступних главах Книги 4 Цивільного кодексу України стосовно окремих об'єктів права інтелектуальної власності. Причому у главах 36 і 37 право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта авторського права та об'єкта суміжних прав, на відміну від загальної норми ст. 424, не характеризується, як виключне (ст. ст. 440, 452 Цивільного кодексу України). Тобто прослідковується певна непослідовність в самому Цивільному кодексі України.

Неоднакова позиція з даного питання закріплена і в спеціальних законах у сфері інтелектуальної власності.

У ч. 1 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [13, С. 64] передбачено, що до майнових прав автора (чи іншої особи, яка має авторське право) належать: а) виключне право на використання твору; б) виключне право на дозвіл або заборону використання твору іншими особами. Таким чином, вказаний закон усі права, що входять до змісту майнових авторських прав, визначає як виключні. Доречно зазначити, що у даному законі навіть закріплено визначення поняття «виключне право» (ст. 1).

У ст. 28 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» передбачено, що патент надає його власнику виключне право використовувати винахід (корисну модель) за своїм розсудом, якщо таке використання не порушує прав інших власників патентів. Крім цього, дана стаття закону закріплює виключне право забороняти іншим особам використовувати винахід (корисну модель), а також право (без вказівки на виключний його характер) дати будь-якій особі дозвіл (видати ліцензію) на використання винаходу (корисної моделі).

Дещо по-іншому регулює дане питання Закон України «Про охорону прав на промислові зразки», у ст. 20 якого передбачене виключне право використовувати промисловий зразок за своїм розсудом, а також право забороняти іншим особам використовувати промисловий зразок без його дозволу та право дати будь-якій особі дозвіл (видати ліцензію) на використання промислового зразка (без вказівки на виключний характер цих прав).

Подібна непослідовність має місце і в інших спеціальних законах у сфері інтелектуальної власності.



Наведене вище дає підстави констатувати, що Цивільний кодекс України та спеціальне законодавство суперечливо та безсистемно підходять до питання про наділення ознакою виключності майнових прав інтелектуальної власності.

Можна припустити, що відсутність у Цивільному кодексі України вказівки на виключний характер права на використання об'єкта обумовлена тим, що законодавство допускає випадки використання об'єкта третіми особами як з дозволу суб'єкта відповідних прав (наприклад, ліцензіатом на підставі ліцензійного договору), так і без такого дозволу (наприклад, випадки вільного використання творів в авторському праві, дії, що не визнаються порушенням прав володільця патенту тощо). Проте дана обставина не є достатньою для того, щоби право дозволяти використання об'єкта розглядати як виключне, а право на його використання не наділяти такою ознакою.

Адже право дозволяти використання об'єкта теж за певних умов може належати іншій особі. Так, відповідно до ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права», за авторським договором про передачу виключного права на використання твору автор (чи інша особа, яка має виключне авторське право) передає право використовувати твір певним способом і у встановлених межах тільки одній особі, якій ці права передаються, і надає цій особі право дозволяти або забороняти подібне використання твору іншим особам. Відповідно до Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», за певних умов дозвіл на використання винаходу (корисної моделі) може бути наданий судом чи Кабінетом Міністрів України (ст. 30).

Закріплена законодавством України позиція щодо визначення лише деяких майнових прав інтелектуальної власності як виключних не узгоджується із положеннями глави 75 Цивільного кодексу України щодо договорів у сфері розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. Так, у ст. 1113 Цивільного кодексу України містяться положення щодо договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, за яким особа, що має виключні майнові права, передає другій стороні частково або у повному складі ці права відповідно до закону та на визначених договором умовах. В рамках даного договору передається в тому числі і право на використання об'єкта, хоча у книзі 4 Цивільного кодексу України воно не наділене такою ознакою, як виключність. Водночас, за ліцензійним договором ліцензіату може бути надано виключну ліцензію, в результаті чого він набуває виключне право на використання об'єкта у визначеній умовами ліцензійного договору сфері.

Таким чином, закріплений Цивільним кодексом України та окремими спеціальними законами поділ майнових прав інтелектуальної власності на виключні і такі, що не мають даної ознаки, видається штучним і необґрунтованим. Тому в законодавстві України слід відмовитися від такої диференціації. Інша річ, що існують окремі об'єкти права інтелектуальної власності, на які в силу притаманної їм специфіки не можуть виникати виключні права (наприклад, географічні зазначення, наукові відкриття). Але це лише винятки із загального правила про виключний характер майнових прав інтелектуальної власності.

### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Про нормативно-правові акти, що регулюють питання, пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності: Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 20.02.2007 р. № 01-8/91 // Захист прав інтелектуальної власності в господарському судочинстві / Вищ. госп. суд України; за заг. ред. В. С. Москаленка. — К.: Юрінком Інтер, 2009. — 384 с.

2. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
3. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі: Закон України від 15.12.1993 р. № 3687-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 7. — Ст. 32.
4. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № № 40-44. — Ст. 356.
5. Кузнецова Н. С. Цивільно-правові проблеми інституту інтелектуальної власності // Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. Т.3: Цивільно-правові науки. Приватне право / [за заг. ред. Н. С. Кузнецової]. — Х.: Право, 2008. — 640 с.
6. Маковский А. Л. Исключительные права и концепция части четвертой Гражданского кодекса // Гражданское право современной России / [Сост. О. М. Козырь и А. Л. Маковский]. — М.: Статут, 2009. — 254 с.
7. Про охорону прав на промислові зразки: Закон України від 15.12.1993 р. № 3688-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 7. — Ст. 34.
8. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15 грудня 1993 р. № 3689-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 7. — Ст. 36.
9. Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем: Закон України від 05.11.1997 р. № 621/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 8. — Ст. 28.
10. Підпригора О. А., Мельник М. Г., Мельник О. М. Цивільний кодекс України. Міркування з окремих проблем застосування. Науковий збірник. — К.: Видавничий Дім «Слово», 2005. — 368 с.
11. Жилінкова О. В. Договори в сфері реалізації авторських прав на музичний твір. Монографія. — Х.: Ксилон, 2008. — 212 с.
12. Дмитришин В. С. Інтелектуальна власність на програмне забезпечення в Україні. — К.: Вірлен, 2005. — 304 с.
13. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23.12.1993 р. № 3792-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13. — Ст. 64.



**Бажанов Валентин Олександрович**  
*асистент кафедри цивільного права Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка*

## ОЗНАКИ ТА ФОРМА АВТОРСЬКИХ ДОГОВОРІВ

Як підстава виникнення зміни або припинення правовідносин договір визначає зміст даних правовідносин, а також, безпосередньо регулює поведінку сторін [1, С. 35].

Відповідно до ст. 626 ЦК України договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків[8].

На нашу думку, авторський договір — це вид цивільно-правового договору, що укладається щодо виключних майнових прав, які автор передає або зобов'язується передати іншій стороні договору на умовах, визначених у договорі.

Авторським договорам притаманні наступні ознаки: вони є двосторонніми, консенсуальними та відплатними.

Авторські договори є двосторонніми, оскільки, правами та обов'язками наділені обидві сторони договору: суб'єкт права інтелектуальної власності та особа, яка виявляє бажання використовувати об'єкти авторського права [2, С. 358]. Відповідно до ч. 1 ст. 31 Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 року (далі — Закон) сторонами авторського договору є автор (або інша особа, яка має авторське право) та інша особа, якій передаються майнові права за договором [9]. Авторський договір є двостороннім, оскільки, у сторін виникають кореспондуючі права та обов'язки (наприклад, обов'язок автора передати майнові права та право вимагати отримання оплати, винагороди; у свою чергу, особа, яка отримує майнові права має право вимагати передачі даних прав та обов'язок сплатити винагороду авторові).

Авторські є консенсуальними, адже дані договори вважаються укладеними з моменту досягнення згоди сторонами стосовно усіх істотних умов договору. Необхідно наголосити на тому, що, за загальним правилом, істотними умовами даних видів договорів є наступні: предмет (об'єкт права інтелектуальної власності, права щодо використання якого передаються за договором; конкретні права, що передаються; способи використання зазначеного об'єкта тощо; на нашу думку, предметом авторських договорів доречніше вважати майнові правовідносини, які виникають відповідно до договору, а об'єктом — конкретні твори науки, літератури, мистецтва тощо, які є створеними на момент укладення договору і втілені у відповідну форму, а також ті, які автор зобов'язується створити у майбутньому відповідно до договору), ціна (мається на увазі плата за використання об'єкта права інтелектуальної власності) та строк (певний період у часі, протягом якого діє договір). Проте, на нашу думку, строк не завжди є істотною умовою авторських договорів. Наприклад ч. 3 ст. 1110 ЦК України допускає можливість укладення ліцензійного договору без зазначення строку дії договору.

Стосовно відплатності авторських договорів. Спочатку, вважаємо за необхідне зазначити, що термін «відплатний договір» є новелою ЦК України від 16 січня 2003 року. Проте, даний термін є тотожним раніше вживаному терміну «оплатний» договір [3, С. 22].

Відповідно до ч. 5 ст. 626 ЦК України договір є відплатним, якщо інше не встановлено договором, законом або не впливає із суті договору [8]. Іншими словами, у даному разі наведеною нормою встановлюється презумпція відплатності договору, крім зазначених у ній винятків [4, С. 216].

Оплатним є той договір, в якому кожна зі сторін має взаємні обов'язки щодо передачі матеріального чи нематеріального оборотоздатного блага, надання послуги, вчинення іншої дії, яка є об'єктом цивільного права [5, С. 54]. Оскільки, за авторським договором автор має право вимагати оплати чи отримання винагороди за передачу майнових прав, а інша сторона зобов'язана здійснити дану оплату, робимо висновок, що авторський договір є оплатним договором.

Вважаємо, що авторські договори є різновидом договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, а отже, до авторських договорів можливо застосовувати положення Глави 75 ЦК України. У той же час, на нашу думку, поняття «авторський договір», що міститься у Законі є вужчим за поняття «договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності», про яке мова йде у ЦК України. У Законі України «Про авторське право і суміжні права» мова йде лише про об'єкти авторського

права та суміжних прав, а положення Глави 75 ЦК України регулюють питання стосовно передачі майнових прав на об'єкти авторського права та суміжних прав, а також, на об'єкти права промислової власності та на засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг.

Відповідно до ч. 2 ст. 1107 ЦК та ч. 1 ст. 33 Закону авторські договори повинні укладатися у письмовій формі. Зарубіжна доктрина також притримується принципу укладання авторських договорів у письмовій формі. У романо-германській правовій системі вимога письмової форми обумовлена прагненням захистити права автора та його інтереси [6, С. 220].

У разі недодержання письмової форми авторського договору такий договір є нікчемним. Проте, варто зазначити, що існують випадки, коли авторський договір може бути укладеним в усній формі. Мова йде про договори про використання (опублікування) твору в періодичних виданнях (газетах, журналах тощо) (ч. 1 ст. 33 Закону). Можливість укладання даних видів авторських договорів передбачається на законодавчому рівні і в інших країнах. Наприклад, у п. 11 ст. 32 Закону Республіки Казахстан від 10 червня 1996 року «Про авторське право та суміжні права» передбачається можливість укладання авторських договорів про використання твору в періодичних виданнях в усній формі [7].

Отже, на основі проведеного дослідження можна зробити наступні висновки:

1. Авторським договорам характерні наступні ознаки:

- двосторонність;
- консенсуальність;
- оплатність.

2. Авторські договори повинні укладатися у письмовій формі. У випадку недодержання письмової форми авторського договору, даний договір є нікчемним. Проте, існують випадки, коли можливо укласти авторський договір в усній формі (мова йде про договори про використання (опублікування) твору в періодичних виданнях (газетах, журналах тощо)).

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Боднар Т. В. Договірні зобов'язання в цивільному праві: Заг. положення: Навч. посіб. — К.: Юстініан. — 280 с.

2. Цивільне право України. Договірні та не договірні зобов'язання: Підручник (2-е вид., змін. та доп.)/ С. С. Бичкова, І. А. Бірюков, В. І. Бобрик та ін.; [за заг. ред. С. С. Бичкової]. — К.: КНТ, 2008. — 498 с.

3. Бервено С. М. Проблеми договірного права України: Монографія. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 392 с.

4. Цивільне право України. Особлива частина: підручник / [за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. — 3-тє вид., перероб. і допов. — К.: Юрінком Інтер, 2010. — 1176 с.

5. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; [за ред. О. В. Дзери]. — К.: Юрінком Інтер, 2008. — 896 с.

6. Амангельды А. А. Договоры в сфере интеллектуальной собственности по законодательству Республики Казахстан. Алматы: ИЦ ОФ Интерлигал, 2010. — 344 с.

7. «Об авторском праве и смежных правах». Закон Республики Казахстан от 10.06.1996 г. № 6. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.e.gov.kz/wps/wcm/connect/05d759004f8064dbb5cdb58097de7925/Z960006\\_](http://www.e.gov.kz/wps/wcm/connect/05d759004f8064dbb5cdb58097de7925/Z960006_)

8. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.

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



### **Васькова Ірина Костянтинівна**

*юрист Вищої атестаційної комісії України, здобувач наукового ступеню кандидата юридичних наук при Київському національному університеті імені Тараса Шевченка*

## **ОСОБЛИВОСТІ ЦИТУВАННЯ НАУКОВИХ ТВОРІВ В КОНТЕКСТІ АВТОРСЬКОГО ПРАВА**

Надзвичайно актуальною на сьогодні є проблема охорони авторських прав авторів, запобігання незаконному використанню творів, з одного боку, а з іншого — право інших осіб на доступ до інформації, гарантоване ЗУ «Про інформацію», і право на свободу вираження, яке є основною умовою формування у людини своєї думки і переконань. Визнання за авторами і здійснення виключних прав на створені ними твори обмежило свободу вираження тих, хто хотів би скористатися авторським твором для того, щоб сказати «своє слово», а також практично нівелювало право на інформацію тих, хто просто хотів би використати інформацію і ідеї, які містяться у творі. У зв'язку з цим, в межах авторсько-правового законодавства були визнані і запроваджені спеціальні обмеження для того, щоб дозволити громадськості певним чином користуватися творами для реалізації власної свободи вираження і права на інформацію. Одним із таких багатьох обмежень, запроваджених у національні законодавства є, в тому числі, й цитування. Цитування є чи не найважливішим і найвагомішим обмеженням авторського права. Цитування фактично є єдиним обов'язковим обмеженням згідно Бернської Конвенції. В ст. 10(1) Бернської Конвенції передбачено, що *«дозволяється використання цитат із твору, який правомірно зроблено доступним для загального відома, за умови дотримання добрих звичаїв і в обсязі, виправданому поставленою метою, включаючи цитування статей із газет і журналів у формі оглядів преси»*. Закон України «Про авторське право і суміжні права» (п. 1 ст. 21) говорить про цитування тільки у відношенні творів науки і літературних творів в той час як, наприклад, Закон Німеччини про авторське право передбачає можливість цитування, окрім наукових і літературних, ще й музичних творів [1, С. 33]. У відповідності до статті 1 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» «цитата — порівняно короткий уривок з літературного, наукового чи будь-якого іншого опублікованого твору, який використовується, з обов'язковим посиланням на його автора і джерела цитування, іншою особою у своєму творі з метою зробити зрозумілішими свої твердження або для посилання на погляди іншого автора в автентичному формулюванні». Аналіз чинного законодавства України в галузі авторського права, зокрема п. 1 ч. 1 ст. 444 Цивільного кодексу України, п. 1 ст. 21 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» дозволяє виділити наступні умови, за яких є допустимим здійснення цитування:

1) твір, уривок з якого цитується, повинен бути доступним для загального користування. У зв'язку з цим цитування дозволяється тільки з опублікованих творів;

2) при використанні цитат необхідно дотримуватись «добрих звичаїв»;

3) обсяг цитати повинен бути виправданий поставленою метою.

Зазначені критерії допустимого цитування є загальними, абстрактними. У діючому законодавстві відсутні конкретні норми, які регламентують порядок реалізації авторських прав при здійсненні цитування. Такі оціночні поняття як «добрі звичаї» і «виправданість поставленою метою» передбачають суб'єктивну оцінку того, що зазвичай вважається допустимим. В будь-якому випадку зазначені критерії оцінюються судом у кожному конкретному випадку, оскільки законодавчо неможливо встановити загальне правило стосовно обсягів цитування для всіх творів. Проте необхідність встановлення чітких критеріїв і вимог для цитування наукових творів є нагальною з огляду на їх специфіку і притаманні їм властивості.

Особливості цитування наукових творів пов'язані, перш за все, з суттєвими відмінностями останніх від інших об'єктів авторського права.

На нашу думку, твір науки має певну специфіку і полягає вона в тому, що на відміну від інших об'єктів авторського права (творів літературно-художніх, музичних, творів образотворчого мистецтва) визначальне значення для його правової охорони має саме зміст. Сутність наукової творчості полягає у створенні системи понять на відміну від художньої творчості, яка виражається у створенні системи образів [2, С. 105]. На нашу думку твір науки слід розглядати як єдність елементів форми і змісту, що і повинно бути предметом авторсько-правової охорони. Адже результат наукової творчості не набуває новизни від викладення його у новій формі. Плагіат у науці реалізується шляхом запозичення ідеї набагато рідше, аніж запозичення тексту в цілому. Плагіат в науковій творчості, на нашу думку, полягає в удаваних неправдивих зазіханнях, на власний творчий внесок в науку. Якщо хтось повторює своїми словами чужі думки, видаючи їх за власні — це є неправомірним запозиченням (плагіатом). В широкому сенсі «плагіат в науковій творчості включає в себе хибні зазіхання на власний творчий внесок в науку і в цьому сенсі є явною підробкою, фальсифікацією авторства [3, С. 74]. Аналіз ч. 2 п. 16 Порядку присудження наукових ступенів і присвоєння вченого звання старшого наукового співробітника, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 07.03.07 р. № 423, підтверджує вказану позицію. У відповідності до зазначеної норми: «У разі виявлення текстових запозичень, використання ідей, наукових результатів і матеріалів інших авторів без посилання на джерело дисертація знімається з розгляду незалежно від стадії проходження без права її повторного захисту». Як слідує з наведеного, законодавець сприйняв і закріпив поняття плагіату у широкому розумінні, що також підтверджує, що під дію авторсько-правової охорони підпадає не лише форма, а й зміст твору науки. Слід зазначити, що заборони, які діють у авторському праві, не поширюються на засвоєння чужих думок і їх творче переосмислення і розвиток, а діють у випадках, коли чужі думки видаються за власні. У літературі справедливо зазначається, що «при створенні наукового твору автор запозичує потрібні йому думки чи вперше виявлені факти із чужих робіт. Таке використання чужого твору не є порушенням авторського права, оскільки в результаті створюється новий твір, який є творчо самостійним. Як зазначалося в літературі, творчо самостійним науковим твором слід вважати твір, в якому дається вирішення нового наукового завдання» [4, С. 110]. Доцільно, на нашу думку, доповнити зазначений критерій наступними: застосування нових прийомів

при вирішенні вже розв'язаного наукового завдання, що може виражатися у використанні нової аргументації при доведенні відомих наукових фактів; використання експериментального підтвердження результату. Твердження, що ніхто не вправі здійснювати плагіат відносно не тільки форми, а й змісту твору, підтверджує аналіз визначень наукового і науково-прикладного результату, в яких вказано на новизну одержаних знань, рішень (ст. 1 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність»). Таким чином представлення ким-небудь відомих наукових результатів в новій формі без посилань на їх автора не може бути визнаним правомірним.

У питаннях цитування творів, в т.ч. й наукових не можна підходити з формальної точки зору. Проте з огляду на специфіку наукових творів необхідно законодавчо встановити чіткі критерії допустимого цитування наукових творів, зокрема вимог щодо обсягів допустимого цитування. Невизначеність у зазначеному питанні слід кваліфікувати як прогалину у правовому регулюванні, яка повинна бути усунена.

### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Германское право. пер. с нем. — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. — Ч. 1. Гражданское уложение. — 552 с.

2. Зарубинский Г. М. Правовая охрана результатов интеллектуальной деятельности: произведения науки // Научн.-техн. Информация. — Сер. 1. — 1996. — № 3.-С.11-14.

3. Рассудовский А. А. Актуальные проблемы авторского права на научные произведения // Проблемы советского авторского права. — М.: ВААЛ, 1979. — С. 65-75.

4. Гарибян А. М. Авторское право на произведение науки. — Ереван: Изд-во АН Армянск. ССр, 1975. — 195 с.



**Волощенко Ольга Михайлівна**

*аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна*

### **ПРО ДЕЯКІ «ПРОБЛЕМНІ» НОРМИ ЗУ «ПРО ОХОРОНУ ПРАВ ДЛЯ ТОВАРІВ ТА ПОСЛУГ» ВІД 15.12.1993 РОКУ**

Стаття 1 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» (далі — Закон) містить визначення поняття «знак», яке за своїм ідентифікуючим покликанням застосовується одночасно як у сфері товаровиробництва так і у сфері надання послуг. Згідно положення цієї статті «знак — позначення, за яким товари і послуги одних осіб відрізняються від товарів і послуг інших осіб».[1, Ст. 1]

Як на наш погляд, таке бачення законодавця стосовно визначення об'єкту правової охорони згідно цього Закону має надто прозорий характер. Річ у тім, що, по-перше, у законі не міститься визначення підстав та критеріїв, за якими те чи інше позначення можна визнавати знаком для товарів та послуг. [2, С. 153] По-друге, використання конструкції із застосування одного поняття, що «здатне» охоплювати два абсолютно різні об'єкти теж викликає ряд суперечливих запитань.

Стосовно першого зауваження виникає наступна ситуація: законодавець, уникаючи визначення підстав для визнання певного позначення знаком для товарів та послуг та зазначивши у законі лише перелік позначень, які не можуть бути знаком для товарів та послуг створив ситуацію, коли, по суті, можна використовувати для таких знаків будь-які позначення, які не перелічені в Законі. Однак, це не означає, що до таких позначень не має обмежень.

Відповідно до ст. 5 Закону «правова охорона надається знаку, який не суперечить публічному порядку, принципам гуманності і моралі та на який не поширюються підстави для відмови в наданні правової охорони, встановлені цим Законом».

Однак, виходячи із розуміння змісту таких обмежуючих критеріїв, який певною мірою позбавлений конкретики та наділений оціночним елементом, здатність їх до попередження використання позначень, які суперечать певним засадам є не надто ефективною.

На підтвердження такого тезису використаємо добре відомий приклад, коли була здійснена спроба реєстрації знаку, який був стилізованим зображенням малого герба України у вигляді усміхненого дракона.[2, С. 154] Звичайно у задоволенні такої заявки було відмовлено. По-перше, використання державної символіки суперечило існуванню такого знаку [1, ч. 1, п. 1, ст. 6]. По-друге, автори підручника акцентують увагу на наявність поруч із малим гербом образу дракона, який у фольклорі майже усіх народів асоціюється із силами зла, і його поєднання із державною символікою є неприпустимою. [2, С. 154]. На наш погляд, обґрунтування другої підстави відмови, у даному випадку, не є обов'язковим, адже існування першої автоматично виключає існування такого знаку.

Однак, зіставлення таких несумісних символів є одиничним прикладом для розуміння суті того, які **позначення і комбінації символів**, що складають знак є такими, що суперечать публічному порядку, принципам гуманності і моралі.

Тому, на наш погляд, для забезпечення кращої ефективності дії таких обмежуючих критеріїв необхідно зробити наступне:

1. законодавчо закріпити єдине розуміння поняття «знаку, який не суперечить публічному порядку, принципам гуманності і моралі» ;
2. деталізувати вимоги щодо об'єктів, які можуть стати знаками для товарів та послуг ( не обмежуватись вимогами ч.2 ст. 5 Закону, і, як мінімум, доповнити їх відповідністю вимогам промислової естетики та ергономіки, що в першу чергу, даватиме позитивні результати для діяльності власників таких знаків).

Повертаючись до аналізу положень Закону не викликає спірності і той факт, що законодавцеві «вдалося» об'єднати під одним поняттям позначення для двох абсолютно різних об'єктів маркування. Мова йде про «знак для товарів та послуг».

Розглянемо категорії «товар» і «послуга» через порівняльний аналіз ознак таких об'єктів. У радянській науці одним із перших творців розгорнутого вчення про послугу як особливий об'єкт цивільних прав став Є. Д. Шешенін [3, С. 27-28]. Серед характерних для послуги ознак, які він виділив такі: 1) послуга — це діяльність фізичної чи юридичної особи, натомість, як товар, на нашу думку, — це певний кінцевий результат процесу виробництва, який відноситься до предметів матеріального світу; 2) надання послуги не створює осяжного речового результату, який можна відділити від діяльності виконавця послуги. Існування товару не можливе без відділення від діяльності, спрямованої на його створення. 3) корисний ефект послуги споживається у процесі її надання, натомість як використання корисних властивостей товару можливе шляхом здійснення тріади правомочностей права власності на товар.



Таким чином, різниця між цими двома об'єктами — очевидна. Таке твердження знаходить своє закріплення не тільки на теоретичному рівні. Як приклад, досвід міжнародної спільноти права інтелектуальної власності у сфері нормотворення свідчить про закріплення на міжнародному рівні таких категорій як «товарний знак» та «знак обслуговування» [4, Ст. 6 *sexies*] Одночасно це є вказівкою на грамотне розуміння різниці між такими об'єктами, як товар та послуга та нагальності потреби у розмежуванні понять, які стають визначенням для позначень індивідуалізуючого характеру як для послуг так і для товарів.

В теорії існує думка про те, що «товарний знак» та «знак обслуговування» принципово нічим не відрізняються. Виконують одні функції, дотримуються одних принципів, тощо [2, С. 157] На нашу думку, можливо, панування такого розуміння у вітчизняному колі науковців і призвело до створення до подібної ситуації з категоріальним апаратом Закону, або не дає істотно нових поштовхів до її розв'язання.

### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Про охорону прав на знаки для товарів та послуг: Закон України від 15.12.1993 р. № 3689-XII // Відомості Верховної Ради. — 1994. — № 7. — Ст. 36
2. Право інтелектуальної власності: Підручник / [за ред. О. А. Підпригори, О. Д. Святоцького]. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. — 624 с.
3. Батожська О. В. Договір зберігання автотранспортних засобів: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — К., 2006. — 196 с.
4. Паризька конвенція про охорону промислової власності 20.03.1883 р. // Зібрання чинних міжнародних договорів України. — 1990. — № 1. — Ст. 320.



### **Плевако Наталія Володимирівна**

*приватний нотаріус Дніпропетровського нотаріального округу, пошукач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **ПРИРОДА ПРАВА НА КОМЕРЦІЙНЕ (ФІРМОВЕ) НАЙМЕНУВАННЯ**

З приводу сутності прав особи на комерційне (фірмове) найменування в доктрині цивільного права є досить різні точки зору, які знаходять своє відображення і в термінології, що застосовується в законодавстві. Суперечки щодо природи прав інтелектуальної власності не затихають вже впродовж двохсот років. Серед різноманітних теорій теорія привілеїв, теорія монопольного права, теорія особистого права, деліктна теорія, теорія права покупця, договірна теорія, теорія нематеріальної власності тощо, найбільше поширення отримали пропріетарна теорія і теорія виключних прав. Відповідно, комерційне найменування розглядається переважно як об'єкт права власності або як об'єкт виключних прав. Але в Україні на сьогодні жодна з теорій природи права на результати інтелектуальної діяльності не є домінуючою.

Слід зазначити, що вивчення природи права на комерційне (фірмове) найменування безпосередньо пов'язане з таким важливими і сьогодні актуальними питаннями, як охорона та захист права на фірмове найменування. Від результатів такого дослідження залежить вирішення питань про забезпечення

належної правової охорони та ефективного захисту прав на комерційне (фірмове) найменування .

Погляд на комерційне (фірмове) найменування як на об'єкт права власності безпосередньо пов'язаний з формуванням так званої «пропріє тарної» теорії. Ця правова доктрина має французьке походження. Відповідно до неї особа, якій належить право на комерційне (фірмове) найменування, має всі правомочності власника: *usus, fructus et abusus*, тобто право користування, володіння і розпоряджання. В Україні прибічниками названої теорії є О. А. Підпригора, О. О. Підпригора, О. М. Мельник, які вважають, що об'єктами права інтелектуальної власності можна володіти, користуватись і розпоряджатись. Отже традиція пропріетарного підходу існує і дотепер.

Але найбільшим визнанням користується так звана теорія виключних прав, яка виникла в романо-германському праві і була підтримана як вітчизняними, так і закордонними науковцями. Основними прихильниками вказаної теорії є В. А. Дозорцев, А. П. Сергеев, В. П. Мозолін, І. А. Зенін, В. І. Жуков та ін. Саме такий підхід поділяє і автор доповіді.

Інститут «виключних прав» у відношенні нематеріальних об'єктів був сконструйований ще в ХІХ столітті. Аргументуючи теорію виключних прав, С. І. Раєвич свого часу відзначав, що права на нематеріальні об'єкти не вкладаються в схему розподілу приватних прав на речові і зобов'язальні, встановлену римським правом. Предметом речового права є «тілесні речі», тобто матеріальні об'єкти, предметом зобов'язань — певні дії інших осіб. Поява категорії «виключні права» зумовлена зростанням значення результатів інтелектуальної діяльності для економічного товарного обігу. Як загальна категорія вона не мала чіткої назви, використовувались різні її варіанти. Найчастіше вживається «умовний» термін «інтелектуальна власність». У національному і в міжнародному праві почала формуватися концепція права інтелектуальної власності на нематеріальні блага. У країнах континентального права результати інтелектуальної діяльності і відповідно права на них утворюють окрему категорію, яка не охоплюється класичною римською схемою речових прав. Система права — це той феномен, який постійно розвивається.

Так, французький юрист Р. Саватьє, говорячи про те, що юридико-технічні абстракції потіснили тілесні речі, вважає включення нематеріальних об'єктів в об'єкти права власності неправомірним. Г. Ф. Шершеневич доходить такого ж висновку; автор відзначає, що поширювати поняття про речові права на права, що не мають своїм об'єктом речі, видається теоретично незручним. І може створити небажане змішання сприйняття у теорії і практиці: наприклад, між правом на літературний твір і правом власності на екземпляр книги. Підтвердження сказаних слів можна знайти в Законі України «Про власність», який діяв з 1991 року до 2007 року та деяких посібниках з цивільного права [1]. І в законі, і в посібнику право інтелектуальної власності розглядалось як різновид права власності, тобто різновид речового права.

На міжнародному рівні погляд на комерційне (фірмове) найменування як на об'єкт промислової власності був закріплений у 1883 р. у Паризькій конвенції з охорони права промислової власності. У подальшому з'явилося більш широке поняття — інтелектуальна власність, офіційно введене підписаною в 1967 р. Конвенцією про створення Всесвітньої організації інтелектуальної власності (надалі — ВОІС), де під інтелектуальною власністю розуміються права, що стосуються результатів інтелектуальної діяльності.

Намагання поширити на нові явища традиційну систему права власності є цілком природним, але не завжди правильним. Адже застосування традиційної системи вимагає відповіді на питання про правомірність встановлення для нематеріальних благ правового режиму, адекватного режиму права власності на матеріальні об'єкти. Результати творчої діяльності можуть одночасно «належати» певній особі або декільком суб'єктам. Приватне привласнення, на погляд прихильників теорії виключних прав, не відповідає їх природі.

Вважаємо, що виключне право, або, по іншому, юридична монополія — це надані законом певній особі повноваження забороняти або дозволяти всім іншим особам будь-які дії, і, таким чином здійснювати або контролювати ці дії одноосібно (виключно). Воно незалежне від власності. Право власності є право на майже будь-які дії з певною річчю. Виключне ж право на фірмове найменування є правом на певні дії зі своїм нематеріальним об'єктом.

### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Емельянов В. П. Гражданское право Украины: Практическое пособие для юристов, предпринимателей, всех, кто интересуется гражданским правом. — Днепропетровск, УкО ИМА Пресс. 1994. — 144 с.



**Садикова Яна Михайлівна**

*викладач кафедри юридичних дисциплін Сумської філії Харківського національного університету внутрішніх справ*

### **ДО ПИТАННЯ ПРО ПРЕЗУМПЦІЇ В АВТОРСЬКОМУ ПРАВІ**

На необхідність в доказуванні авторства вказується тоді, коли наявність у особи авторського права підлягає сумніву, авторське право оспорується, заперечується або існує реальна загроза таких дій [1, С. 144].

Слід погодитися з тезою О. О. Штефан щодо звільнення автора від обов'язку доказування авторства до його спростування у справах з авторських правовідносин (окрім спорів про визнання авторства чи співавторства) [2, С. 139].

Враховуючи перерозподіл обов'язків по доказуванню автор, у разі, коли він займає процесуальне становище позивача, має доказати існування факту-підстави презумпції авторства. Те ж саме стосується і випадків, коли заперечення або оспорування авторства відбувається лише шляхом простого невизнання, однак не підтверджується ніякими доказами. В таких випадках суд має право та зобов'язаний покласти в основу рішення презумпцію авторства. Відмова в задоволенні позову за таких обставин призведе до порушення ст. 435 ЦК України та абз. 2 ч. 1 ст. 11 Закону України «Про авторське право та суміжні права», де міститься пряма вказівка на те, що презумпція діє доки не доказано інше (за відсутності доказів).

Історія формування зазначеної презумпції починається з Бернської конвенції про охорону літературних та художніх творів 1886 року, в ст. 15 якої зазначається, що для того щоб автор літературних і художніх творів, що охороняються Конвенцією, розглядався за відсутності доказів протилежного, як такий і відповідно до цього допускався у країнах Союзу до порушення судового переслідування проти контра факторів, достатньо, якщо ім'я автора буде

позначено на творі звичайним чином. Надання або підсилення доказів стосовно законного володільця авторським правом і суміжними правами шляхом встановлення презумпцій було схвалено рекомендувати в 1988 році на засіданні Комітету міністрів Ради Європи (Рекомендація № R (88)2 Ради Європи про засоби боротьби з піратством у сфері авторського права і суміжних прав) [3, С. 238].

Російська судова практика виробила і використовує презумпцію авторства дещо в іншій формі, не пов'язаній з позначенням імені автора на примірнику твору. Відповідно до традиційної конструкції презумпції авторства особа, яка подала позов про захист авторських прав (як автор), вважається автором спірного твору при відсутності доказів зворотного [4, С. 301].

В Постанові Пленуму Верховного Суду України від 04.06.10 р. викладено презумпцію авторства у буквальному розумінні: первинним суб'єктом, якому належить авторське право, є автор твору. За відсутності доказів іншого автором твору вважається особа, зазначена як автор на оригіналі або примірнику твору. Так само вона використовується і українськими судами [5]. Оскільки не будь-яка матеріальна форма вираження твору дозволяє зазначити на примірнику твору ім'я автора, то і дія презумпції буде залежати від форми вираження твору.

Факт створення позивачем твору буде включатися до предмету доказування у випадках: по-перше, коли має місце спір про автора твору, тобто безпосередній об'єктом спору виступає факт авторства (нівелюється дія презумпції авторства щодо іншої особи), по-друге, коли відсутня вказівка на автора на оригіналі або примірнику твору, іншими словами, відсутній факт-підстава презумпції авторства, і, по-третє, у разі, коли безпосереднім об'єктом спору є інші факти, однак відповідач обґрунтовує свої заперечення відсутністю факту авторства представивши докази авторства іншої особи або докази, які вказують на об'єктивну неможливість позивача бути автором твору.

Законодавець у абз. 2 ч. 1 ст. 11 Закону України «Про авторське право та суміжні права закріпив презумпцію авторства, яке часто покладено в основу висновків суду про виключення з предмету доказування обставин щодо автора твору та належності авторських прав цій особі.

Однак, слід вказати на те, що в авторському праві діє ще ряд презумпцій, які на практиці досить часто використовуються, хоча законодавчо не закріплені. Так, можна визначити презумпцію належності авторських прав автору, презумпція творчості та інші. Законодавче закріплення означених презумпцій сприятиме ефективному захисту авторських прав та одноманітному вирішенню справ про захист авторських прав.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Мэггс П. Б., Сергеев А. П. Интеллектуальная собственность. — М.: Юристъ, 2000. — 400 с.
2. Штефан О. О. Позовне провадження у справах з авторських і суміжних правовідносин у цивільному судочинстві України: Дис. ... канд. юр. наук: 12.00.03. — К., 2000. — 193 с.
3. Авторське право і суміжні права. Європейський досвід: У 2-х книгах / [за ред. А. С. Довгерта]. — Книга 1: Нормативні акти і документи. Європейська інтеграція України / Уклад. Р. В. Дроб'язко. — К: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. — 520 с.
4. Особенности рассмотрения и разрешения отдельных категорий гражданских дел (Исковое производство) / [под ред. И. К. Пискарева]. — М.: ОАО «Издательский Дом «Городец», 2005. — 512 с.

5. Справа № 2-623/10 р. Солом'янського районного суду м. Києва // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/8636697>



# СЕМЕЙНОЕ ПРАВО. НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО. ЛИЧНЫЕ НЕИМУЩЕСТВЕННЫЕ ПРАВА

**Жилинкова Ирина Владимировна**

*доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины*

## ОСОБЕННОСТИ ДОГОВОРНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ СЕМЕЙНЫХ ОТНОШЕНИЙ

В отечественной правовой доктрине отношение к договорам в семейной сфере является достаточно сложным. В течение десятилетий усилия теоретиков были направлены на обоснование самостоятельности семейного права как отрасли права и поиске принципиальных отличий семейного права от права гражданского. Следствием такого подхода было непризнание роли договора в сфере семейных отношений, невозможность применения к регулированию семейных отношений базовых цивилистических конструкций. В течение длительного времени отношения в семье определялись исключительно законодательными императивными предписаниями. Членам семьи не предоставлялось право по своему желанию определять те или иные аспекты своей жизни. В литературе доказывалось, что договоры нетипичны для участников семейных отношений, а если они и имеют место, то носят в основном безвозмездный характер [1, С. 169; 2, С. 123; 3, С. 102]. В. Ф. Яковлев вообще отказывал договоренностям супругов права именоваться договорами. По его мнению, «юридические акты субъектов семейного права не относятся по своему характеру к сделкам или договорам, они служат особой разновидностью правовых актов. Отсутствие сделок и договоров является важным свидетельством своеобразия метода семейного права» [4, С. 163]. Естественно, что в таких условиях в советской семейно-правовой науке не было создано общей теории договора. В сфере законодательства также господствовал «бездоговорный менталитет», поскольку законодатель не видел необходимости в договорном регулировании семейных отношений и не предпринимал усилий для включения норм о договорах в законодательный массив. Закон императивно определял имущественные отношения супругов или бывших супругов, не допускал никакой инициативы родителей относительно порядка уплаты алиментов на ребенка или супругов по взаимному алиментированию. Законодательство избегало даже намека на использование в семейно-правовой сфере таких цивилистических конструкций, как «обязательство», «договор», «кредитор» или «должник».

Лишь постепенно под давлением жизненных реалий в семейное законодательство начали «просачиваться» договорные начала. Революцией в этом вопросе было введение в семейное законодательство нормы о брачном контракте. Законом № 2488-ХІІ «О внесении изменений и дополнений в Кодекс о браке и семье Украинской ССР» от 23.06.1992 г. было закреплено право супругов на заключение брачного контракта (ст. 27-1). Хотя положение указанной статьи трудно признать безупречными, они впервые на территории постсоветских стран ввели в законодательное поле институт брачного договора. Это стало первым шагом и послужило дальнейшей законодательной поддержке договора в семейной сфере.

За последние годы принципиально изменился общий порядок регулирования семейных отношений, поскольку императивные предписания уступают свое место диспозитивному регулированию. Сегодня договорное регулирование семейных отношений закреплено в законе как один из основных принципов современного семейного права (ч. 2 ст. 7 СК), а договор рассматривается как источник семейного права наряду с нормами законодательства.

Названные законодательные положения являются определяющими, однако процесс создания теории договора в семейном праве требует времени и усилий. Поскольку на протяжении десятилетий в доктрине доказывался самостоятельный характер семейно-правовых норм и принципиально разграничивались нормы семейного и гражданского права развитие семейного законодательства в части, касающейся договоров, привело к своеобразным последствиям. ***Построение и основные подходы Семейного кодекса относительно договоров имеют существенные особенности.***

1. Первоначальным признаком является размещение нормативного материала. Как известно, Гражданский кодекс традиционно содержит отдельную Книгу — «Обязательственное право», одновременно в Семейном кодексе такого раздела нет и никогда не было. Нормы, регулирующие договорные отношения в семье, выглядят как нормативные «вкрапления» в общем массиве семейно-правовых норм. Эти нормы не сгруппированы в самостоятельном разделе СК, а «вмонтированы» в нормативные предписания соответствующих глав. Поэтому положение о договорах супругов размещены в главах, посвященных общей совместной собственности супругов (ст. 65, ст. 66, ст. 69, ст. 78 и другие); нормы относительно договоров между родителями относительно устройства детей — в главах, определяющие их личные и имущественные отношения (ст. 109, ч. 4 ст. 157, ст. 160 и другие).

2. Нормы СК, посвященные договорам, не моделируются по традиционному для ГК принципу, когда закон устанавливает права и обязанности каждой из сторон договора. Здесь нет привычного для цивилистики противопоставления должника и кредитора. Все без исключения положения СК Украины о договорах не «разводят» стороны в противоположные позиции, а, напротив, как бы объединяют их. Поэтому закон использует такие выражения, как: «супруги вправе договориться между собой о порядке пользования имуществом, принадлежащим на праве общей совместной собственности» (ч.1 ст.66 СК), «жена и муж имеют право разделить имущество по взаимному согласию» (ч.2 ст.69 СК), «супруги вправе заключить договор о предоставлении содержания одному из них» (ч.1 ст. 78 СК), «родители имеют право заключить договор относительно осуществления родительских прав и выполнения обязанностей тем из них, который проживает отдельно от ребенка» (ч. 4 ст. 157 СК) и другие. В результате участники семейных отношений действуют вместе, а не как противоположные по своим интересам контрагенты.

Такая особенность семейно-правовых норм о договорах является знаменательной. Возникает своеобразная ситуация, когда практика вынуждена дополнять нормативное предписание и моделировать тот или иной договор в обычном «юридическом порядке». Например, ч. 1 ст. 78 СК указывает, что супруги имеют право заключить договор о предоставлении содержания одному из них. Очевидно, что это лишь общее разрешение, направленное супругам. Закон предоставляет супругам право заключить договор о содержании, но не моделирует его основной юридический каркас. В конкретных договорах юридический текст

«разворачивается» по другому принципу. В них отмечается, что одна сторона обязуется предоставлять содержание другой стороне. Как известно, сторона, которая обязуется совершить определенные действия, является должником. Соответственно, вторая сторона, приобретающая право требовать осуществления таких действий, выступает в роли кредитора. Поскольку в семейном законодательстве фигура должника и кредитора нивелируется, СК избегает использования прямого указания на права и обязанности сторон. Позволяя супругам заключить договор о содержании, закон предоставляет возможность сторонам не только самостоятельно сформулировать свои права и обязанности, но и придать договору обычную договорную структуру, перевести отношения сторон в плоскость модели «кредитор-должник».

3. Среди норм СК Украина, содержащих ссылки на договоры, можно выделить два самостоятельных их вида. В частности, существуют нормы, которые закрепляют: а) более или менее полные модели договоров; б) информацию о договорах, модель которых не определена. К первому виду (более или менее полные модели договоров) относятся договоры, анализ которых дает в целом возможность определить их правовую природу и содержание. К этому виду можно, например, отнести договор о разделе имущества супругов (ч. 2 ст. 69 СК). Закрепленная в законе модель позволяет более-менее точно определить права и обязанности сторон, юридическую характеристику договора, а также установить его форму. В целом семейное законодательство отмечается слабой разработкой договорных конструкций. Даже те договоры, которые закреплены в законе как наиболее полные, не имеют логического построения и далеко отстают от нормативных конструкций договоров в гражданском праве. Исключение составляет лишь брачный договор, которому посвящено все внимание семейного закона.

Кроме этого СК закрепляет нормы, которые содержат информацию о договорах, но не определяют их модель. Например, в ч. 3 ст. 61 СК указано: если одним из супругов заключен договор в интересах семьи, то деньги, другое имущество, в том числе гонорар, выигрыш, которые были получены по этому договору, являются объектом права общей совместной собственности супругов. Эта тема дополняется в ч. 4 ст. 65 СК: договор, заключенный одним из супругов в интересах семьи, создает обязанности для второго супруга, если имущество, полученное по договору, было использовано в интересах семьи. В указанных случаях закон устанавливает последствия совершения договоров одним из супругов. Однако, собственно договоров, которые вызывают возникновение этих последствий, он не определяет. Словосочетание «договор, заключенный в интересах семьи», может означать любой договор с точки зрения его традиционной типовой принадлежности. Это может быть договор купли-продажи (договоры о передаче имущества в собственность), договор найма жилья (договоры о передаче имущества в пользование), договор займа или банковского кредита (договоры о предоставлении услуг) и т.д. Что касается основного признака — заключение договора в интересах семьи, то он не очевиден и должен устанавливаться в зависимости от всех обстоятельств дела. Поэтому один и тот же договор может быть признан «семейным» или «несемейным».

4. В науке гражданского права является аксиомой тот факт, что участники договорного процесса в имущественном аспекте являются независимыми друг от друга. Именно это обстоятельство дает им возможность выступать в роли оферента и акцептанта, когда одна сторона может предложить определенное благо (вещи, деньги, результат работ, эффект услуги) взамен на другое благо. Обслуживание



товарооборота является основной «задачей» гражданских договоров. На этом основании в цивилистической доктрине выделяют: а) договоры, обслуживающие товарооборот (обмен благ, имеющих экономическую форму товара); б) договоры организационные, направленные на организацию будущего товарооборота, т.е. такие, которые не имеют имущественного характера, хотя определяют появление таких правоотношений в будущем (предварительные договоры, учредительные договоры и др.) [5, С. 851].

Впрочем, существует еще один пласт договоров, которые нельзя отнести ни к первому, ни ко второму виду. Их принципиальной особенностью является то, что будущие участники договора не являются посторонними друг другу лицами и изначально связаны между собой определенной экономической а соответственно — и правовой связью. Между ними существует экономическая общность (общий интерес), на основе которой стороны и заключают свой договор. Речь идет об отношениях, которые имеют место между участниками общей совместной собственности (в более широком аспекте можно говорить об отношениях сторон, имеющих любую общность или общий интерес). Существует целый ряд «внутренних» договоров, опосредующих сосуществование лиц, включенных в имущественную общность. Это договоры, направленные на преобразование, упорядочение и прекращение такой общности. В гражданском праве такие договоры также имеют место — «внутренние» договоры между участниками общей долевой собственности, в частности, договор между сособственниками о порядке владения и пользования общим имуществом (ст. 358 ГК), договор о принадлежности плодов, продукции и доходов от использования общего имущества (ст. 359 ГК), договор о выделе в натуре доли из недвижимого имущества (ч. 3 статьи 364 ГК), договор о разделе наследственного имущества (ст. 1278 ГК), договор об изменении размера доли в наследстве (ст. 1267 ГК) и другие. Однако в отличие от семейного в гражданском праве удельный вес и значение таких договоров невелико, они явно не относятся к основным группам и видам цивилистических договоров.

В противовес этому в семейно-правовой сфере они имеют широкое представительство, что объясняется особенностями этих отношений. К таким договорам можно отнести договор о разделе имущества супругов или выделе доли из общего супружеского имущества, договор о преобразовании общей совместной собственности на общую долевую собственность, договор об определении порядка пользования общим имуществом супругов, родителей и детей иных членов семьи, отдельные элементы брачного договора и другие.

Во всех указанных случаях участников будущего договора связывает то обстоятельство, что они изначально являются сособственниками имущества. Целью договора является организация действий относительно общего имущества, прекращение общности имущества или ее трансформация (перевод общей совместной собственности в общую долевую собственность). Такие договоры не являются «товарооборотными» или организационными договорами. Они отличаются отсутствием цели обмена товара (благ), т.е. передачи товара взамен получения другого. Поскольку стороны являются сособственниками, они не противопоставляют свои имущественные интересы и не имеют того, что можно предложить «взамен». В литературе нередко договоры сособственников между собой относительно их общего имущества определяются в традиционных цивилистических параметрах — с точки зрения их односторонней или двусторонней природы, в аспекте реального или консенсуального характера. В частности, в таком русле анализировалась правовая природа договора супругов о

разделе общего имущества, когда этот договор определяется как двусторонний и консенсуальный [6, С. 15-16; 7, С. 24-25; 8, С. 145-148].

Очевидно, классификационные подходы, применяемые в гражданском праве при характеристике основной массы договоров («товарооборотных»), здесь не срабатывают. Тем более, что такие классификации имеют определенные границы и не охватывают всего многообразия существующих договоров. Тот факт, что такие «внутренние» договоры не обуславливают обмен благами, имеющими экономическую форму товара, и не направлены на организацию такого обмена в будущем, принципиально влияет на их юридическую характеристику. Поскольку одна сторона договора ничего не передает (не обязуется передать) другой стороне, а другая сторона не осуществляет (не обязана осуществить) взаимосвязанного предоставления вопрос о одностороннем или двухстороннем, возмездном или безвозмездном характере «внутренних» договоров ставиться не может. Поэтому такие договоры не укладываются в традиционные привычные договоров гражданского оборота.

5. Договоры в семейном праве, как и любые другие гражданско-правовые договоры, являются основанием возникновения субъективных прав и обязанностей. Существует своеобразный аспект соотношения норм законодательства и договора, который заключается в **особенностях соотношения субъективных семейных прав и обязанностей, возникающих из закона и из договора**. Это поясняется следующими обстоятельствами. Супруги, родители и дети, другие члены семьи и родственники в силу своего семейного статуса связаны между собой взаимными правами и обязанностями, которые закреплены в законодательстве. В семейном праве обязанность одного лица относительно второй возникает на основании закона, т.е. независимо от непосредственной воли участников семейных отношений.

Поскольку субъективные семейные права и обязанности имеют законодательную основу, возникает вопрос о целесообразности и оправданности их установления с помощью договора. Если определенные семейные отношения урегулированные законом, то договором стороны могут: а) детализировать нормативное предписание не выходя за их пределы и конкретизировать свои субъективные права и обязанности; б) повысить законодательный стандарт и закрепить такие субъективные права и обязанности, которые не закреплены в законодательном минимуме требований к сторонам.

#### ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:

1. Бошко В. Очерки советского семейного права / Перераб. и доп. д.ю.н. проф. В. А. Рясенцевым. — Киев: Госполитиздат УССР, 1952. — 372 с.
2. Матвеев Г. К. Советское семейное право: Учеб. — М.: Юрид. лит., 1985. — 208 с.
3. Еремеев Д. Ф. Право личной собственности в СССР. — М. 1958. — 150 с.
4. Яковлев В. Ф. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений. Свердловск., 1972. — 212 с.
5. Гражданское право: учеб.: в 3 т. / Е. Н. Абрамова, Н. Н. Аверченко, Ю. В. Байгушева / [под. ред. А. П. Сергеева. — М., 2009. — Т. 1. — 1008 с.
6. Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні: Автореф. дис. ...канд.юр.наук. — К., 2001. 21 с.
7. Жилинкова И. В. Брачный контракт (договор). — Х., 2001. — 117 с.
8. Сімейне право України: Підручн. / [за ред. Гопанчука В. С.]. — К., 2002. — 299 с.



**Красицька Лариса Василівна**

*доцент кафедри цивільного права і процесу Донецького національного університету, кандидат юридичних наук, доцент*

**БАТЬКИ ЯК ЗАКОННІ ПРЕДСТАВНИКИ СВОЇХ МАЛОЛІТНІХ ТА НЕПОВНОЛІТНІХ ДІТЕЙ**

Прийняття Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. і Сімейного кодексу України від 10 січня 2002 р. та набрання ними чинності з 1 січня 2004 року вказує як на певні досягнення у формуванні новітнього законодавства незалежної України, так і на започаткування нового етапу реформування цивільного та сімейного законодавства, про що свідчить постійне внесення змін до цих кодифікованих актів. В умовах реформування цивільного та сімейного законодавства інститут представництва набуває свого нового змістовного наповнення. Відносини законного представництва останнім часом викликають й підвищений науковий інтерес [1; 2], обумовлений як новелами правового регулювання, так і новітніми підходами у сучасній цивілістиці до інституту законного представництва, зокрема, достатньо дискусійною є точка зору, що представництво батьків щодо своїх малолітніх дітей не можна віднести до законного представництва, бо батьки виконують свої представницькі функції без спеціальних на те повноважень, іншими словами, законом такі повноваження не визначаються, а відтак представництво батьків не підпадає під ознаки законного представництва [2, С. 9].

Метою цього дослідження є визначення особливостей правового статусу батьків як законних представників своїх малолітніх та неповнолітніх дітей.

Слід зазначити, що в дореволюційній російській цивілістиці батьки не розглядалися як законні представники своїх дітей, ретельному дослідженню підлягав інститут батьківської влади. Д. І. Мейер зазначав, що законодавство розрізняє між неповнолітніми малолітніх (не досягли 17-літнього віку) і неповнолітніх у тісному сенсі (17-21-літнього віку), визнає за останніми значну здатність до цивільної діяльності, надає їм самим управляти їхнім майном, тобто вчиняти юридичні дії, пов'язані з управлінням, і відмовляє лише в праві приймати на себе зобов'язання без згоди піклувальників. Малолітні, говорячи взагалі, вважаються зовсім нездатними до цивільної діяльності [3, С. 94]. Хоча інститут представництва був відомий дореволюційному цивільному праву. Так, Г. Ф. Шершеневич вказував, що підставою, в силу якої виникає представництво, є закон або договір. Відповідно до того, представництво в силу закону називається законним або необхідним, а в силу угоди — договірним або добровільним. Законне представництво виникає у всіх тих випадках, коли особа позбавлена дієздатності, і представництво має своєю метою заповнити цей недолік. Такими є випадки опіки над малолітніми, божевільними, глухоніми, марнотратниками, а також представництво юридичних осіб [4, с. 97].

В радянському цивільному та сімейному праві батьків вже розглядають як законних представників своїх дітей при вчиненні правочинів, а також у суді та в інших установах [5, С. 329; 6, С. 232; 7, С. 187].

Відповідно до ч. 1 ст. 242 ЦК України батьки (усиновлювачі) є законними представниками своїх малолітніх та неповнолітніх дітей. Визначення батьків законними представниками своїх дітей викликає дискусію у цивілістиці. Так, Н. М. Єршова наголошує, що батьки, усиновлювачі і піклувальники не виступають в якості законних представників неповнолітніх у віці від 15 до 18 років при

вчиненні ними правочинів, так як останні укладаються самими неповнолітніми, хоча й за згодою батьків, усиновлювачів і піклувальників. Проте і вони є представниками неповнолітніх у широкому сенсі, тобто виступають у захист прав та інтересів неповнолітніх у всіх установах, у тому числі й судових, а також при укладенні майнових договорів [8, С. 10]. Я. Р. Веберс зазначає, що у радянській цивільно-правовій літературі склалася майже єдина точка зору, що батьки і піклувальники неповнолітніх у віці від 15 до 18 років не є їх законними представниками в області цивільного права... Відмовляючись визнавати піклувальників і відповідно батьків в якості законних представників, теорія цивільного права не дає їм також й іншої кваліфікації [9, С. 143].

І. А. Бірюков взагалі наголошує, що батьки не є представниками своїх дітей, обґрунтовуючи свою позицію, зокрема, тим, що відповідно до ст. 179 СК України аліменти, одержані на дитину, є власністю того з батьків, на чие ім'я вони виплачуються, і мають використовуватися за цільовим призначенням. Представник не може стати власником майна, одержаного на користь особи, яку він представляє. На підставі ст. 178 СК України дохід, одержаний від використання майна малолітньої дитини, батьки мають право використовувати на виховання та утримання дитини та на невідкладні потреби сім'ї. Представник зобов'язаний звітувати перед особою, яку він представляє, за використання її майна і не має права використовувати це майно на користь інших осіб. Як бачимо, із СК України не випливає того, що батьки є представниками своїх дітей. Правове становище батьків визначається батьківством (материнством), а не представництвом [10, С. 117].

Згідно з ч. 1 ст. 237 ЦК України представництвом є правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє. Відповідно до ст. 14 СК України сімейні права є такими, що тісно пов'язані з особою, а тому не можуть бути передані іншій особі. Якщо дитина або особа, дієздатність якої обмежена, не може самостійно здійснювати свої права, ці права здійснюють батьки, опікун або самі ці особи за допомогою батьків чи піклувальника.

Видається, що розглядаючи батьків як законних представників своїх дітей, слід виходити з поняття законного представництва у широкому значенні, що включає в себе як представництво у матеріальних правовідносинах, так і представництво у процесуальних правовідносинах.

Аналіз чинного цивільного та сімейного законодавства надає підстави стверджувати, що представництво батьками малолітніх дітей здійснюється як у майнових правовідносинах (наприклад, при укладенні правочину від імені малолітньої дитини), так і у сфері особистих немайнових правовідносин (наприклад, батьки визначають місце проживання дитини, яка не досягла десяти років). Основною ознакою представництва у цивільному праві є вчинення представником правочину не від власного імені, а від імені представляемого. Стаття 14 ЦК УРСР від 18 липня 1963 р. передбачала, що за неповнолітніх, які не досягли 15 років, угоди укладають від їх імені батьки (усиновлювача) або опікун. Відповідно до ч. 1 ст. 177 Сімейного кодексу України від 10 січня 2002 року батьки управляють майном, належним малолітній дитині, без спеціального на те повноваження. Батьки зобов'язані дбати про збереження та використання майна дитини в її інтересах. Якщо малолітня дитина може самостійно визначати свої потреби та інтереси, батьки здійснюють управління її майном, враховуючи такі потреби та інтереси.

Що ж стосується представництва батьками неповнолітніх дітей, то у сфері майнових відносин у «чистому вигляді» представництва не існує, оскільки стороною правочину виступає сам неповнолітній, батьки тільки дають згоду на вчинення неповнолітньою дитиною певних правочинів, визначених законом. Пункт 40 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затв. наказом Міністерства юстиції України від 3 березня 2004 р. № 20/5, передбачає, що неповнолітня особа вчиняє правочини, за винятком правочинів, передбачених статтею 31 та частиною першою статті 32 Цивільного кодексу України, за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників. Згода на вчинення неповнолітньою особою правочину має бути одержана від батьків (усиновлювачів) або піклувальника і органу опіки та піклування. На вчинення неповнолітньою особою, а також особою, цивільна дієздатність якої обмежена, правочину щодо транспортних засобів або нерухомого майна повинна бути письмова нотаріально посвідчена згода батьків (усиновлювачів) або піклувальника і дозвіл органу опіки та піклування.

Неповнолітня особа самостійно відповідає за завдану нею шкоду належним їй майном, і лише у разі недостатності такого майна субсидіарну відповідальність будуть нести батьки такого неповнолітнього. У сфері особистих немайнових відносин неповнолітні здійснюють особисті немайнові права самостійно, батьки їх не представляють. Так, якщо батьки проживають окремо, місце проживання дитини, яка досягла чотирнадцяти років, визначається нею самою (ч. 3 ст. 160 СК України); якщо батько змінив своє ім'я, по батькові дитини, яка досягла чотирнадцяти років, змінюється за її згодою (ст. 149 СК України); фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років, має право на вільне самостійне пересування по території України і на вибір місця перебування (ч. 2 ст. 313 ЦК України).

Отже, можна стверджувати, що у матеріальних правовідносинах батьки не є законними представниками своїх неповнолітніх дітей. Батьки надають допомогу неповнолітнім у здійсненні ними майнових прав та обов'язків, зокрема, шляхом дачі дозволу на вчинення відповідного правочину щодо нерухомого майна неповнолітньої особи.

Щодо ж стосується законного представництва батьками своїх малолітніх і неповнолітніх дітей у процесуальних відносинах, то відповідно до ч. 2 ст. 154 СК України батьки мають право звертатися до суду, органів державної влади, органів місцевого самоврядування та громадських організацій за захистом прав та інтересів дитини, а також непрацездатних сина, дочки як їх законні представники без спеціальних на те повноважень.

Б. М. Юрков вказує, що під судовим представництвом розуміють правовідношення, в силу якого одна особа — представник — здійснює в суді процесуальні дії від імені і в інтересах іншої особи з метою подання юридичної допомоги при розгляді цивільної справи... Судове представництво відрізняється від суміжних правових інститутів, наприклад, від представництва у цивільному праві. Метою представництва у цивільному праві є здійснення представником від імені і за рахунок представляемого певних юридичних дій (наприклад, укладення цивільно-правових угод). Метою судового представництва є захист представником у суді інтересів сторін, третіх осіб, а також допомога суду в установленні істини по справі. В цивільному праві при здійсненні угод представником завжди відбувається заміна представляемого представником. В судовому представництві поряд з участю представника може бути і особиста участь громадянина [11, С. 109-110]. Своєрідною ознакою цивільного процесуального представництва виступає

його мета, що передбачає отримання позитивного правового результату для особи, в інтересах якої діє процесуальний представник [12, С. 10].

Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. містить ст. 39 «Законні представники», частини 1 та 2 якої передбачають, що права, свободи та інтереси малолітніх осіб віком до чотирнадцяти років, а також недієздатних фізичних осіб захищають у суді відповідно їхні батьки, усиновлювачі, опікуни чи інші особи, визначені законом. Права, свободи та інтереси неповнолітніх осіб віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років, а також осіб, цивільна дієздатність яких обмежена, можуть захищати у суді відповідно їхні батьки, усиновлювачі, піклувальники чи інші особи, визначені законом. Суд може залучити до участі в таких справах неповнолітню особу чи особу, цивільна дієздатність якої обмежена.

Відповідно до ч. 1 ст. 18 СК України кожен учасник сімейних відносин, який досяг чотирнадцяти років, має право на безпосереднє звернення до суду за захистом свого права або інтересу.

Отже, у процесуальних правовідносинах батьки є завжди представниками малолітніх дітей і можуть бути представниками неповнолітніх дітей.

Таким чином, законне представництво необхідно розглядати виключно у широкому значенні як представництво у матеріальних правовідносинах і представництво у процесуальних правовідносинах. Батьки є законними представниками своїх малолітніх та неповнолітніх дітей, проте щодо малолітніх дітей вони є представниками у матеріальних і процесуальних правовідносинах, щодо неповнолітніх дітей вони є законними представниками лише у процесуальних правовідносинах.

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Керимов С. Г. Представництво за законом в цивільному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. — Київ, 2006. — 20 с.
2. Шаповал Л. І. Представництво в цивільному праві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. — Київ, 2007. — 20 с.
3. Мейер Д. И. Русское гражданское право [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://civil.consultant.ru/elib/books/45/page\\_13.html](http://civil.consultant.ru/elib/books/45/page_13.html).
4. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 года). — М.: Спарк, 1995. — 764 с.
5. Рясенцев В. А. Представительство и сделки в современном гражданском праве. — М.: Статут, 2006. — 603 с.
6. Советское гражданское право: Учебник. В 2-х частях. / [под ред. В. А. Рясенцева]. — 2-е изд., перераб. и дополн. — М.: Юрид. лит., 1986. — Ч. 1. — 560 с.
7. Рясенцев В. А. Семейное право. — М.: Юрид. лит., 1971. — 294 с.
8. Ершова Н. М. Охрана прав несовершеннолетних по советскому гражданскому и семейному праву. — М.: Юридическая литература, 1965. — 103 с.
9. Веберс Я. Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве / Латвийский государственный университет им. П.Стучки. — Рига: Зинатне, 1976. — 231 с.
10. Бірюков І. А. Співвідношення природних прав з цивільною правоздатністю і суб'єктивними правами батьків та дітей // Наукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України. Матеріали Круглого столу. 25 травня 2006 р., м. Київ. — Х.: Ксилон, 2007. — С. 113-118.

11. Цивільне процесуальне право України: [Підруч. для юрид. вузів і фак. / В. В. Комаров, В. А. Бігун, П. І. Радченко та ін.]; За ред. В. В. Комарова. — Х.: Основа, 1992. — 416 с.

12. Лазько Г. З. Правова природа процесуального представництва у цивільному процесі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. — Київ, 2006. — 19 с.



**Кухарев Олександр Євгенович**

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

## **ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАКЛИКАННЯ ДО СПАДКУВАННЯ СПАДКОЄМЦІВ ЗА ЗАКОНОМ ЧЕТВЕРТОЇ ЧЕРГИ**

1. Зарахування осіб до числа спадкоємців за законом здійснюється не лише за ознакою шлюбних чи сімейних зв'язків, а й за ознакою членства в сім'ї. Так, за правилом ст. 1264 Цивільного кодексу України (далі за текстом — ЦК України) у четверту чергу право на спадкування за законом мають особи, які проживали зі спадкодавцем однією сім'єю не менш як п'ять років до часу відкриття спадщини.

Таким чином, для закликання до спадкування в якості спадкоємця четвертої черги, особа повинна:

1) бути членом сім'ї спадкодавця;

2) проживати зі спадкодавцем однією сім'єю протягом п'яти років на день відкриття спадщини.

За проектом ЦК України у редакції від 25.08.1996 р. у четверту чергу право на спадкування за законом одержували рідні дядько та тітка спадкодавця, в той час як особи, які були членами сім'ї спадкодавця і проживали з ним не менше п'яти років до відкриття спадщини, відносилися до третьої черги спадкоємців за законом.

2. Цивільне законодавство не розкриває зміст терміну «член сім'ї». У зв'язку з цим, Верховний Суд України надав роз'яснення, що при вирішенні спору про право на спадщину осіб, які проживали зі спадкодавцем однією сім'єю не менш як п'ять років до часу відкриття спадщини (четверта черга спадкоємців за законом), слід враховувати правила ч. 2 ст. 3 СК України про те, що сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки. Зазначений п'ятирічний строк повинен виповнитися на момент відкриття спадщини і його необхідно обчислювати з урахуванням часу спільного проживання зі спадкодавцем однією сім'єю до набрання чинності СК України (п. 21 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. № 7).

Відповідно до п. 211 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України доказом постійного проживання разом зі спадкодавцем можуть бути: довідка житлово-експлуатаційної організації, правління житлово-будівельного кооперативу, відповідного органу місцевого самоврядування про те, що спадкоємець безпосередньо перед смертю спадкодавця проживав разом зі спадкодавцем; копія рішення суду, що набрало законної сили, про встановлення факту своєчасного прийняття спадщини; реєстраційний запис у паспорті

спадкоємця або в будинковій книзі, який свідчить про те, що спадкоємець постійно проживав разом зі спадкодавцем на час відкриття спадщини, та інші документи, що підтверджують факт постійного проживання разом зі спадкодавцем.

Як члени сім'ї спадкодавця право на спадкування за законом можуть набувати, насамперед, особи, які перебували зі спадкодавцем у фактичних шлюбних відносинах; мачуха (дружина батька), пасинок (син чоловіка чи дружини від попереднього шлюбу), падчерка (дочка чоловіка чи дружини від попереднього шлюбу), зведені брати та сестри (діти від попереднього шлюбу вітчима чи мачухи) тощо. Таким чином, до членів сім'ї спадкодавця відноситься необмежене коло осіб. Слід підкреслити, що ст. 1264 ЦК України прямо не конкретизує осіб, які визнаються спадкоємцями четвертої черги, що в свою чергу може спровокувати численні судові спори, коли зовсім стороння особа буде наполягатиме на визнанні її членом сім'ї спадкодавця.

Правила ст. 1264 ЦК України не стосуються дітей, влаштованих у прийомні сім'ї та дитячі будинки сімейного типу. Крім того, до числа спадкоємців четвертої черги не входить особа, яка хоча і проживала спільно зі спадкодавцем, але перебувала у зареєстрованому шлюбі з іншою особою.

3. Особливість закликання до спадкування спадкоємців за законом четвертої черги полягає в тому, що в усіх випадках факт проживання спадкоємця зі спадкодавцем *має бути встановлений судом* (п. 1.6 розділу 1 частини III Методичних рекомендацій щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтв про право на спадщину та свідоцтв про право власності на частку в спільному майні подружжя). Причому підлягають встановленню: 1) факт спільного проживання зі спадкодавцем однією сім'єю; 2) тривалість такого проживання не менш як п'ять років до відкриття спадщини.

Судова процедура у цих відносинах необхідна для встановлення фактів, що мають юридичне значення та пов'язана із допитом свідків, дослідженням письмових доказів тощо. Вказані дії виходять за межі компетенції органів нотаріату, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення (ст. 1 Закону України «Про нотаріат»).

Суд розглядає справи про встановлення фактів, що мають юридичне значення за правилами ЦПК України в порядку окремого провадження.

4. Закликання особи до спадкування відповідно до ст. 1264 ЦК України здійснюється на підставі юридичного складу, що komponується з наступних елементів:

- проживання зі спадкодавцем однією сім'єю;
- тривалість проживання зі спадкодавцем однією сім'єю не менш як п'ять років до часу відкриття спадщини;
- смерть спадкодавця;
- прийняття спадщини.

При цьому рішення суду в досліджуваних правовідносинах виступає лише способом фіксації наявності відповідних обставин та подається нотаріусу на підтвердження перших двох юридичних фактів складу. А відтак, на нашу думку, рішення суду не є окремим юридичним фактом та само по собі не породжує виникнення правовідношення спадкування.





## **Зайцев Олексій Леонідович**

*начальник кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, доцент, кандидат юридичних наук*

### **ЧАС ВІДКРИТТЯ СПАДЩИНИ**

За загальним правилом спадщина відкривається внаслідок смерті особи або оголошення її померлою (ч. 1 ст. 1220 ЦК України). Значення відкриття спадщини полягає в тому, що саме з відкриттям спадщини виникають спадкові правовідносини. В загальному вигляді проблема полягає в тому, що вичерпний перелік моментів, з яких починають перебігати строки для прийняття спадщини, передбачені в ЦК України, був розширений за рахунок нормотворчої діяльності Верховного Суду України. Систематизація моментів відкриття спадщини дозволить вирішити важливе наукове завдання — класифікувати новий юридичний факт, за яким відкривається спадщина, та практичне завдання — належним чином захистити права можливих спадкоємців.

Законодавець в ЦК України припускає відкриття спадщини за двома різними по своїй природі та взаємовиключними юридичними фактами. Перший юридичний факт — смерть фізичної особи. В науці цивільного права його традиційно відносять до подій, навіть як що спадкодавець став жертвою умисного вбивства (ч. 1 ст. 1224 ЦК України). Другий юридичний факт — оголошення фізичної особи померлою. В класифікації юридичних фактів це подія, тому що проявляється воля спадкоємця (заявника), оскільки в заяві до суду треба зазначити «для якої мети необхідно заявникові ... оголосити особу померлою» (ст. 247 ЦПК України). Не слід плутати відкриття спадщини (як події) і відкриття спадкової справи (як дії), оскільки ці юридичні фати породжують різні наслідки. При відкритті спадщини виникають матеріальні права на її прийняття або відмову на її прийняття, у спадкоємців. Нотаріальний процес в якості наслідку передбачає фіксування та констатацію наявності прав у спадкоємців та інших осіб.

Часом відкриття спадщини є день смерті особи або день, з якого вона оголошується померлою ч. 2 ст. 1220 ЦК України. Під днем смерті слід розуміти конкретну календарну дату (добу). Не слід плутати смерть особи та реєстрацію смерті фізичної особи. Юридично особа вважається померлою з моменту, коли зроблений відповідний запис про смерть особи органами РАГСу. Тому довідка про смерть (відповідної форми) або судове рішення про оголошення особи померлою (яке набрало законної сили) це лише підстава для відповідної реєстрації смерті фізичної особи зі зазначенням дати її смерті. Якщо дата фактичної смерті невідома наприклад при оголошенні особи померлої, то в свідочстві про смерть обов'язково повинен бути вказаний місяць або рік смерті (набрання судового рішення законної сили). У цьому випадку часом відкриття спадщини слід вважати останній день вказаного місяця або року.

Якщо протягом однієї доби померли особи, які могли б спадкувати одна після одної, спадщина відкривається одночасно і окремо щодо кожної з них (ч. 3 ст. 1220 ЦК України). Ці поодинокі випадки як правило носять характер смерті від екстраординарних умов (ДТП, катастрофа, руйнування будинку). Зрозуміло, що зазначені особи не можуть успадкувати один після іншого, навіть якщо в одну добу гине одна особа, а через декілька годин інша, але в цю ж добу. Такі спадкоємці називаються комморієнтами. Виняток з цього правила полягає в тому, що коли кілька осіб, які могли б спадкувати одна після одної, померли під час спільної для них небезпеки (стихійного лиха, аварії, катастрофи тощо),

припускається, що вони померли одночасно. Але зрозуміло, що про таку презумпцію можна казати лише при оголошенні особи померлим. У цьому разі спадщина відкривається одночасно і окремо щодо кожної з цих осіб незалежно від доби, в яку вони померли. Найімовірніше всього зазначені обставини — стихійне лихо, аварія, катастрофа тощо мають бути тривалими (більше однієї доби або захоплювати кілька годин між добами) та безперервними.

ПВС України ввів нове правило, згідно якого часом відкриття спадщини помертньо реабілітованих осіб є день прийняття рішення районною комісією з питань поновлення прав реабілітованих про повернення майна реабілітованого або відшкодування його вартості спадкоємцям першої черги. Коло спадкоємців першої черги визначається на день винесення цього рішення. В класифікації юридичних фактів такий момент відкриття спадщини на нашу думку слід віднести до дії, оскільки він безпосередньо пов'язаний з волею зацікавлених осіб, що звертаються до відповідного органу про захист майнових прав спадкоємців реабілітованих осіб.

Правове значення перерахованих моментів відкриття спадщини полягає в тому, що саме на цей момент в часі: визначається законодавство, яке буде регулювати спадкові правовідносини (відносини спадкування регулюються правилами ЦК України, якщо спадщина відкрилася не раніше 1 січня 2004 року. У разі відкриття спадщини до зазначеної дати застосовується відповідні правила Цивільного кодексу Української РСР, у тому числі щодо прийняття спадщини, кола спадкоємців за законом. У разі коли спадщина, яка відкрилася до набрання чинності ЦК України і строк на її прийняття не закінчився до 1 січня 2004 року, спадкові відносини регулюються ЦК України); встановлюється місце відкриття спадщини; визначаються коло спадкоємців, які призиваються до спадкування; встановлюються обсяг та зміст спадкової маси; починають перебігати строки для прийняття спадщини; припиняються особисті зобов'язання спадкодавця; починають перебігати строки для прийняття спадщини, тощо.



### **Пономаренко Оксана Михайловна**

*докторант кафедри громадянсько-правових дисциплін, господарственного и трудового права Харьковского национального педагогического университета имени Г. С. Сковороды, кандидат юридических наук, доцент*

## **НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДОГОВОРНЫХ СЕМЕЙНЫХ ОТНОШЕНИЙ**

В последнее время на страницах юридической литературы все чаще появляются исследования, посвященные договорному регулированию семейных отношений. И это не случайно, ведь семейный договор является новым институтом гражданского права, и естественно привлекает пристальное внимание и интерес исследователей. Теоретическое изучение договорного регулирования семейных отношений на сегодняшний момент является актуальным предметом научных исследований и требует тщательного и всестороннего изучения. В тоже время следует отметить, что активное изучение семейных договоров отодвинуло в тень проблему их нормативного регулирования. В этой связи абсолютно обоснованным является предостережение С. А. Погребного о невозможности пренебрежительного отношения к государственному регулированию договорных гражданских

отношений как к чему-то второразрядному, несущественному [1, С. 76-83].

Относительно нормативного регулирования семейных отношений в научной литературе иногда высказываются мнения о том, что в этом проявляется вмешательство государства в частную жизнь индивида. В тоже время исследователи подчеркивают, что «в тех границах, в которых семейные отношения допускают правовое воздействие, правовое регулирование в первую очередь осуществляется для того, чтобы обеспечить упорядоченность и стабильность» [2; С. 106] семейных отношений и с этой целью «государство пытается не только с помощью семейного, но и других отраслей права нормализовать, упорядочить процесс образования и распада семейных союзов, обеспечить в рамках семьи позитивное с точки зрения общества поведение ее членов» [3, С. 39]. Таким образом, для семейных, в том числе и для договорных семейных отношений нормативное регулирование является необходимым. Так, еще в начале XX века известный российский цивилист А. И. Загоровский отмечал, что «современное семейное право развивается при весьма деятельном участии государства, которое, изъявши из рук церкви брачное право, строит его на началах общекультурных, не связанных с вероисповедными различиями, а в других отделах семейного права стремится провести принципы равноправия, покровительства и защиты слабейших членов семейного союза» [4]. Необходимость государственного регулирования семейных отношений не утратила своей актуальности и в наше время. Более того, на международной конференции, посвященной состоянию и проблемам развития семейного права в переходный период в посткоммунистических странах, проходившей в 1995 году в Праге, Хэрри Вилкен, Сэнфорд Кац, Линн Вордл и другие европейские ученые предостерегали «восточноевропейских реформаторов от излишнего увлечения автономией индивида в ущерб и без того незначительному воздействию государства на регулирование некоторых аспектов семейных отношений» [5, С. 101-102]. Таким образом, несмотря на расширение диспозитивных начал в семейном праве, роль нормативного регулирования семейных отношений является достаточно значимой.

Вопросы нормативного регулирования договорных отношений исследовались многими учеными, к числу которых относятся М. И. Брагинский [6], И. В. Жилинкова [7], М. Ф. Казанцев [8, С. 99-100], С. А. Погребной [1, С. 76-83], Б. И. Пугинский [9, С. 79-84], М. Н. Сибилёв [10], Ю. А. Тихомиров [11, С. 27-35], В. Л. Яроцкий [12, С. 114-122] и другие. Следует, однако, отметить, что предметом таких исследований является либо договор в общетеоретическом значении, либо гражданско-правовой договор. Изучение же нормативного регулирования семейных договоров практически не проводится. Несмотря на то, что семейный договор является разновидностью гражданского договора, все же нельзя отрицать наличие определенной специфики как у семейных договоров, так и у их нормативного регулирования. Такие особенности обусловлены спецификой семейных отношений как предмета правового регулирования. Сказанное позволяет придти к выводу о том, что семейные договоры и их нормативное регулирование требуют самостоятельных теоретических исследований.

Целью же настоящей статьи является определение роли нормативного регулирования в регламентации тех семейных отношений, которые могут быть урегулированы посредством заключения договора. Такие отношения в рамках данной работы, с некоторой долей условности, будем называть договорными семейными отношениями. При этом необходимо иметь в виду, что предметом семейного договора могут быть как урегулированные семейным

законодательством отношения, так неурегулированные им. Например, в соответствии с ч. 4 ст. 2 СК Украины семейное законодательство не регулирует семейные отношения между двоюродными братьями и сестрами, тетей, дядей и племянницей, племянником и между другими родственниками по происхождению. Однако в соответствии с ч. 2 ст. 9 СК Украины таким лицам предоставлено право урегулировать свои отношения по договоренности (договору), если это не противоречит требованиям СК, других законов и моральным основам общества. Очевидно, что такие отношения, не будучи урегулированными нормами СК Украины, вместе с тем относятся к предмету правового регулирования.

При этом, необходимо отметить, что нормативное регулирование имеет значение для обеих названных выше групп семейных отношений. Однако его роль является настолько многоаспектной, что в рамках данной статьи не представляется возможным провести исследование в полном объеме. Поэтому здесь будут рассмотрены лишь некоторые, на наш взгляд, наиболее значимые аспекты нормативного регулирования семейных договоров.

Во-первых, в нормативных актах определяется сфера правового регулирования семейных отношений. Это имеет большое значение и для области договорного регулирования, ведь семейный договор является одним из правовых регуляторов, и соответственно может регламентировать только те семейные отношения, которые могут подпадать под воздействие права. Специфика же семейных отношений такова, что не все они могут существовать в форме правовых отношений, большая их часть находится за пределами правового регулирования. М. В. Антокольская, исследуя труды цивилистов России конца XIX — начала XX века отмечает, что вопрос о том, в какой мере семейные отношения вообще могут быть урегулированы правом занимал ученых конца XIX — начала XX века не меньше, чем вопрос о месте семейного права в системе отраслей частного права [13, С. 37]. Ученые того времени подчеркивали, что далеко не все отношения, складывающиеся между членами семьи допускают правовое регулирование. Так, например, К. П. Победоносцев писал, что «посреди семейства взаимные отношения членов представляются в сущности своей естественными, нравственными, но не юридическими отношениями» [14, С. 11]. Похожую позицию занимал и Г. Ф. Шершеневич, указывая, что «физический и нравственный склад семьи создается помимо права. Введение юридического элемента в личные отношения членов семьи представляется не всегда удачным и чаще всего не достигающим цели» [15, С. 528-529]. Такую же особенность семейных отношений отмечают и современные ученые, подчеркивая, что «отношения в семье между ее членами (семейные отношения) относятся к числу таких, где существенно ограничивается применение норм права. Это связано с их лично-доверительным характером. Они определяются, главным образом, не законом, а нравственными, моральными правилами» [16, С. 7-8], поэтому «вне сферы воздействия семейного законодательства остается довольно обширная область отношений между членами семьи, которые, исходя из их существа, невозможно регламентировать законом» [17, С. 8]. Более того, подчеркивается, что «не только личные, но и далеко не все имущественные отношения в семье можно регулировать правом, что объясняется спецификой функций, присущих семье» [18, С. 4].

Учитывая такую специфику семейных отношений, украинский законодатель в качестве одного из основных начал регулирования семейных отношений закрепляет правило о том, что семейные отношения регулируются лишь в той части, в которой это является допустимым и возможным с точки зрения интересов их участников и интересов общества. Необходимо отметить, что такое

требование предъявляется не только к актам семейного законодательства, но и к семейным договорам как одному из регуляторов семейных отношений. В этой связи возникает вопрос о сфере правового регулирования, т.е. о том, какие же семейные отношения могут быть урегулированы правом. И главенствующую роль в определении круга семейных отношений, подлежащих правовому регулированию, отводится именно нормативным актам. Именно они должны стать ориентиром для субъектов, желающих заключить семейный договор в вопросе определения предмета договорного регулирования. Как точно отмечает Л. М. Пчелинцева, «семейное законодательство выделяет из общей массы отношений, существующих в семье, только те, которые подлежат правовому воздействию в силу их существа и особой значимости» [17, С. 8]. Из сказанного, можно сделать вывод о том, что предметом семейного договора могут быть либо отношения, непосредственно урегулированные семейным законодательством, либо подобные им отношения. При этом под подобными (схожими) отношениями необходимо понимать отношения, в которых участвуют другие субъекты (отношения между которыми законодательством не урегулированы), но возникающие по поводу того же объекта, что и урегулированные семейным законодательством отношения. Например, семейный договор может быть заключен между тётёй и племянником по поводу предоставления содержания.

Стоит, однако, отметить, что, к сожалению, не все нормативные предписания семейного законодательства являются эталоном в определении сферы правового регулирования. Так, закрепляя в статье 55 СК Украины обязанность жены и мужа совместно заботиться о построении семейных отношений между собой и другими членами семьи на чувствах взаимной любви, уважении, дружбы, взаимопомощи, законодатель явно вышел за пределы предмета правового воздействия, создав почву для правового регулирования тех отношений, которые по своему существу не могут быть правом урегулированы. Тем самым, был создан опасный прецедент. Включив в сферу правового регулирования духовные отношения между членами семьи, законодатель допустил тем самым и возможность их договорного регулирования. А ведь, еще в начале XX века Г. Ф. Шершеневич писал, что «к семейным правам не должны быть причисляемы устанавливаемые законом права на взаимную любовь, уважение, почтение, потому что это мнимые права, лишённые санкции, — право имеет дело только с внешним миром, но не с душевным» [15, С. 529].

Во-вторых, провозглашая на законодательном уровне принцип свободы договора, государство, вместе с тем, устанавливает «правила игры». Это выражается в том, что акты гражданского, в том числе семейного законодательства «устанавливают правовой режим договора» [8, С. 99], т.е. определяют общие принципы семейно-правового регулирования, условия действительности договора, порядок заключения, изменения, расторжения семейного договора, признания его недействительным и т. п. Причем необходимо иметь в виду, что такие требования предъявляются ко всем семейным договорам. Кроме того, на законодательном уровне предусмотрены также и ограничения свободы договора, которые в семейно-правовой сфере имеют определенную специфику. Зачастую такие ограничения касаются субъектного состава. При этом следует отметить, что субъектами любого семейного договора могут быть только физические лица, являющиеся либо членами семьи, либо бывшими членами семьи. Кроме того, законодатель в большинстве случаев при регулировании конкретного семейного договора, исключает возможность выбора контрагента, предъявляя строгие требования к субъектному составу. Так, например, в

соответствии со статьей 78 СК Украины договор о предоставлении содержания может быть заключен только супругами. Ограничение свободы семейного договора выражается также в нормативном закреплении требований к форме конкретного договора, указании на существенные условия и т. п. И такое состояние законодательства является вполне оправданным, ведь «свобода не может существовать без четко определенных пределов. Как нет света без тени, добра без зла, так и свобода договора без границ не просто теряет смысл, но и не существует». [19, С. 84]

В-третьих, в семейном законодательстве наряду с нормами, определяющими правовой режим семейных договоров, существуют положения, применяемые только в том случае, когда стороны договор не заключили. И количество таких предписаний значительно превышает количество норм, регулирующих договорные отношения. Можно сказать, что семейное законодательство практически полностью состоит из нормативных предписаний, регулирующих семейные отношения субъектов, не пожелавших заключить договор, и лишь с небольшим вкраплением норм, регламентирующих заключение семейных договоров. При этом законодатель, зачастую, очень лаконичен в нормативной регламентации конкретных семейных договоров. Такое состояние законодательства обусловлено тем, что некоторые сферы семейных отношений требуют обязательного правового регулирования, и если стороны самостоятельно свои отношения не урегулировали, этот вакуум должен быть заполнен государством. Таким образом, нормативное регулирование некоторых семейных отношений является альтернативным их договорному регулированию и право выбора регулятора принадлежит субъектам соответствующих отношений.

На первый взгляд, кажется, что никакой роли такое нормативное регулирование для договорных отношений не имеет. Ведь такие нормативные предписания применяются только тогда, когда договор отсутствует. На самом же деле, их роль нельзя умалять. Можно выделить, по крайней мере, два аспекта рассматриваемого нормативного регулирования. Прежде всего, если отношения между членами семьи урегулированы действующим законодательством посредством диспозитивным норм, субъекты при формулировании условий договора могут ориентироваться на нормативные предписания с целью исключения их дублирования в тексте договора. Таким образом, договор будет создавать новое правило поведения, отличное от правила, выработанного государством, и тем самым будет выполнять функцию регулятора семейных отношений. Если же у субъектов, семейные отношения между которыми законодательством не урегулированы, возникла потребность в их договорном регулировании, они также могут ориентироваться в формулировании условий договора на нормативные предписания, которые регламентируют подобные отношения между другими членами семьи.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что даже те три аспекта нормативного регулирования семейных договоров, которые рассмотрены нами выше, с достаточной полнотой свидетельствуют о важной роли нормативного регулирования договорных семейных отношений.

#### **ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:**

1. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: Монографія. — К.: Правова єдність, 2009. — 304 с.

2. Жилинкова І. В. Майнові відносини членів сім'ї: цілі та засоби правового регулювання // Вісник Академії правових наук України. — 2000. — № 2 (21). — С. 106-114.
3. Косова О. Ю. Семейное и наследственное право России: Учебное пособие. — М.: Статут, 2001. — 311 с.
4. Загоровский А. И. Курс семейного права. [2-е изд, испр].- Одесса: Типография Акционерного Южно-Русского Общества Печатного Дела, 1909.
5. Дюжева О. А. Международная конференция по семейному праву // Вестник Московского университета. Серия 11 «Право». — 1999. — № 1. — С. 101-104.
6. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения [изд. 2-е, испр]. — М.: Статут, 2000. — 848 с.
7. Жилинкова И. В. Правовой режим имущества членов семьи. — Харьков: Ксилон, 2000. — 398 с.
8. Казанцев М. Ф. Гражданско-правовое регулирование: исходные положения концепции // Правоведение — 2003. — № 2. — С. 90-102
9. Пугинский Б. И. Теория и практика договорного регулирования. — М.: Зерцало-М, 2008. — 224 с.
10. Сибільов М. М. Цивільно-правовий договір у механізмі правового регулювання у сфері приватного права // Проблеми законності. — 2003. — № 58. — С. 47-53.
11. Тихомиров Ю. А. Договор как регулятор общественных отношений // Правоведение. — 1990. — № 5 — С. 27-35.
12. Яроцкий В. Л. Нормативно-організаційні й саморганізаційні засади правового регулювання цивільних відносин // Проблеми законності. — 2009. — № 100. — С. 114-122.
13. Антокольская М. В. Место семейного права в системе отраслей частного права (по трудам цивилистов России конца XIX — начала XX века) // Государство и право. — 1995. — № 6. — С. 30-40.
14. Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Ч. 2. Права семейственные, наследственные и завещательные. — М., 2003. — 656 с.
15. Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. — Тула: Автограф, 2001. — 720 с.
16. Комментарий к Семейному кодексу РФ / Отв. ред. И. М. Кузнецова. — М.: БЕК, 1996. — 512 с.
17. Пчелинцева Л. М. Семейное право России: Учебник для вузов. — Издательство НОРМА, 2000. — 672 с.
18. Муратова С. А., Тарсамаева Н. Ю. Семейное право: Учебное пособие. — М.: Новый Юрист, 1999. — 272 с.
19. Забоев К. И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. — СПб: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. — 278 с.



**Розгон Ольга Володимирівна**

*доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна, кандидат юридичних наук*

## **ІМ'Я ДИТИНИ: ОГЛЯД СУЧАСНОГО ЦИВІЛЬНОГО ТА СІМЕЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА**

Кожна людина бере участь у цивільних правовідносинах під певним ім'ям і лише в порівняно окремих випадках (наприклад, в авторських відносинах) — під псевдонімом (вигаганим ім'ям) або анонімно (без імені). Ім'я є одним із засобів індивідуалізації громадянина як учасника цивільних правовідносин.

Дані про фізичну особу фіксуються у відповідних документах, які посвідчують особу. При укладанні правочинів необхідною є перевірка документів фізичної особи.

Проте в одних випадках вимагається *встановлення всіх індивідуальних ознак особи*, в інших — *лише деяких або взагалі не вимагається*. Із введенням електронних (віртуальних) і новітніх комунікаційних та операційних технологій, електронних гаманців, електронних документів, із поширенням реєстраційних процедур все більшого значення набуває необхідність ідентифікації особи при здійсненні своїх цивільних прав. Разом з тим ім'я, хоч і є основним, не повністю відображає ідентифікаційні ознаки фізичної особи. За ст. 64 ЗУ «Про банки та банківську діяльність» банки зобов'язані ідентифікувати клієнтів (у тому числі фізичних осіб).

Зустрічаються випадки, коли навіть *застосування усіх трьох елементів імені не може забезпечити повної індивідуалізації фізичної особи*. Наприклад, коли зареєстровано сотню осіб з однаковим ім'ям, прізвищем та по батькові й виявлено, що вони мають однакову дату народження. Тому доцільним видається використання додаткових ідентифікуючих ознак, наприклад, фотографічного зображення особи, зазначення сімейного стану, дати та місця народження, ідентифікаційного номера, серії та номера паспорта тощо.

Право на ім'я є особистим немайновим правом і включає в себе:

1) *повноваження на власні дії*, до яких слід віднести повноваження на володіння іменем, його використання (ст. 296 ЦК України) і розпорядження (зміну) (ст. 295 ЦК України).

2) *повноваження на дії інших осіб*, що полягають у можливості вимагати від інших не порушувати право на ім'я фізичної особи, наприклад, вимагати звертатися до фізичної особи відповідно до її офіційного імені, право на псевдонім.

Повноваження вимагати від інших осіб звертатися до особи відповідно до її імені полягає в тому, що ніхто не має права на довільне спотворення в написанні чи вимові імені. Будь-яке спотворення, наприклад, шляхом перекичування імені, є порушенням цього права. Спотворення імені може бути і шляхом неправильної постановки наголосу, тому фізична особа при записі її імені у відповідних документах має право вимагати вказати правильний наголос в її імені, чим превентувати можливість відповідних зловживань з боку інших осіб [3, С. 403].

Використовуючи псевдонім, необхідно стежити за тим, щоб вигадане ім'я не співпадало з яким-небудь ім'ям конкретної особи, інакше матиме місце використання імені іншого громадянина.

3) *право вимагати захисту порушеного, оспореного або невизнаного права на ім'я*, наприклад, у випадку незаконного використання імені фізичної особи чи будь-якого іншого його порушення.



Ім'я громадянина є нематеріальним благом, яке захищається цивільним законодавством від порушень, зокрема від неправомірного використання його імені, спотворення або використання імені громадянина способами або у формі, які зачіпають його честь, гідність або ділову репутацію. І. А. Покровський зазначав, що чим багатшим є внутрішній зміст особи, тим більше вона дорожить своїм ім'ям. «Всім відомо, як дорожать своїм ім'ям старі аристократичні прізвища; але те, що раніше було тільки надбанням аристократії, з часом робиться загальною тенденцією людини, що зростає у свідомості своєї власної гідності» [2, С. 91]. Це цілком може бути застосовано і до нашого часу.

Ім'я необхідно людині для реалізації цивільних прав та обов'язків, що нормативно закріплено у ст. 28 ЦК України. Одночасно у ч. 3 цієї статті зазначено, що ім'я фізичній особі надається відповідно до закону.

Ім'я громадянина дається при народженні дитині за згодою батьків, по батькові привласнюється на ім'я батька, прізвище визначається прізвищем батьків.

За ч 4 ст. 13 ЗУ «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» підставою для проведення державної реєстрації народження дитини є визначені центральним органом виконавчої влади у сфері охорони здоров'я документи, що підтверджують факт народження дитини, а в разі їх відсутності — рішення суду. Так, за ч. 9 ст. 13 цього закону, у разі відсутності документів про народження дитини державна реєстрація її народження проводиться на підставі рішення суду про встановлення факту народження. Тобто, наприклад, за показами свідків або за висновком судово-медичної експертизи може бути підтверджено факт народження у судовому розгляді, що певна жінка є матір'ю дитини. Судово-медична експертиза (гінекологічна, біологічна тощо, у тому числі медико-генетична) у певній ситуації може бути необхідна для вирішення цілої низки питань, пов'язаних із походженням дитини.

У Правилах державної реєстрації актів цивільного стану в Україні (затв. Наказом Міністерства юстиції України від 18.10.2000 р. № 52/5) визначено, що підставами для проведення державної реєстрації народження дитини є:

а) медичне свідоцтво про народження, яке видається, якщо дитина народилася у медичному закладі. У разі народження дитини поза закладом охорони здоров'я державна реєстрація народження здійснюється на підставі медичного свідоцтва про народження (видається будь-кому з батьків або іншим особам, які провадитимуть реєстрацію народження дитини, усіма закладами охорони здоров'я, де приймаються пологи) або медичної довідки про перебування дитини під наглядом лікувального закладу;

б) медична довідка про перебування дитини під наглядом лікувального закладу. Так, для забезпечення реєстрації в органах реєстрації актів цивільного стану народження дитини, яка народилася поза лікувальним закладом, а також для забезпечення реєстрації народження дитини після закінчення 1 року з дня народження і до досягнення нею 16 років (у випадку, коли дитина перебувала під наглядом медичного закладу) заклад охорони здоров'я видає «Медичну довідку про перебування дитини під наглядом лікувального закладу», форма № 103-1/о.

в) акт, складений відповідними посадовими особами (капітаном судна, командиром, начальником потяга тощо) за участю двох свідків і лікаря або фельдшера (якщо лікар або фельдшер були на транспортному засобі), у випадку народження дитини на морському, річковому, повітряному судні, у потязі або в іншому транспортному засобі. У разі відсутності лікаря або фельдшера державна реєстрація народження здійснюється на підставі акта, складеного відповідними

посадовими особами та медичної довідки про перебування дитини під наглядом лікувального закладу;

г) лікарське свідоцтво про перинатальну смерть.

Ці документи подаються до органу державної реєстрації актів цивільного стану, де реєструється народження.

У разі народження дитини *поза закладом охорони здоров'я* при державній реєстрації в органах державної реєстрації актів цивільного стану *факт народження дитини* підтверджується медичною довідкою про перебування дитини під наглядом лікувального закладу (форма № 103-1/о) або рішенням суду.

Користуючись своїм правом на добровільність отримання медичної допомоги (ст. 49 Конституції України, ст. 284 ЦК), слід одразу після пологів *поза медичним закладом* викликати швидку медичну допомогу. Лікарі після огляду породіллі та дитини своїми висновками мають підтвердити *факт народження дитини*.

У порядку окремого провадження, зокрема, відповідно до вимог ст. 256 Цивільного процесуального кодексу України, суди розглядають справи про встановлення фактів, що мають юридичне значення (зокрема згідно з п. 7 ст. 256, справи про встановлення факту народження особи в певний час у разі неможливості реєстрації органом державної реєстрації актів цивільного стану факту народження).

Для встановлення судом факту народження дитини необхідно надати докази, що є підставами для реєстрації дитини (за Правилами державної реєстрації актів цивільного стану в Україні, які вказують підстави для проведення державної реєстрації народження дитини). Доказом народження дитини можуть бути й інші документи, які підтверджують факт її народження, а саме: індивідуальна картка вагітної та породіллі (обмінна карта), акт свідків про народження дитини (батьків, друзів, сусідів), довідка про перебування дитини під наглядом лікувального закладу (форма № 103-1/о) тощо.

За нормами Цивільного процесуального кодексу, відповідно до якого здійснюється цивільне судочинство, *свідок є учасником цивільного процесу*, яким може бути кожна особа, якій відомі будь-які обставини, що стосуються справи. Пояснення свідків є однією з підстав для встановлення судом наявності чи відсутності обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи.

В судовому порядку можуть бути встановлені факти, від яких залежить виникнення, зміна чи припинення особистих або майнових прав фізичних осіб, якщо законом не визначено іншого порядку їх встановлення.

У заяві про встановлення факту народження дитини не завадить обґрунтувати також необхідність визнання факту її народження. Наприклад, відсутність свідоцтва про народження дитини не дає отримати атестат про закінчення середньої школи, вступити до навчального закладу й отримати освіту, отримати паспорт громадянина України. А ці обставини порушують конституційні права людини.

Якщо перелічених документів більше ніж достатньо, щоб суд своїм рішенням встановив факт народження дитини і зобов'язав органи РАЦСу зареєструвати дитину відповідно до закону, можна готувати заяву про встановлення факту народження дитини [1].

Якщо *реєстрація народження дитини, народженої в іншій державі*, не була проведена компетентним органом такої держави чи дипломатичним представництвом або консульською установою України, підставою для проведення державної реєстрації в Україні є медичний документ іншої держави, що

підтверджує факт народження дитини, належним чином легалізований, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Ім'я громадянина — це категорія, в першу чергу, цивільного законодавства. Таке рішення повністю відповідає об'єктивним вимогам, що визначають сферу дії цивільного права, оскільки право на ім'я є особистим правом фізичної особи.

*Повноваження на володіння власним іменем* включає в себе передбачену законом можливість фізичної особи бути носієм відповідного прізвища, ім'я та по батькові. Право на присвоєння імені є лише однією з передумов виникнення повноваження на володіння ім'ям, яке здійснюється шляхом надання імені людині вперше. Право на присвоєння імені здійснюється батьками (усиновителями) чи опікунами, а в передбачених законом випадках — органами опіки та піклування або ж судом. Так, відповідно до чинного законодавства батьки зобов'язані не пізніше *1 місяця від дня народження дитини*, зареєструвати народження дитини в державному органі реєстрації актів цивільного стану, й одночасно присвоїти їй прізвище, ім'я та по батькові (ст. 144 СК України).

Проте цей строк істотного практичного значення не має, оскільки закон не містить тимчасових обмежень щодо державної реєстрації народження дітей і не передбачає юридичних санкцій за невчасне подання батьками заяви про народження дитини. Пропуск встановленого законом строку заяви про народження дитини не може бути підставою для відмови у державній реєстрації народження. У цьому випадку може йтися тільки про окремі особливості самої процедури державної реєстрації народження в органі РАЦСу.

За загальним правилом *структура імені* фізичної особи складається з *прізвища* (родового імені), *ім'я* (особистого імені) та *по батькові* (патріархального імені).

Ім'я надається при народженні та включає *прізвище, власне ім'я та по батькові* (якщо інше не впливає із закону або *звичаю національної меншини*, до якої вона належить), під яким фізична особа вступає у цивільні правовідносини. Перше правило відображає традицію, ментальність, а друге — виняток із загального правила. Це пояснюється тим, що в широкому значенні під поняттям «ім'я» більшістю народів СНД охоплюються прізвище, власне ім'я і по батькові, проте *національні звичаї* деяких національностей не знають такого поняття, як по батькові, і в офіційних особистих документах воно не зазначається.

Закон не передбачає будь-яких особливих умов для встановлення материнства і батьківства в тих випадках, коли батьки або один з них не досягли вісімнадцятирічного віку. Тому народження дитини в такій ситуації реєструється і материнство та батьківство осіб встановлюється в звичайному порядку. При цьому згоди батьків (осіб, які їх замінюють) неповнолітніх батька або матері на реєстрацію народження дитини не вимагається.

Отже, власне реалізація права на володіння ім'ям здійснюється внаслідок реалізації батьками (усиновлювачами) опікунами, а в передбачених законодавством випадках — органами опіки та піклування або ж судом іншого особистого немайнового права, а саме — права на присвоєння (надання) імені.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Зенкін Д. Встановлення факту народження дитини // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [www.smi.liga.net](http://www.smi.liga.net)
2. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. [4-е изд., испр.]. — М.: Статут, 2003. — 351 с.

3. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч. / [за заг. ред. Я. М. Шевченко]. — К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. — Ч. 1. — 692 с.



**Татаринцева Елена Александровна**

*доцент кафедри гуманітарних і соціально-економічних дисциплін  
Светлоградського філіала ННУ ВПО «Інститут Дружби народів Кавказа»,  
директор Светлоградського філіала ІДНК, кандидат юридических наук*

### **УСЫНОВЛЕНИЕ РЕБЕНКА БЕЗ СОГЛАСИЯ РОДИТЕЛЕЙ КАК ФОРМА ГОСУДАРСТВЕННОГО ВМЕШАТЕЛЬСТВА В СЕМЕЙНУЮ ЖИЗНЬ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ, ВЕЛИКОБРИТАНИИ И США**

1. Происходящий сегодня в Российской Федерации и странах общего права, таких как Великобритания и США, интенсивный процесс кардинального пересмотра взглядов на родительскую власть в семье имеет своей целью не только защитить права ребенка, но и повысить ответственность родителей по отношению к своим правам и обязанностям. Из теории «естественных прав» происходит взгляд, что в силу биологической связи со своими потомками, родители имеют собственнический интерес по отношению к своим детям, который является преимущественным по отношению к требованиям любого другого лица или государства. Как было сказано в одном из судебных решений начала XX столетия «несмотря на то, что право естественных родителей на охрану своих детей не является имущественным правом, в том самом смысле, как если бы ребенок являлся движимым имуществом... оно всегда считалось, даже в примитивных цивилизациях, одним из главнейших естественных прав» [5, Р. 1-9], и далее: «также, как лицо не может быть лишено даже одного доллара своей собственности без надлежащей правовой процедуры, было бы чудовищно представлять, что родитель может лишиться ребенка, не давая ему возможности своей защиты» [5, Р. 1-9]. Однако, если в XVIII-начале XX столетий, благодаря влиянию либеральной концепции, семья рассматривалась как частная сфера, находящаяся вне пределов государственного вмешательства, то сегодня, под влиянием общепризнанных принципов международного права, в частности ст. 8 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — Конвенция), провозглашающей право каждого на уважение его личной и семейной жизни, современная точка зрения заключается в том, что не существует такого явления как «невмешательство» государства в семейную жизнь. Государство вмешивается в семейную жизнь, рассчитывая на выполнение каждым членом семьи установленных государством правил поведения, однако оно оправдано только тогда, когда необходимо решить наиболее сложные вопросы, касающиеся, в частности принудительного исполнения обязанностей, а также защиты индивидуальных членов семьи по отношению друг к другу.

2. Положения п. 2 ст. 8 Конвенции о недопустимости вмешательства со стороны публичных властей в осуществление права на уважение каждого его личной и семейной жизни, нашли свое отражение в *принципе пропорциональности (соразмерности)*, который сформулирован как в российском,

так и в английском и американском законодательствах. Сущность его заключается в том, чтобы вмешательство государства между родителями и ребенком должно быть соразмерным правовым целям защиты их семейной жизни, однако к решению главного вопроса о соблюдении баланса между интересами ребенка и родителей, нарушение которого может привести к социально опасным явлениям, государства подходят различно, что ярко проявляется, в частности, в случаях усыновления ребенка без согласия его родителей, представляющего собой форму государственного вмешательства в семейную жизнь.

3. В законодательстве Российской Федерации право каждого на уважение его семейной жизни, нашло свое отражение в ч. 1 ст. 23 Конституции РФ, где говорится о праве каждого на неприкосновенность частной жизни, личной и семейной тайны, а также в закрепленном в п. 1.ст. 1 Семейного кодекса РФ принципе недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в дела семьи. Исходя из смысла конвенционных норм, понятие «произвольное» вмешательство следует рассматривать как вмешательство, не основанное на законе и не являющееся необходимым, в том числе для охраны здоровья и нравственности или защиты прав и свобод других лиц. Поскольку согласие на усыновление ребенка, даваемое его родителями, относится к числу одного из фундаментальных родительских прав, лишение этого права возможно только в строго определенных законом случаях, а именно, если родители: неизвестны или признаны судом безвестно отсутствующими; признаны судом недееспособными; лишены судом родительских прав; по причинам, признанным судом неуважительными, более шести месяцев не проживают совместно с ребенком и уклоняются от его воспитания и содержания (ст. 130 СК РФ). Таким образом, СК РФ устанавливает основания, при которых государство в лице его административных и судебных органов вправе вмешиваться в семейную жизнь, не спрашивая согласия родителей, а исходя исключительно из наилучшего обеспечения интересов ребенка, который нуждается в постоянной и любящей его семье. Вместе с тем, как раз это основание — интересы ребенка, не учтено в законодательном перечне, что может привести к нарушению баланса интересов между родителями и ребенком и нанести вред последнему. В частности, шестимесячный срок, когда родители не проживают совместно с ребенком и уклоняются от его воспитания и содержания, является слишком продолжительным для грудного или малолетнего ребенка, отсутствие надлежащей заботы о котором чревато серьезными негативными последствиями для его здоровья и развития. Сегодня в Российской Федерации наблюдается негативная тенденция усиления государственного вмешательства в дела семьи, которая обусловлена массовыми случаями лишения родителей их прав, а соответственно — возможностью усыновления детей без получения на это согласия их родителей, что в данных условиях, когда социальные институты поддержки семьи проявляют неспособность адекватно удовлетворять жизненно важные ее потребности, является необходимым. Вместе с тем, следует согласиться с мнением, что в действующем российском законодательстве необходимо предусмотреть более четкие и понятные критерии и механизмы, позволяющие разлучить ребенка с семьей лишь в самом крайнем случае [1], обеспечивая беспрепятственное осуществление своих прав всеми членами кровнородственной семьи ребенка, включая его биологических родителей.

4. В Великобритании, а именно в Англии и Уэльсе, к пониманию принципа пропорциональности(соразмерности) пришли лишь в первой декаде XXI столетия, подвергнув критике императивный подход «спасения ребенка», который был распространен в последнее десятилетие XX столетия и характеризовался

значительным вмешательством в семью со стороны органов социальной защиты. Апелляционный Суд Англии в недавно принятом решении по делу *SB v. A County Council; Re P* [2008] подчеркнул, что любой приказ о помещении на усыновление или о самом усыновлении, вынесенный без родительского согласия, должен быть соразмерен законодательной цели защиты благосостояния и интересов ребенка и меры, полностью лишаящие родителя семейной жизни с ребенком, могут быть приняты только в исключительных обстоятельствах. Таким образом, английский Закон об усыновлении и детях 2002 г. предусматривает лишь два основания для усыновления, при котором не требуется родительского согласия: 1) невозможность установить место пребывания родителя или опекуна ребенка или их признание судом недееспособными; 2) если это требует благосостояние ребенка [3]. Следует отметить, что под понятие «родитель» не подпадают лица, являющиеся биологическими отцами, но не установившими свое отцовство по отношению к ребенку. Однако, в отличие от предшествующего законодательства — Закона об усыновлении 1976 г., когда такой мужчина не являлся участником процесса усыновления, сегодня в соответствии с Законом о правах человека 1998 г., принятого в Англии в соответствии с требованиями Европейской конвенции, отец ребенка, не имеющий родительской ответственности, должен быть уведомлен о процессе усыновления и вправе принять в нем участие.

5. В США решение вопроса об усыновления детей без согласия родителей основывается на доктрине неприкосновенности частной семейной жизни или родительской автономии. Центральным в этой доктрине является презумпция того, что родители сами способны определять, где и каким образом воспитывать своих детей, и поэтому они могут осуществлять эти действия без вмешательства государства, поскольку только те, кто производит детей на свет, имеют право передавать их другим. Из традиции «делегирования прав» возникло убеждение, что государство и общество в целом доверяют биологическим родителям воспитывать и заботиться о детях, исполняя жизненно важную общественную функцию воспроизводства, обучения и воспитания граждан. В обмен, государство передает родителям, которые принимают на себя эту общественную ответственность, право на охрану и контроль за своими детьми. Если родители добровольно или принудительно не лишены своего родительского статуса, государство не имеет права перемещать детей от своих родителей с целью добиться их воспитания в «лучших» условиях. Презумпция родительской способности не относится к легко опровержимым. Из общего права происходит требование, что действительное намерение отказаться от родительских прав или принудительно лишить их должно быть доказано: только неформальная передача детей совершеннолетним лицам, не имеющим с ними кровнородственных связей, не является достаточным основанием. Из последних конституционных решений США вытекает требование о том, что основания для принудительного прекращения родительских прав должны быть очевидными и необходимо представить убедительные доказательства для определения родительской неспособности по воспитанию ребенка. Усыновление ребенка без согласия его родителей рассматривается американскими авторами как наиболее крайняя форма государственного вмешательства в семейную жизнь [7, p.146], неприкосновенность которой обеспечивается Биллем о правах Конституции США вместе с 13, 14 и 15 поправками к ней, которые обеспечивают правовые рамки, эквивалентные тем, которые устанавливает Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод [4, P. 269]. К основаниям, при которых не требуется получения родительского согласия на усыновление по законодательству

США относятся: 1) оставление ребенка на период от шести месяцев до одного года, однако в некоторых штатах, например, Миссури, этот период может быть уменьшен до 60 дней при оставлении ребенка, которому не исполнилось 6 месяцев [6]; 2) лишение свободы, как форма оставления ребенка; 3) пребывание ребенка в приемной семье свыше 12 месяцев; 4) совершение тяжкого убийства или причинение тяжких телесных повреждений в отношении одного из детей в семье [2]; 5) признание судом недееспособным; 6) употребление родителем ребенка запрещенных законом наркотиков.

При этом, когда государство добивается прекращения родительских прав, оно должно гарантировать, что надлежащие правовые процедуры не нарушают права биологических родителей ребенка. К этим правам относятся: право получать уведомление о возложении обязанностей, налагаемых штатом; право подавать возражение по поводу этих обязательств; право быть представленным адвокатом [7, Р. 147]. Поскольку сегодня в США делается акцент на важности сохранения кровнородственных связей между ребенком и его родителями, за исключением, если такое сохранение будет подвергать опасности благосостояние личности, усыновление ребенка без согласия его родителей рассматривается как «атака» на неприкосновенность семейной жизни и суды защищают против такого вторжения, ограничивая категорию людей, имеющих право обращаться в суд с заявлением о прекращении родительских прав.

#### **ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:**

1. Актуальные комментарии: Лукин: разлучать ребенка с семьей — крайняя мера [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://actualcomment.ru/news/23252>
2. Adoption Assistance and Child Welfare Act, 42 U.S.C. § 671. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://www.childwelfare.gov/systemwide/laws\\_policies/federal/index.cfm?event=federalLegislation.viewLegis&id=22](http://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/federal/index.cfm?event=federalLegislation.viewLegis&id=22)
3. Adoption and Children Act 2002, s.52 (1) (a)(b).
4. O'Halloran K. The Politics of Adoption. International Perspectives on Law, Policy & Practice. 2<sup>nd</sup> edn. — Brisbane: Springer, 2009.
5. Hollinger J.H. Adoption Law and Practice. Vol.1. Ch.1. — San Francisco: LexisNexis, 2010.
6. Missouri Statutes Annotated, § 453.040. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.moga.mo.gov/statutes/statutes.htm#T01>
7. Stein T. J. Child welfare and the law. 3<sup>rd</sup> ed. — Washington: CWLA Press, 2006.



**Труба Вячеслав Іванович**

*декан економіко-правового факультету, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Одеського національного університету імені І. І. Мечникова, кандидат юридичних наук, доцент*

## **ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПУБЛІЧНИЙ ІНТЕРЕС — ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМОДІЇ (НА ПРИКЛАДІ СІМЕЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА)**

Питання співвідношення приватного і публічного інтересів в приватному праві здавна привертає увагу вчених і науковців, однак до й сьогодні залишається не вирішеним. Стан врахування приватного і публічного інтересу в правовому регулюванні суспільних інтересів характеризує стан взаємодії особи, держави і суспільства. Їх оптимальне співвідношення можливе тільки при повазі інтересів один одного, при взаємній відповідальності і тільки в державі зі стабільною економікою, гарантованим забезпеченням державних соціальних стандартів. Особливо важливим і показовим це виявляється в правовому регулюванні сімейних відносин.

Становлення радянського сімейного законодавства в різні періоди характеризувалося різним відсотком впливу держави на шлюбні і сімейні відносини громадян — від самоусунення держави від регулювання існуючих і необхідних відносин — до значного втручання в сферу правового регулювання шлюбу та сім'ї. Науковці того часу по-різному ставилися до імперативності, а також до відображення інтересів держави і суспільства в правому регулюванні шлюбно-сімейних відносин. Одні вважали, що такого втручання недостатньо, і висловлювали аргументи щодо необхідності активної участі держави і суспільства, наприклад в процесах планування сім'ї, відтворення населення [1, С. 18]. Інші вважали, що «зарегульованість» сімейного законодавства не тільки не обмежує свободу осіб, а й навпаки, охороняє її. Як зазначав В. Ф. Яковлев, не визнається тільки така «свобода», яка означала б відсутність порядку в сімейних відносинах, уявляла б з себе розбещеність, зневагу до інтересів інших учасників відносин, прагнення до прав без обов'язків [2, С. 12-13]. Вважаємо, що його слова є актуальними і сьогодні.

Поняття «публічні інтереси» не має єдиного розуміння серед науковців. Найвдалішим, на нашу думку, є визначення, запропоноване Ю. О. Тихомировим, який визначає публічний інтерес як загальний інтерес, свого роду усереднення особистих, групових інтересів. Це суспільні інтереси, без задоволення яких неможливо, з одного боку, реалізувати приватні інтереси, з другого — забезпечити цілісність, сталість і нормальний розвиток організацій, держав, націй, соціальних прошарків, нарешті суспільства в цілому. Це — офіційно визнані інтереси, що мають підтримку держави і правовий захист. Отже, публічний інтерес є визнаний державою і забезпечений правом інтерес соціальної спільноти, задоволення якого слугує умовою і гарантією її існування і розвитку [3, С. 54-55]. Таким чином, публічний інтерес не зводиться лише до державного інтересу, більше того — існує нерозривний зв'язок між інтересами суспільства, його окремих груп (якими є і сім'ї), і держави. Говорячи про публічний інтерес, ми розуміємо і державний, і суспільний інтереси.

Публічний інтерес в сімейному праві є багатоманітним. Такий інтерес відображається в нормах сімейного законодавства. І сьогоднішнє законодавство встановлює, що сім'я є первинним та основним осередком суспільства (ч. 1 ст. 3 СК) і сьогодні держава бере під охорону сім'ю (ст. 5 СК), а саме: держава охороняє



сім'ю, дитинство, материнство, батьківство, створює умови для зміцнення сім'ї; держава створює людині умови для материнства та батьківства, забезпечує охорону прав матері та батька, матеріально і морально заохочує і підтримує материнство та батьківство; держава забезпечує пріоритет сімейного виховання дитини; держава бере під свою охорону кожную дитину-сироту і дитину, позбавлену батьківського піклування; ніхто не може зазнавати втручання в його сімейне життя, крім випадків, встановлених Конституцією України.

Останнє також гарантується Конституцією України (ст. 32). Крім цього, Конституція гарантує кожній людині право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості (ст. 23). Отже, саме в рамках охорони сім'ї державою, по-перше, обмежено її втручання в регулювання сімейних відносин (сімейні відносини регулюються лише у тій частині, у якій це є допустимим і можливим з точки зору інтересів їх учасників та інтересів суспільства), по-друге, обмежено свободу суб'єктів сімейних правовідносин в реалізації ними своїх прав.

Умовно, публічний інтерес, який відображено в СК України, можна класифікувати відповідно до правовідносин, які ним врегульовано (шлюбні відносини; відносини між батьками і дітьми; відносини з влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, відносини між іншими членами сім'ї та родичами). Відносини між суб'єктами сімейного права мають свою специфіку і відповідний публічний інтерес, який відображається в певному державному обліку, контролі, «патронаті», що здійснюється органами державної влади, місцевого самоврядування та їх посадовими особами.

Одним із чинників, який характеризує наявність публічного інтересу в сімейному законодавстві, є вимоги закону щодо державної реєстрації актів цивільного стану. Так, СК передбачає державну реєстрацію таких юридичних фактів: шлюбу (ст. 21, 27 СК), розірвання шлюбу (ст. 106, 107, 115 СК), народження фізичної особи (ст. 144 СК) та її походження (ст. 145-147 СК), зміну імені (ст. 148, 149 СК), зміну відомостей про місце народження та дату народження дитини, а також її походження у зв'язку з усиновленням (ст. 229-231 СК). Реєстрація цих фактів органом державної реєстрації актів цивільного стану має велике значення, оскільки по-перше, слугує захисту особистих немайнових та майнових прав осіб, визначенню цивільного статусу фізичної особи, спрощує встановлення родинних та сімейних зв'язків, може стати в нагоді при вирішенні питань про стягнення аліментів, спадкування, призначення пенсій, а також для врахування характеристики народонаселення. По-друге, слугує вихідними даними для обліку і дослідження соціально-демографічно, соціально-просторової структури населення держави.

Державній реєстрації окремих актів цивільного стану сімейним законодавством надається особливого значення. Так, за ст. 27 СК значення державної реєстрації шлюбу визначається як забезпечення стабільності відносин між жінкою та чоловіком, охорони прав та інтересів подружжя, їхніх дітей, а також в інтересах держави та суспільства. Всупереч цій нормі СК містить іншу норму, яка не відображає заінтересованість держави в стабільності сімейних відносин. Йдеться про ті норми сімейного законодавства, які надають певного правового значення так званим «фактичним шлюбом», а саме — положення ст. 74 СК щодо визначення правового режиму майна жінки та чоловіка, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому

шлюбі, а також положення ст. 91 СК щодо визнання права на утримання жінки та чоловіка, які не перебувають у шлюбі між собою.

Досить обґрунтовано положення СК щодо «обов'язку» держави прирівнювати до незареєстрованого шлюбу «фактичний» шлюб (співжиття, конкубінат) критикує В. М. Махінчук. На його думку, парадоксальність «фактичного» шлюбу полягає у тому, що люди добровільно відмовляються від того, аби їх стосунки та інтереси були під охороною держави шляхом взяття шлюбу, однак хочуть отримати певний захист у подальшому, про всяк випадок. Однак, у цьому випадку держава сама йде на порушення цього критерію (балансу) між публічними та приватними інтересами. Особа, що не хоче втручання держави у його особисті права (як то право на інтимне життя) шляхом реєстрації шлюбу, цілком достатньо володіє можливостями захисту свої інтересів за допомогою загальних засад цивільного законодавства, при цьому не варто спотворювати поняття «шлюбу», оскільки останній все ж регулює не тільки майнові правовідносини подружжя (людей), але й містить цілу низку інших важливих факторів (причин, умов), які мають враховуватись при вирішенні майнових питань подружжя, і навряд чи їх можна автоматично (чи механістично) поширювати на людей, які «просто» спільно проживають, не беручи свідомо шлюб, при цьому маючи напевно якісь аргументи на цю користь [4, С. 97]. Погоджуючись з наведеним, додамо, що на нашу думку, соціальний механізм фактичних відносин діє за іншими правилами, ніж відносини зрілих суспільних, і є не кращою формою для здійснення над ними патронажу з боку держави та суспільства. А називати шлюбом, визначення якого наводиться у ст. 21 СК, відносини які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою, недоречно.

На нашу думку, держава має сприяти державній реєстрації таких відносин, зокрема, законодавчо. СК України містить більш прогресивну норму порівняно з КпШС України щодо дотримання місячного строку з дня подання особами заяви про реєстрацію шлюбу і реєстрації шлюбу. Так, в ч. 2 ст. 32 СК прямо вказано, що у разі вагітності нареченої, народження нею дитини, а також якщо є безпосередня загроза для життя нареченої або нареченого, шлюб реєструється у день подання відповідної заяви або у будь-який інший день за бажанням наречених протягом одного місяця. Доцільно, вважаємо, закріпити в СК правило про можливість реєстрації шлюбу до спливу цього строку, якщо до органу державної реєстрації актів цивільного стану із заявою звертаються чоловік і жінка, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі.

Досить очевидно також проявляється публічний інтерес в зареєстрованих шлюбних відносинах і їх стабільності з огляду на зобов'язання держави в сфері дотримання соціальних гарантій щодо дітей та одиноких батьків. Збільшення кількості одиноких матерів (батьків) потребує додаткових коштів з державного бюджету на виплату різноманітних соціальних виплат — соціальних допомог (див.: розділ V-A Закону «Про державну допомогу сім'ям з дітьми» [5]), пенсій (ст. 44 Закону «Про пенсійне забезпечення» [6]) тощо.

Серед багатьох причин, які зумовлюють втручання держави в «приватні справи», є одна найпринциповіша, яка є характерною для багатьох держав, — це необхідність втручання в приватне життя осіб у разі порушення прав дітей. Заінтересованість держави і суспільства в охороні прав дітей складалася поступово, стаючи справою не сімейною, а суспільною. З цього приводу доречно навести думку Гегеля: «... Громадянське суспільство зобов'язане і має право наглядати за вихованням дітей і впливати на нього, присікаючи свавілля і

випадкові наміри батьків, оскільки воно має відношення до здатності людини стати членом суспільства» [7, С. 269]. Інститут захисту прав дітей сімейного законодавства характеризується поєднанням прав і обов'язків, за якого закріплення прав за дітьми передбачає появу чітко визначених обов'язків саме у держави в особі її органів і суспільства в особі органів місцевого самоврядування. При цьому, виконанням таких обов'язків забезпечується реалізація приватних за своєю природою інтересів.

Низка норм СК та інших законодавчих актів направлена на охорону майнових прав дітей. Це стосується, наприклад, прав дітей в сфері управління та розпорядження належним їм майном. Виправдане втручання держави існує у захисті житлових прав дітей. Так, сімейним законодавством передбачена можливість виселення того з батьків, хто позбавлений батьківських прав, з житлового приміщення, у якому він проживає з дитиною (ч. 2 ст. 167 СК). При цьому судом може бути постановлене рішення постановити рішення про примусовий поділ житла чи його примусовий обмін. В необхідності застосування заходів такого характеру виявляється не тільки приватний інтерес, а й публічний інтерес.

Що ж стосується запобігання порушення прав дітей з боку батьків в сфері духовного виховання, формування особистості дитини, підготовки її до самостійного життя, то вітчизняне законодавство майже не містить норм охоронного характеру, однак багато — захисного. Так, в інтересах дітей, а також всього суспільства здійснюється відібрання дитини у батьків без позбавлення батьківських прав і застосовується позбавлення батьківських прав у разі протиправної поведінки батьків (ст. 164, 170 СК). Залишення дитини у батьків, які не виконують або неналежно виконують свої батьківські обов'язки має негативні наслідки як для самої дитини (зокрема, неотримання освіти, неправильне формування її інтересів, потреб і шляхів їх забезпечення, відсутність духовного розвитку тощо), так і для держави і суспільства в цілому. Проживання дитини в благополучній сім'ї є запорукою зменшення злочинності неповнолітніх і вчинення злочинів проти неповнолітніх.

Відомо, що існує безпосередній зв'язок між благополучним проживанням дитини в сім'ї з батьками і проблемами влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Державі та суспільству не вигідно утримувати дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, в спеціальних дитячих закладах. Оскільки, по-перше, як доведено багаторічними дослідженнями, жоден дитячий заклад не замінить нормального батьківського піклування щодо дитини, не може підготувати її до самостійного життя, створити дитині належні умови для виховання та розвитку. По-друге, незважаючи на те, що з недбайливих батьків стягуються кошти за постійне проживання їхніх дітей у спеціальних дитячих закладах, держава витрачає щороку значні кошти на утримання таких закладів, на соціальні виплати (пенсії, стипендії тощо), і повинна також витрачати на забезпечення таких дітей житлом.

Таким чином, обмеження щодо здійснення сімейних прав, які містяться в СК України, встановлені не тільки для захисту учасників сімейних правовідносин, а й з метою дотримання публічно-правових інтересів.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Ворожейкин Е. М. Семейные правоотношения в СССР. — М.: Юридическая литература, 1972. — 336 с.

2. Яковлев В. Ф. Метод и механизм регулирования семейного права // Советское семейное право / [под ред. В. А. Рясенцева]. — М.: Юридическая литература, 1982. — С. 11-16.

3. Тихомиров Ю. А. Публичное право. Учебник. — М.: БЕК, 1995. — 496 с.

4. Махінчук В. М. Конкубінат за Сімейним кодексом України: проблеми правореалізації // Наукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України Збірник наукових праць / За матеріалами Круглого столу м. Київ, 25 травня 2006 року. — Х.: Ксилон, 2007. — С. 95-102.

5. Про державну допомогу сім'ям з дітьми: Закон від 21.11.1992 р. № 2811-XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2811-12>

6. Про пенсійне забезпечення: Закон від 05.11.1991 р. № 1788-XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1788-12>

7. Гегель Г. В. Философия права / Сост.: Керимов Д. А., Нерсесянц В. С. (Вступ. ст. и прим.); Пер. с нем. Левина М. И., Столпнер Б. Г. — М.: Мысль, 1990. — 526 с.



### **Горобець Наталія Олександрівна**

*доцент кафедри юридичних дисциплін Сумської філії Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук*

## **ПРАВО НА ЗАХИСТ ПРАВА НА НЕДОТОРКАННІСТЬ ЖИТЛОВОГО ПРОСТОРУ ОСОБИ**

1. Житло є обов'язковою ознакою нормального існування будь-якої людини, а тому виправданим є закріплення та гарантування Конституцією України права на недоторканність житла (ст. 30) та відповідного особистого немайнового права на недоторканність житлового простору [1] (ст. 311) у Цивільному кодексі (далі — ЦК) України.

У разі порушення права на недоторканність житлового простору фізична особа може вчинити відповідні дії щодо його захисту.

Недоторканність житлового простору є благом суть якого не розкривається цивільним законодавством, а тому виникають складнощі при його захисті.

2. Р. О. Стефанчук справедливо зазначає, що захист як правова категорія знаходить своє втілення в цивільно-правових відносинах, опосередковуючись у формі права на захист [2, с. 27]. Право на захист свого суб'єктивного цивільного права у випадку його порушення, невизнання або оспорювання належить кожній особі у відповідності до ст. 15 ЦК України. Характеристика цивільно-правового механізму захисту права на недоторканність житлового простору потребує з'ясування юридичної природи права на його захист.

Поняття «право на захист» належить до одного із складних правових явищ, а тому в юриспруденції відсутнє його єдине розуміння. У науці цивільного права єдиного погляду на проблему правової природи права на захист суб'єктивних цивільних прав не існує. Одні вчені переконані, що це правомочність, яка входить у «тріаду» правомочностей особи, наділеної суб'єктивним цивільним правом [3,

С. 73-74], інші вважають його самостійним цивільним правом [4, С. 241]. На сьогодні поширеною стає думка, що досліджуване право є самостійним суб'єктивним правом елементом правоохоронного правовідношення [5, С. 29].

3. Слід зазначити, що питання тісно пов'язані з суб'єктивним цивільним правом на захист права на недоторканність житлового простору (житла) вивчалися О. І. Антонюк, С. М. Братусем, В. П. Грибановим, Л. О. Красавчиковою, М. С. Малейним, М. М. Малейною, Р. О. Стефанчуком, М. О. Стефанчуком, С. О. Сліпченко, Ш. Т. Тагайназаровим та іншими науковцями. Проте комплексно та системно ця проблема в науці цивільного права не досліджувалася.

Свого часу С. М. Братусь визначив поняття суб'єктивного цивільного права через міру можливої поведінки особи [6] проте, як зазначає Є. О. Мічурін таке визначення на сьогодні потребує кореляції, оскільки нині можливою є будь-яка поведінка, крім прямо забороненої [7]. Попри свою зовнішню єдність, внутрішньо суб'єктивне цивільне право має власну структуру і складається із сукупності юридичних можливостей, наданих суб'єкту правовою нормою [8, С. 13].

О. С. Іоффе зазначав, що зміст суб'єктивного цивільного права полягає в тому, що належить чи заборонено робити зобов'язаній особі [9, С. 49], можливостях передбачених відповідною правовою нормою. Доречним є уточнення Є. О. Мічуріна, який стверджує, що на сьогодні це скоріше можливості, які прямо не заборонені правовою нормою [7]. Реалізуючи право на захист права на недоторканність житлового простору особа згідно з ст. 13 ЦК України зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині, спрямовані на зловживання правом іншої особи тощо. Згідно з ст. 20 ЦК України особа може здійснювати право на захист права на недоторканність житла на свій розсуд, урахувавши загальні заборони визначені у ЦК України (ст. 13).

4. Суб'єктивне цивільне право на захист розкривається через прямо не заборонену правовою нормою поведінку особи, яка виражається у можливості самостійними діями захистити порушене право або вимагати застосування до правопорушника заходів цивільно-правового примусу з метою відновлення чи визнання цивільного права. У літературі зазначається, що суб'єктивне право на захист складається з трьох правомочностей: 1) можливості здійснити самостійні фактичні дії для захисту права; 2) можливості здійснювати самостійні юридичні дії з відновлення права; 3) можливості вимагати від державних органів примусового відновлення порушеного права [10, С. 8-11].

5. Житловий простір займає особливе місце у ієрархії життєвих цінностей, прав особи та впливає на формування особистості фізичної особи та є елементом її особистого життя. Захист порушеного, невизнаного чи оспорюваного права на недоторканність житлового простору має особливе значення для його носія. На сьогодні значимість житлового простору для особи визнана і на законодавчому рівні. Наприклад, ч. 5 ст. 36 Кримінального кодексу України не визнає як кримінально каране діяння заповдіання смерті та тяжких тілесних ушкоджень правопорушнику за наявності протиправних посягань із проникненням у житло.

Фізична особа у разі порушення права на недоторканність житлового простору має право використовувати передбачені законом способи та форми захисту. Особа може використовувати як загальні так і спеціальні способи та юрисдикційні й неюрисдикційні форми захисту.

6. Однак, як зазначає Н. О. Давидова не всі способи захисту передбачені ст. 16 ЦК України притаманні особистим немайновим правам, з огляду на характер цих прав [11, С. 121]. Вона також виділяє пріоритетні способи захисту особистих

немайнових прав, серед них: визнання особистого права, якщо воно порушене чи оспорюється; припинення дій, що порушують особисте право; вчинення позитивних дій, що спрямовані на усунення недоліків порушення і забезпечують відновлення права.

Р. О. Стефанчук запропонував таку класифікацію способів захисту особистих немайнових прав: превентивно-пресікальні (визнання права, припинення дії тощо); відновлювальні (спростування, відновлення становища, яке існувало до порушення тощо); компенсаційні (відшкодування збитків, моральної (немайнової) шкоди тощо) [12, С. 198].

7. Право на захист права на недоторканність житла слід розуміти як можливість особи на власний розсуд вчиняти діяння прямо не заборонені правовою нормою, що спрямовані на захист порушеного, невизнаного або оспорюваного права на недоторканність житлового простору як безпосередньо так і опосередковано через уповноважені органи для відновлення, визнання, припинення дій, якими порушується право тощо та відшкодування шкоди заподіяної інтересам особи.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Горобець Н. О. Право на недоторканність житла: цивільно-правовий аспект : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2010. — 21 с.

2. Стефанчук Р. О. Цивільно-правовий захист честі, гідності та репутації : Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2000. — 220 с.

3. Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. — М.: Юрид. лит., 1976. — 215 с.

4. Гражданское право России: учебник: / [под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева]. — М.: Изд-во ТЕИС, 1996. — Ч. I. — 552 с.

5. Мігашук Ю. І. Право на захист як елемент правоохоронного правовідношення // Вісник ХНУВС. — 2009. — Вип. 45. — С. 29-35.

6. Братусь С. Н. О соотношении гражданской правоспособности и субъективных гражданских прав // Сов. государство и право. — 1949. — № 8. — С. 30-34.

7. Мічурін Є. О. Об'єктивне та суб'єктивне цивільне право // Вісник ХНУВС. — 2010. — Вип. 2 (49). [Електронний ресурс]. — Доступ до ресурсу: [http://www.nbu.gov.ua/portal/Soc\\_Gum/VKhnuvs/2010\\_49/49/23.pdf](http://www.nbu.gov.ua/portal/Soc_Gum/VKhnuvs/2010_49/49/23.pdf).

8. Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2006. — 201 с.

9. Иоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1949. — 143 с.

10. Корхалев Д. Суб'єктивне право на захист // Арбитражный и гражданский процесс. — 2008. — № 1. — С. 8-11.

11. Давидова Н. О. Особисті немайнові права: навч. посіб. для студ. ВНЗ. — К.: Ін Юре, 2008. — 160 с.

12. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія / [відп. ред. Я. М. Шевченко]. — Хмельницький : Вид-во Хмельницького ун-ту управління та права, 2007. — 626 с.



## Давидова Наталія Олександрівна

*доцент кафедри права Київського національного лінгвістичного університету,  
кандидат юридичних наук*

### ПРИВАТНА ТА ПУБЛІЧНА СКЛАДОВІ У ПРАВІ НА ІНДИВІДУАЛЬНІСТЬ

#### Елементи права на індивідуальність

В первісному суспільстві особистість повністю охоплюється і ототожнюється з колективом. Група людей (плем'я, рід) не диференціюється на окремих суб'єктів. Прогрес суспільства можливий тільки за умови прогресу окремих особистостей. На більш високій сходинці розвитку людства посилюється усвідомлення самотності особи, відчувається потреба в закріпленні права на індивідуальність. Завданням права є не тільки охорони людини як частини колективу, але і як диференційованого окремого суб'єкта права. Історично майнові відносини отримали правове регулювання набагато раніше, ніж особисті немайнові. Навіть в римському праві духовна сторона людської особистості знайшла слабе і поверхневе відображення. Це пояснюється тим, що римське право в першу чергу забезпечувало розвиток торгового обороту [1, С. 132]. Пізніше поряд з матеріальною, економічною діяльністю в суспільстві розвивається духовна, яка має на меті створення нематеріальних благ, одним з яких є індивідуальність фізичної особи.

Під поняттям "індивідуальність" розуміють сукупність психічних якостей, характерних рис особистості, які відрізняють її від інших індивідуумів. Персоніфікація суб'єкта права має велике правове значення, оскільки є передумовою наділення її спеціальним колом прав та обов'язків. Відомо, що правовий статус поділяється на загальний та спеціальний. Для отримання окремих прав треба мати коло відмежувальних ознак, наприклад вік фізичної особи впливає на обсяг її прав та обов'язків. Цивільно-правовий статус осіб у віці 13, 16 і 20 років істотно відрізняється. Наявність чи відсутність психічного захворювання теж впливає на обсяг дієздатності. Індивідуалізуючі ознаки визначають правовий статус особи. До структури індивідуальності включають цілу низку особливостей фізичної особи, що пов'язані з її національною, культурною, релігійною, мовною та іншою самотністю. Саме дані особливості можуть виражатись у:

а) зовнішньому вигляді фізичної особи (зовнішність, фігура, фізичні дані, одяг, зачіска тощо, а також і сукупність усіх цих елементів);

б) її голосі (сукупність різноманітних по висоті, силі та тембру звуків, що відтворюються людиною, у формі слів, мелодій, свисту тощо) і мові (система звуків, з усіма своїми особливостями, наприклад, невимовна окремих звуків, говір, заїкання, слова-паразити, сміх тощо);

в) манері поведінки (поводження у стосунках з іншими особами та особливості у ставленні до речей, наявність моральних принципів, звичок та інших особливостей характеру);

г) інтелектуальному, культурному та освітньому рівні (вміння спілкуватись, знання правил гречності, дотепність, кмітливість, хист тощо);

д) інших характерних ознаках, які вирізняють фізичну особу серед інших [2, С. 444-445].

Набагато ширше коло індивідуальних ознак фізичної особи пропонує Шишка Р.Б. До них він відносить ознаки природного походження (національність,

вік, стать, риси обличчя), побутові (прізвисько), психолого-характеризуючі (характер, темперамент, підпис), територіальні (місце постійного чи переважного проживання), формальні, соціальні (честь, репутація), особисті (гідність, самооцінка), професійні (сценічне ім'я, псевдонім), медичні (психічні захворювання), юридичні (прізвище, ім'я, по батькові, громадянство), публічні (ідентифікаційний код платника податків, кредитна історія), комунікаційні (доменне ім'я, мобільний телефон), майнові (номер рахунку в комерційному банку, зареєстрований власник акцій), корпоративні, фахові, ділові, релігійна приналежність [3, С. 166].

М. М. Малєїна включає до прав, що забезпечують індивідуалізацію особистості, право на ім'я, право на індивідуальний вигляд і голос, право на честь, гідність та ділову репутацію [4, С. 110-152].

Як видно з наведеного, поняття індивідуальність включає в себе численні неоднорідні компоненти, які можна класифікувати за декількома критеріями. *За першою класифікацією*, індивідуальність включає в себе риси, (1) що є статичними, і (2) що можуть бути змінені. До рис, що не підлягають зміні, належать ДНК, група крові, резус-фактор, відбитки пальців, сітківка ока, інші біометричні ознаки. Ці риси характеризують фізичну особу як біологічну істоту з певним набором природних генетичних даних. Держава активно використовує незмінну складову індивідуальності для обліку і контролю фізичних осіб. Така практика держави закріплена навіть на рівні Цивільного кодексу Франції, Глава 3 якого називається "Про вивчення генетичних якостей людини та про ідентифікацію особистості за допомогою генетичних відбитків".

До другої групи належить ім'я, голос, зовнішність, яку можна змінити за допомогою пластичної хірургії, стиль в одязі та поведінці, колір волосся, вага і т.д. Індивідуальні риси, що підлягають безболісній зміні, сприяють реалізації самовираження фізичної особи, усвідомленню себе як особистість.

*За другою класифікацією*, індивідуальність включає компоненти, що характеризують фізичну особу (1) як природну істоту, і (2) як соціальну істоту. До першої групи належать фізичні дані, наприклад, стать, вік, зріст, тембр голосу, колір шкіри, волосся, очей і т. д.

До другої групи належать ім'я, місце проживання, віросповідання, партійна приналежність, соціальний статус, рівень освіти, наявність наукового ступеня та вченого звання і т.д.

Є риси які мають подвійний характер: з одного боку, вони характеризують фізичну особу як природну особу, а з іншого можуть бути змінені для задоволення соціальних потреб людини. Таким прикладом може бути стать, національна приналежність, які нібито виникають з народження та не можуть бути змінені. Однак судова практика підтверджує протилежне.

Печерський районний суд міста Києва розглядав справу про встановлення факту, що має юридичне значення, а саме факту неправильності в записі національності фізичної особи. Позивач просила внести зміни до актових записів цивільного стану у відділі державної реєстрації актів цивільного стану Печерського районного управління юстиції м. Києва, зазначивши замість національності «росіянка» — «єврейка». Мати та бабуся за походженням були євреями. Все життя її родина сповідувала іудейську віру. За радянських часів євреїв постійно тиснули, крім того її дідусь був військовим льотчиком, членом партії, тому вони ретельно приховували своє походження, оскільки це могло призвести до репресій родини. Внаслідок чого, її бабуся та дідусь, її батьки в усіх документах зазначили національність — росіяни. Вказує на те, що з розпадом



Радянського Союзу ситуація змінилася і потреба приховувати своє походження відпала, на даний час хоче возз'єднатися з рідними, які проживають у Німеччині. В зв'язку з чим, виникла необхідність у внесенні змін в документи. Позов було задоволено [5].

Між запропонованими двома класифікаціями можна провести певну паралель. Риси, що є статичними, характеризують фізичну особу як природну істоту. З іншого боку, риси, що можуть бути змінені, описують фізичну особу як соціальну істоту.

Право на індивідуальність діалектично поєднує в собі приватно-правовий та публічно-правовий компоненти. Індивідуалізація є елементом статусу, сучасної системи безпеки, попередження випадків несанкціонованого вторгнення до закритих інформаційних систем (публічний аспект), проявом індивідуальності і неповторності особистості (приватний аспект). За допомогою ідентифікації держава контролює переміщення фізичних осіб (тобто місце проживання та місце перебування), працевлаштування, сплату податків та інших обов'язкових платежів, громадянський стан та інші сфери життєдіяльності. Для ідентифікації держава використовує одночасно змінні і незмінні складові індивідуальності. При чому цілий ряд елементів індивідуалізації стає не правом, а обов'язком фізичної особи, з покладанням на неї відповідальності за ухилення від виконання обов'язку. Держава зобов'язує зареєструвати місце проживання та перебування (Закон України від 11.12.2003 р. «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні»), отримати паспорт у віці 16 років та вклеювати до нього нові фото у віці 25 і 45-річного віку (Положення Верховної Ради України від 23.02.1997 р. «Про затвердження положень про паспорт громадянина України, про свідоцтво про народження та про паспорт громадянина України для виїзду за кордон»), отримати ідентифікаційний номер (Податковий кодекс України від 02.12.2010 р.) Реєстрація місця проживання та перебування, серія і номер паспорта, ідентифікаційний номер — це ті змінні елементи індивідуальності фізичної особи, які дозволяють державним органам здійснювати функцію контролю і нагляду.

Індивідуальність фізичних осіб використовує для обліку також міжнародна спільнота. Наприклад, для отримання віз в цілий ряд країн особа повинна здати відбитки пальців. Пропонується введення форми паспорту, який містив би інформацію про відбитки пальців його власника та сканер радужки ока. Публічно-правова складова індивідуальності широко використовується для забезпечення національної та міжнародної безпеки. Комп'ютеризація та інформатизація сучасного суспільства створює нові засоби комунікації: електронні платежі, документи з електронними підписами, де також вимагається індивідуалізація суб'єктів.

Ступінь урегульованості і контролю за приватною сферою залежить від соціально-політичного устрою держави. Так, в період існування командно-адміністративної держави СРСР контроль був більш інтенсивним. В соціальній державі, законодавство якої базується на теорії природного права і втілює принцип верховенства права, регулювання є меншим.

### **Право на індивідуальність в законодавстві**

Законодавство про індивідуальність можна поділити на загальне і спеціальне. До загального належить Конституція України (ст. 23 Кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, ст. 28 Кожен має право на повагу до його гідності, ст. 35 Кожен має право на свободу світогляду і віросповідання, ст. 36 Громадяни України мають право на свободу об'єднання у політичні партії та

громадські організації, ст. 49 Кожен має право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування), Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 року (ст. 8 Держави-учасниці зобов'язуються поважати право дитини на збереження індивідуальності, включаючи громадянство, ім'я та сімейні зв'язки, як передбачається законом, не допускаючи протизаконного втручання), Цивільний кодекс України (ст. 283 Право на охорону здоров'я, ст. 294 Право на ім'я, ст. 297 Право на повагу до гідності та честі, ст. 299 Право на недоторканність ділової репутації, ст. 300 Право на індивідуальність, ст. 301 Право на особисте життя та його таємницю, ст. 307 Захист інтересів фізичної особи при проведенні фото-, кіно-, теле-, та відеозйомок, ст. 308 Охорона інтересів фізичної особи, яка зображена на фотографіях та в інших художніх творах, ст. 310 Право на місце проживання, ст. 312 Право на вибір роду занять, ст. 313 Право на свободу пересування, ст. 314 Право на свободу об'єднання, ст. 315 Право на мирні збори).

До спеціального законодавства належить Кримінально-виконавчий кодекс (щодо форми одягу засуджених), Закон України «Про судоустрій та статус суддів» (щодо форми одягу судді), Закону України «Про міліцію» (щодо форми працівників органів внутрішніх справ), Кодекс законів про працю (на роботах із шкідливими і небезпечними умовами праці, а також роботах, пов'язаних із забрудненням або здійснюваних у несприятливих температурних умовах, працівникам видаються безплатно за встановленими нормами спеціальний одяг, спеціальне взуття та інші засоби індивідуального захисту). Іноді на підприємствах та в установах вводять так звані дрес-коди, що є елементом корпоративної культури. Співробітників зобов'язують дотримуватись встановлених правил щодо одягу, взуття, аксесуарів, макіяжу, зачіски. Введення фірмового одягу може бути тільки без її оплати співробітниками та за їх згодою.

В зарубіжному законодавстві право на приватність зводиться до права на власне зображення. Наприклад, ст. 20 Модельного ЦК СНД, ст. 145 ЦК Казахстану, ст. 17 ЦК Туркменістану, ст. 176 ЦК Таджикистан, ст. 99 ЦК Узбекистан, ст. 2.22 ЦК Литви.

Основне приватно-правове регулювання відносин щодо індивідуальності здійснює ЦК. Індивідуальність має дворівневе правове закріплення в кодексі. З *одного боку*, право на індивідуальність виділене в окрему статтю (ст. 300 ЦК). З *іншого боку*, така риса як індивідуалізація фізичної особи є рисою всього інституту особистих немайнових прав фізичної особи.

Інколи серед ознак всіх особистих немайнових прав виділяють таку ознаку, як їх спрямованість на виявлення та розвиток індивідуальності особистості [4, С. 13; 6, С. 15; 7, С. 9]. Закріплюючи нову ознаку, слід враховувати те, що вона повинна характеризувати всю сукупність об'єктів, що розглядається (тобто всі особисті немайнові права). Вважаємо, що вказана ознака стосується далеко не всіх особистих немайнових прав. Так, право на життя та право на сприятливе навколишнє середовище не може індивідуалізувати особистість. Більше того, виникнення та існування тих чи інших правовідносин з приводу згаданих нематеріальних благ не може і не повинно залежати від її особистості, соціальних якостей тощо. В іншому випадку життя та здоров'я президента або міністра стануть оцінюватися дорожче аналогічних благ, що належать простому, нічим непримітному громадянину.

Поряд з цим ми не спростовуємо те положення, що ряд особистих немайнових прав, наприклад, право на здоров'я, індивідуалізують фізичну особу. Перш за все закон враховує психічний стан людини. Відповідно до ст. 36 ЦК суд може обмежити цивільну дієздатність фізичної особи, якщо вона страждає на

психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. В цьому разі цивільно-правовий статус особи суттєво змінюється. Вона позбавляється права самостійно вчиняти юридичні дії і індивідуалізується як суб'єкт цивільного права саме за цією ознакою.

Для індивідуалізації фізичної особи як учасника цивільного обороту важливе значення має стан здоров'я, який виражається в зниженні або втраті працездатності. Якщо ці обставини настали внаслідок нанесення тілесних ушкоджень третьою особою, то при відшкодуванні шкоди враховується ступінь втрати професійної чи загальної працездатності.

Отже, можна зробити висновок, що важливою ознакою *всього* комплексу особистих немайнових прав є їх спрямованість на індивідуалізацію особистості. Інститут особистих немайнових прав охороняє самотність і своєрідність фізичної особи, сприяє прояву її духовних інтересів та потреб, її прихильностей та індивідуальних особливостей в сфері особистого життя. Безумовно, кожна особа володіє власним комплексом майнових прав, які також дозволяють «виділити» її з маси інших, та все ж немайнові права мають пріоритет при індивідуалізації особистості.

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Изд 3-е, стереотип. М.: Статут, 2001. — 354 с.
2. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійсненні та захисту): Монографія / [Відп.ред. Я. М. Шевченко]. — Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. — 626 с.
3. Шишка Р. Б. Понятие индивидуализации физических лиц // Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения: сб.статей и иных материалов / [под ред. Р. А. Стефанчука]. — К.: Юринком Интер, 2010. — С. 166-169.
4. Малейна М. Н. Личные неимущественные права граждан (понятие, осуществление, защита). — 2-е изд., испр. и доп. — М.: МЗ-ПРЕСС, 2001. — 244 с.
5. Рішення Печерського районного суду міста Києва від 11.01.2008 р. по справі № 2-о-33/08 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1294775>
6. Чорнооченко С. І. Особисті немайнові права, які забезпечують соціальне існування фізичних осіб в Україні. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — Харків, 2000. — 239 с.
7. Жакенов В. А. Личные неимущественные права в советском гражданском законодательстве и их социальное значение: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — М., 1984. — 27 с.



**Євко Вікторія Юріївна**

*доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент*

## **ЗАСТОСУВАННЯ ЛІКУВАЛЬНИХ ПРОГРАМ ДОПОМІЖНИХ РЕПРОДУКТИВНИХ ТЕХНОЛОГІЙ ДО ІНОЗЕМЦІВ В УКРАЇНІ**

Сьогодення та майбутнє репродуктивної медицини пов'язане з допоміжними репродуктивними технологіями (далі — ДРТ), які міцно ввійшли в повсякденну практику лікування безпліддя. Досягнення ДРТ стали можливими завдяки успіхам низки медичних і медико-біологічних наук: ембріології, гінекології, ендокринології, генетики, репродуктивної медицини, трансплантології і тісній взаємодії фахівців у цих галузях. Сьогодні – це не тільки способи подолання різних форм чоловічого і жіночого безпліддя, але й можливість профілактики та лікування спадкових захворювань за допомогою передімплантаційної діагностики і клітинних технологій, які стрімко розвиваються [1]. Перша дитина внаслідок штучного запліднення народилась у Великобританії в 1978 році. Нині у світі щорічно до 700000 подружніх пар лікуються від безпліддя за допомогою штучного запліднення. Кожного року народжується понад 30000 дітей, зачатих за його допомогою, а в 2002 р. було відзначено народження 1 мільйона дітей після штучного запліднення [2].

У застосуванні ДРТ найбільше суперечок викликає такий метод, як сурогатне материнство. Воно дозволяється далеко не в усіх країнах світу з етичних та релігійних мотивів. Так, сурогатне материнство заборонено законом в Австрії, Норвегії, Швеції, Франції, деяких штатах Америки, в Італії, Швейцарії та Німеччині. За порушення передбачається покарання аж до тюремного ув'язнення (наприклад у Німеччині, на строк до трьох років). Аналогічне законодавство, що передбачає три роки в'язниці і штраф 45000 євро за «посередництво при виношуванні плоду для іншої особи» і «симуляцію, що применшує цивільний статус дитини», діє і у Франції. У Бельгії, Ірландії, Фінляндії сурогатне материнство ніяк не регулюється, хоча й має місце. В Австралії, Великобританії, Данії, Ізраїлі, Іспанії, Канаді, Нідерландах, окремих штатах Америки дозволено тільки некомерційне сурогатне материнство. В Ізраїлі угода про сурогатне материнство повинна отримати схвалення спеціального комітету, що складається із соціальних працівників, лікарів і релігійних діячів.

Сурогатне материнство вкрай рідко зустрічається в Японії, оскільки японська Асоціація акушерства і гінекології не схвалює цей спосіб народження дітей. Приватні клініки самі вирішують – надавати клієнтам такі послуги чи ні. Мусульмани, які не заперечують проти чоловічої полігамії, схвалюють сурогатне материнство.

Україна є однією з тих країн світу, де такий метод ДРТ, як сурогатне материнство, є дозволеним. Це стало причиною напливу в Україну так званих репродуктивних туристів з тих держав, у яких сурогатне материнство заборонено законом.

Чинне українське законодавство дозволяє застосовувати всі види ДРТ (крім клонування) до фізичних осіб незалежно від їх громадянства. Так, ч. 7 ст. 281 ЦК України надає повнолітній жінці або чоловікові право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм ДРТ. Дія актів цивільного законодавства поширюється на всіх учасників цивільних правовідносин, якими зокрема є й іноземці. Це впливає зі ст. 26 Конституції України, яка проголошує,

що іноземці та особи без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, – за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України. Аналогічне положення міститься й у ст. 2 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 4 лютого 1994 р. Іноземці та особи без громадянства є рівними перед законом незалежно від походження, соціального і майнового стану, расової та національної належності, статі, мови, ставлення до релігії, роду і характеру занять, інших обставин.

Іноземці в Україні також мають право на отримання медичної допомоги на рівних засадах та в такому ж обсязі, як і громадяни України. Різниця полягає тільки в порядку оплати наданих медичних послуг. Медична допомога іноземцям надається з урахуванням цензу осілості. Так, відповідно до ст. 11 Основ законодавства України про охорону здоров'я іноземні громадяни, які постійно проживають на території України, користуються такими ж правами і несуть такі ж обов'язки в галузі охорони здоров'я, як і громадяни України. Права та обов'язки іноземних громадян, які тимчасово перебувають на території України, в галузі охорони здоров'я визначаються законодавством і відповідними міжнародними договорами. Останній категорії іноземців медична допомога надається відповідно до Порядку надання медичної допомоги іноземцям та особам без громадянства, які тимчасово перебувають на території України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України № 79 від 28 січня 1997 р. (далі — Порядок). Відповідно до п. 5 Порядку, надання медичної допомоги іноземцям, які тимчасово перебувають на території України, здійснюється на підставі укладених іноземцями договорів (полісів, сертифікатів) медичного страхування із страховиками-резидентами, що отримали ліцензію на право здійснення медичного страхування (безперервне страхування здоров'я). У разі відсутності договору страхування (поліса, сертифіката), а також неможливості документально підтвердити право на одержання безоплатної медичної допомоги в Україні, оплата вартості наданої в Україні медичної допомоги здійснюється іноземцем безпосередньо медичному закладу, який надав йому допомогу. Медична допомога надається іноземцям відповідно до вимог, установлених законодавством України, в тому числі щодо застосування методик діагностики, лікування, лікарських засобів тощо.

Таким чином, лікувальні програми ДРТ застосовуються до іноземців, які тимчасово перебувають на території України, на загальних засадах із громадянами України і оплачуються за рахунок медичного страхування або за власні кошти, що сплачуються безпосередньо медичному закладу, який надав відповідну послугу.

Народження у іноземців дитини, зачатої в результаті застосування ДРТ, необхідно зареєструвати в органах державної реєстрації актів цивільного стану з одночасним визначенням її походження та присвоєнням прізвища, ім'я та по батькові. На цьому етапі в іноземців можуть виникнути певні труднощі.

Реєстрація дитини здійснюється відповідно до норм СК України та Правил державної реєстрації актів цивільного стану в Україні, затверджених наказом Міністерства юстиції України № 52/5 від 18 жовтня 2000 р. Зазначені норми поширюються як на громадян України, так і на іноземців. Тобто дитина, народжена в Україні в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій до іноземців, реєструється відповідно до вимог законодавства України.

Проте певні особливості має встановлення походження дитини, народженої на території України, внаслідок застосування до іноземців ДРТ. Українське

сімейне законодавство регулює порядок встановлення походження дитини, яка є громадянином України. Відповідно до ст. 65 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р., встановлення батьківства визначається особистим законом дитини на момент її народження. Особистим законом фізичної особи вважається право держави, громадянином якої вона є (ч. 1 ст. 16 Закону). При тлумаченні положень даного Закону виникає декілька запитань. По-перше, він встановлює норму, у якій визначається право якої держави може бути застосоване до правовідносин щодо встановлення батьківства, а яким чином має встановлюватися материнство? По-друге, як встановлюється походження дитини, народженої в результаті застосування ДРТ?

На наш погляд, у тому разі, коли законодавство держави, громадянами якої є замовники послуг із застосування ДРТ, ніяким чином не регулює питання застосування зазначених технологій (наприклад, законодавство Бельгії), при правовій кваліфікації можна скористатися положеннями ст. 8 Закону «Про міжнародне приватне право», в якій записано, що з метою встановлення змісту норм права іноземної держави суд чи інший орган може звернутися в установленому законом порядку до Міністерства юстиції України чи інших компетентних органів та установ в Україні чи за кордоном або залучити експертів. Особи, які беруть участь у справі, мають право подавати документи, що підтверджують зміст норм права іноземної держави, на які вони посилаються в обґрунтуванні своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому органу у встановленні змісту цих норм. Якщо зміст норм права іноземної держави в розумні строки не встановлений, незважаючи на вжиті згідно з цією статтею заходи, застосовується право України. Отже, в такому випадку походження дитини, народженої в результаті застосування ДРТ до іноземців може бути визначене відповідно до норм ст. 123 СК України.

Для реєстрації народження дитини в органі державної реєстрації актів цивільного стану Міністерства юстиції України іноземці мають подавати: заяву про реєстрацію народження дитини; медичне свідоцтво про народження, що видається закладами охорони здоров'я, де приймалися пологи; довідку про генетичну спорідненість батьків (матері чи батька) з дитиною; та письмову заяву сурогатної матері про її згоду на запис подружжя батьками дитини, з нотаріальним посвідченням справжності підпису даної особи; переклад на українську мову документів, які посвідчують особу заявників та документ про шлюб, відомості про місце своєї реєстрації (тимчасового проживання) в Україні.

Проблема значно ускладнюється, якщо законодавством країни, громадянами або підданими якої є іноземці, заборонено застосування всіх методів ДРТ або тільки сурогатного материнства. Порядок вирішення цього питання не врегульований ні на національному, ні на міжнародному рівні. У даному разі слід погодитися з думкою Наталі Байборошті, яка пропонує у випадках використання ДРТ з іноземним елементом застосовувати принцип автономії волі, про що заздалегідь необхідно зробити застереження в договорі, який укладається залежно від методу ДРТ, що використовується, із закладом охорони здоров'я в Україні або із сурогатною матір'ю [3]. Доцільно надати учасникам програми застосування ДРТ можливість вибирати в якості права, що має застосовуватися: а) право держави постійного місця проживання сурогатної матері (місця знаходження закладу охорони здоров'я); б) право держави постійного місця проживання генетичних батьків; в) право держави місця народження дитини. Стаття 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» надає учасникам приватноправових відносин можливість вибору права.

Наступним етапом у визначенні правового становища дитини, народженої внаслідок застосування ДРТ до іноземців, є отримання дозволу компетентних органів держави громадянства (підданства) дитини дозволу на її в'їзд до цієї держави. Чинне українське законодавство докладно регулює порядок в'їзду на територію України та виїзду з її території громадян України та іноземців, що досягли повноліття. Ніяких особливих вказівок щодо порядку перетину кордону України дітьми-іноземцями законодавство України не містить. Такі правила встановлюються законодавством держави, громадянином (підданим) якої є дитина. Для перетину українського кордону при виїзді з України іноземцям з дітьми необхідно, крім свідоцтва про народження, виданого органами державної реєстрації актів цивільного стану України, одержати також проїзний документ на дитину в консульстві відповідної держави в Україні. При цьому існує ризик отримати відмову від уповноважених органів цієї держави.

Таким чином, на сьогоднішній день не існує належного механізму визначення походження дитини, народженої в результаті застосування до іноземців ДРТ. Проте необхідність створення такого механізму є нагальною потребою, оскільки ДРТ набувають дедалі більшого поширення в світі, а відносини щодо застосування ДРТ в різних державах світу регулюються по-різному. Саме тому, на наш погляд, проблему співвідношення правового регулювання таких відносин необхідно вирішувати на міжнаціональному рівні шляхом розробки та підписання багатосторонньої конвенції, яка б, з одного боку, слугувала уніфікації законодавства щодо застосування ДРТ, а з другого — попереджала випадки застосування ДРТ у тих державах та громадянами тих держав, законодавство яких забороняє повністю або частково застосування ДРТ.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Грищенко Н. Г., Грищенко В. И. История создания и развития вспомогательных репродуктивных технологий в Украине // Медицинские аспекты здоровья женщины. — 2008. — № 4 (13). [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://woman.health-ua.com/article/180.html>
2. Экстракорпоральное оплодотворение (ЭКО) [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.eurolab.ua/in-vitro-fertilization/34992/>
3. Байбороша Н. С. Коллизионное регулирование договорных отношений в области суррогатного материнства [Електронний ресурс] // Журнал международного права и международных отношений. — 2009. — № 1. — Режим доступу до журн.: [http://www.evolutio.info/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1529&Itemid=232](http://www.evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=1529&Itemid=232)



**Жидкова Олена Степанівна**

*доцент кафедри цивільного та трудового права Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка, кандидат юридичних наук*

## **ПРАВО НА НЕДОТОРКАННІСТЬ ДІЛОВОЇ РЕПУТАЦІЇ — ОСОБЛИВЕ СУБ'ЄКТИВНЕ НЕМАЙНОВЕ ПРАВО**

Відповідно до ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю. Цивільне право не обмежується регулюванням тільки майнових відносин, а регулює також особисті немайнові, у тому числі і ті, що виникають з приводу вищезгаданих духовних благ фізичної особи. Крім цього в предмет цивільного права входять й інші відносини, наприклад, як ділова репутация, ім'я (найменування), авторство, свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості, а так само інші блага.

В цивілістиці традиційно ділова репутация розглядається у взаємозв'язку з честю та гідністю та належить до особистих немайнових благ, що мають характерний ряд властивостей, до яких зокрема відносять: по-перше, невідчужуваність і неможливість передачі, а по-друге, нематеріальний характер.

Так, на думку Є.О. Харитонова та Н.А. Саніахметової, особисті немайнові блага — це блага, позбавлені майнового змісту, нерозривно пов'язані з суб'єктом цивільного права, визнані суспільством, а тому охороняються законодавством [11, С. 228].

В. М. Самойленко вважає, що до особистих немайнових благ належать такі нематеріальні, позбавлені економічного змісту блага, які нерозривно, органічно пов'язані з особистістю їх носіїв. Далі він уточнює, що оскільки ці блага є невід'ємними від їх носіїв, то вони, природно, не можуть ні відчужуватися, ні передаватися, не можуть мати грошової оцінки. До таких згаданих вчений, наряду з честю, гідністю, ім'ям громадянина, найменуванням юридичної особи, зображенням обличчя, недоторканністю особистості та помешкання відносить і ділову репутацию [5, С. 187].

В результаті проведеного дослідження особистих немайнових відносин О. В. Кохановська виділяє такі їх ознаки: по-перше, вони не мають економічного або майнового змісту, по-друге, мають абсолютний характер, по-третє, складаються з приводу особливої категорії об'єктів — немайнових благ, які неможливо відокремити від конкретної особи, тому мають особистий характер, що визначає їхню єдину функціональну властивість — не товарність [12, С. 230–231].

Особисті немайнові відносини, не пов'язані з майновими, на думку Л. О. Красавчикової — це суспільні відносини, які складаються з приводу нематеріальних благ, що мають єдину позаекономічну природу, є самостійною цінністю для їх носія, мають функціональну властивість — не товарність, належать особистості як такій та невіддільні від неї [7, С. 12–13].

Такий підхід вбачається і в ЦК України. Згідно зі ст. 269 ЦК України особисті немайнові права належать кожній фізичній особі від народження або за законом. Особисті немайнові права фізичної особи не мають економічного змісту. Особисті немайнові права тісно пов'язані з фізичною особою. Фізична особа не може відмовитися від особистих немайнових прав, а також не може бути позбавлена цих прав. Особистими немайновими правами фізична особа володіє довічно.



Однак до традиційного розуміння нематеріального характеру немайнових прав сьогодні вносяться корективи. Як зауважує С.О. Сліпченко, це зумовлено товаризацією деяких особистих немайнових відносин, тобто входженням особистих нематеріальних благ в економічний товарний обіг [10, С. 14].

Саме тому в юридичній літературі звертається увага на те, що право на недоторканність ділової репутації не належить до особистого немайнового права, яким є право на честь і гідність, а тому його захист впливає лише із зобов'язань внаслідок завдання шкоди (деліктних зобов'язань) [3, С. 97–100; 4, С. 10]. Такі висновки стали обґрунтуванням пропозицій М.К. Галянтича та Г.О. Коваленко про те, що захисту цього права має бути присвячена окрема стаття у відповідній частині ЦК України, що регулюватиме саме цей вид цивільно-правових зобов'язань [4, С. 10].

Підхід цих авторів до питання про те, що право на недоторканність ділової репутації не належить до особистих немайнових прав, є відносно новим для науки. На їхню думку, «честь і гідність у цивільно-правовій науці визнаються особистими немайновими правами, які в силу природи належать людині й не можуть відчужуватися, а ділову репутацію за її правовим змістом до цієї категорії віднести не можна» [4, с. 10].

Підтвердження цього висловлювання знаходимо у главі 76 ЦК України «Комерційна концесія». Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 1115 ЦК України за договором комерційної концесії одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) за плату право користування відповідно до її вимог комплексом належних цій стороні прав з метою виготовлення та (або) продажу певного виду товару та (або) надання послуг. Ч. 1 ст. 1116 ЦК України визначає, що предметом цього договору є право на використання об'єктів права інтелектуальної власності (торговельних марок, промислових зразків, винаходів, творів, комерційних таємниць тощо), комерційного досвіду та ділової репутації.

Аналіз цих положень свідчить про те, що право на використання вищезазначених благ правоволоділець надає користувачеві за винагороду. Таким чином, у цьому випадку йдеться про економічний зміст ділової репутації і, більше того, про укладання правочину, основна мета якого — передача сталої ділової репутації.

Проблема невідчужуваності та непередачі ділової репутації простежується і в аспекті аналізу сучасного договору про спільну діяльність (ст. 1130 ЦК України), в силу якого сторони (учасники) зобов'язуються спільно діяти без створення юридичної особи для досягнення певної мети, що не суперечить законові. Така спільна діяльність може здійснюватися як на основі об'єднання вкладів учасників (просте товариство), так і без об'єднання вкладів учасників. Так, згідно з п. 1 ст. 1133 ЦК України, вкладом учасника вважається все те, що він вносить у спільну діяльність (спільне майно), у тому числі грошові кошти, інше майно, професійні та інші знання, навички та вміння, а також ділова репутація та ділові зв'язки. Таким чином, ділова репутація може входити до складу вкладів, які вносяться учасниками договору простого товариства. Крім того, відповідно до ч. 2 ст. 1133 цього ж закону передбачається, що грошова оцінка вкладу учасника (а значить і ділової репутації) проводиться за погодженням між учасниками. Це свідчить про наявність економічного змісту ділової репутації.

Питання, які торкаються економічного змісту категорії «ділова репутація», висвітлюються багатьма дослідниками. Так, О. М. Ерделевським у ділової репутації особи, яка входить до складу вкладів учасників договору простого товариства, відмічаються ознаки її «умовного майнового змісту» [13, С. 105]. На

його думку, умовного тому, що ділова репутація в даному випадку не передається від одного учасника іншому, не входить до складу спільного майна, а її грошова оцінка у складі вкладу відбувається лише з метою розподілу між учасниками прибутку, спільних витрат і збитків, відповідальності за спільними зобов'язаннями [13, С. 105].

Заслужують на увагу й погляди О. В. Савельєва на цю проблему. Не заперечуючи тієї обставини, що ділова репутація може вноситись до спільної справи учасників і, підкреслюючи широту поняття товариського вкладу, він, з одного боку, вказує, що «ділова репутація, ділові зв'язки та інші подібні об'єкти що використовуються як вклад, також не підлягають безпосередній грошовій оцінці» [9, С. 312], а тому його учасники визначають для себе їх «умовну вартість», яка впливає на розподіл прибутку та затрат від спільної діяльності товаришів. З іншого боку, приходиться до висновку про те, що в результаті виконання обов'язку товаришів при внесенні вкладу у спільну справу формується певна «матеріальна база» для їхньої спільної діяльності [9, С. 312]. Отже й О. В. Савельєв не зумів відійти від думки — ділова репутація має економічний зміст. Підтвердженням цього є зроблений ним висновок: «Из приведенного положения следует, что даже если вклад по своему характеру и не имеет денежной оценки, то и в этом случае можно говорить о некоей его стоимости» [9, С. 312].

Названі вчені розглядають питання про майновий зміст ділової репутації з властивих лише їм позицій, що підтверджує не тільки те, що в науці цивільного права немає однозначної відповіді на питання про характер ділової репутації, але й найважливішого висновку про те, що ознаки особистих немайнових прав потребують уточнення. Зокрема потребує перегляду така специфічна й особливо характерна ознака особистих немайнових прав на честь, гідність і ділову репутацію, якою, на думку В.М. Самойленко, є їхня суто особиста властивість. Не викликає сумніву зв'язок цих благ з особистістю їх носія, й тому правий цей учений у тому, що на особистий характер указує «... їх приналежність до конкретного суб'єкту правовідносин» [5, С. 191].

Аналіз чинного цивільного законодавства стосовно договору простого товариства й комерційної концесії (франчайзинга) вже не дає підстав для однозначного й категоричного висновку про те, що «... існування цих немайнових благ поза зв'язком з їх носієм неможливо», а з огляду на те, що вони не відчужені «... всі розпорядчі правочини з ними недійсні» [5, С. 191]. Значною мірою це стосується такого блага, як ділова репутація, особистий характер якого, у першу чергу, спрямований на індивідуалізацію й неповторність самої особистості її носія, а не на відчужуваність.

У цьому аспекті цікавою є позиція Т.А. Фаддєєвої, яка, торкаючись такої ознаки особистих немайнових благ, як «неотторжимість» їх від носія, зазначає, що не можна перебільшувати те значення, яке вони мають [6, С. 301]. На її думку, ця ознака носить умовний характер, у зв'язку з тим, що більшість з них з самого початку призначені для того, щоб обернутися в цивільному обігу й приносити прибуток [6, С. 301]. Цілком обґрунтовано цей автор підкреслює умовний характер і такої ознаки нематеріальних благ, як нетоварність, тобто відсутність економічного змісту. Тому дисертант, поділяє точку зору Т. А. Фаддєєвої, що ущемлення нематеріальних благ може мати для їх носія вельми відчутні наслідки економічного змісту [6, С. 301] у вигляді відтоку клієнтури, посилювання умов надання кредиту й ін. у разі підриву ділової репутації юридичної особи або індивідуального підприємця. І, навпаки, у вигляді гарантії того, що особа, що

займається підприємницькою діяльністю, залишиться на плаву і тоді, коли його справи тимчасово похитнули [6, С. 301].

Погляди цих учених заслуговують на увагу, оскільки виступають черговим і суттєвим доказом того, що право на недоторканність ділової репутації є особливим суб'єктивним правом, яке не вписується в конструкцію особистих немайнових благ, до яких належать здоров'я, життя, честь, гідність; ім'я (найменування); авторство; свобода літературної, художньої, наукової та технічної творчості (ст. 201 ЦК України).

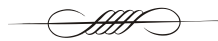
Питання, які стосуються правової природи цього суб'єктивного права не залишалися й поза увагою вчених-юристів, які проводили дослідження ще в дореволюційний період. Деякі дані, що мають велике значення й у наш час, знаходимо в Й.О. Покровського, який не обмежився лише констатацією того, що репутація торговця чи торгового дому нерідко вже сама собою є високою цінністю, й розгорнув свою думку далі, відмітивши, у чому вона полягає: «Но мало-помалу из-за имущественных интересов начинают проглядывать интересы неимущественные. Уже для торговой фирмы важна не только имущественная сторона, важна самая репутация со стороны ее честности и порядочности» [8, С. 123]. Саме остання характеристика ділової репутації й стала підставою для вірного, на наш погляд, висновку, актуального й у сучасний період — «не менее важна эта репутация и для людей неторговых» [8, С. 123]. Й. О. Покровський так само, як і вищевказані автори, розглядав усі посягання на такі блага, як «гражданский деликт и связывал с ними обязанность возмещения причиненного ущерба» [8, С. 123].

Проаналізувавши все вищезазначене, можна зробити висновок про те, що ділова репутація цінна як майновою своєю стороною, так і немайновою, а тому підхід М. К. Галянтича і Г. О. Коваленко, який полягає в тому, що, на їхню думку, цю категорію не можна віднести до особистих немайнових прав [4, С. 10], заслуговує на увагу.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40. — Ст. 356.
3. Галянтич М. Захист ділової репутації: цивільно-правові проблеми // Право України. — 2001. — № 1. — С. 97–100.
4. Галянтич М., Коваленко Г. Честь, гідність і ділова репутація. Цивільно-правові проблеми захисту немайнових прав // Закон і бізнес. — 2000. — № 20 (442). — 13-19 травня. — С. 10.
5. Гражданское право Украины: [Учебник для вузов системы МВД Украины]: В 2-х частях. Часть 1 / А. А. Пушкин, В. М. Самойленко, Р. Б. Шишка и др.; под ред. проф. А. А. Пушкина, доц. В. М. Самойленко. — Х.: Ун-т внутр. дел; «Основа», 1996. — 440 с.
6. Гражданское право: Учебник. Часть 1. Издание третье переработанное и дополненное / [под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого]. — М.: Проспект, 1998. — 632 с.
7. Красавчикова Л. О. Понятие и система личных, не связанных с имуществом, прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. — Екатеринбург, 1994. — 36 с.

8. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Изд. 3-е, стереотип. — М.: Статут, 2001. — 354 с.
9. Савельев А. Б. Договор простого товарищества // Актуальные вопросы гражданского права / [под ред. М. И. Брагинского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права]. — М.: Статут, 1998. — С. 276–328.
10. Сліпченко С. Економічний зміст особистих немайнових прав, що забезпечують соціальне буття фізичної особи // Підприємство, господарство і право. — 2005. — № 7. — С. 14–17.
11. Харитонов Е. О. Саниахметова Н. А. Гражданское право Украины: Учебник. — Х.: Одиссей, 2004. — 960 с.
12. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. Кн. 1 / О. В. Дзера (керівник авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — 720 с.
13. Эрделевский А. Защита деловой репутации // Закон. — 1998. — № 11/12. — С. 103-106.



**Сліпченко Святослав Олександрович**

*доцент кафедри цивільного права і процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент*

**ДЕЯКІ ПИТАННЯ ХАРАКТЕРИСТИКИ ІМЕНІ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ, ЯК ОБ'ЄКТА ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА**

Ім'я — це немайнове благо, яке у світовій практиці одним з перших стало об'єктом законодавчої нормотворчості та отримало широке закріплення в законодавстві різних країн. Проте до цих пір розуміння і характеристика вказаного об'єкта викликає труднощі в теорії права.

Ґрунтуючись на загальних ознаках об'єкта цивільного права, розглянемо деякі елементи характеристики зазначеного блага.

1. Незважаючи на свою нематеріальність (тобто відсутність фізичної субстанції), в правовій літературі дане благо одним з перших було віднесено до об'єктивованого «духовного» [7, С. 30; 6, С. 22]. Утворюючись свідомістю, наприклад людини, якій надано право вибору імені дитини, воно об'єктивується шляхом реєстрації в актах цивільного стану або, наприклад, шляхом позначення себе у творі під тим чи іншим псевдонімом [7, С. 30]. Завдяки цьому, як зазначають Я.М. Магазінер, С.Ф. Кечекьян, М.Л. Нохріна, Р.Ю. Молчанов та ін, воно здатне виступати об'єктом цивільних правовідносин.

2. Як наголошується в правовій літературі, ім'я являє собою спосіб позначення людини [8, С. 123; 3, С. 130], засіб [1, С. 143] формальної індивідуалізації особистості [5, С. 136-145], атрибут і пов'язує з собою всю сукупність уявлень про зовнішній і внутрішній якостях його носія [8, С. 123]. Наведене поняття дозволяє скласти лише загальне уявлення про даний об'єкт. Однак цього недостатньо, оскільки таке поняття буде мати слабку здатність вирішувати практичні завдання. По-перше, незрозуміло, наскільки «вся сукупність уявлень» про носії повинна бути повною або ж може вбирати в себе тільки частину якихось уявлень. По-друге, приватне життя людини, особисті

папери, його зображення, честь, ділова репутація і т.д. також можуть пов'язувати «із собою всю сукупність уявлень про зовнішні і внутрішні якості його носія». Тоді ми маємо ситуацію, коли за допомогою різних мовних виразів (особисте життя, особисті папери, ділова репутація, ім'я і т. д.) визначено одне конкретне смислове значення — «вся сукупність уявлень про зовнішні та внутрішні якості його носія», що дає можливість поставити знак рівності між цими поняттями. Це було б алогічним і свідчило б про відсутність такої ознаки об'єкта, як відособленість (визначеність). Більше того, продовжує залишатися незрозумілим, в чому проявляється визначення такого атрибуту, наприклад, як Микола чи Іван Іванович, що належить різним людям.

В Україні однією з перших робіт, в якій комплексно були досліджені проблеми здійснення та захисту права на ім'я як особистого немайнового права, є робота Р. Ю. Молчанова [6]. Вказаний автор, обґрунтовуючи визначення імені як об'єкта цивільного права, ґрунтувався на теорії об'єкта-блага, яка отримала своє відображення в ЦК України [9]. Це дозволяє використовувати запропоноване Р. Ю. Молчановим поняття імені як вихідне та визначити ознаки, що характеризують його як об'єкт цивільного права.

Згідно з твердженнями зазначеного автора, ім'я — це об'єктивоване зовнішнє благо, яке завдяки своїм корисним властивостям задовольняє потребу людини. Воно належить особі. У свою чергу, норми права, враховуючи здатність імені задовольняти людські потреби, забезпечують можливість здійснювати або вимагати здійснення певних дій або утримуватися від дій по відношенню до цих благ [6, С. 10]. Звертає на себе увагу, що запропоноване поняття містить у собі всі основні елементи характеристики об'єкта цивільного права як блага. Це: корисність властивостей, здатних задовольняти потреби суб'єктів (споживча корисність); приналежність (доступність до володіння) учаснику цивільних правовідносин; забезпеченість з боку норм права певної поведінки осіб по відношенню до цього блага.

3. Спираючись на прийняте в якості вихідного поняття імені, виділимо ознаки його визначеності й об'єктивованості, як об'єкта цивільних прав. Для цього визначимо структуру характеристики даного блага.

Необхідно відзначити, що слово «ім'я» не тільки використовується для вказівки на засіб позначення людини, але є загальнонауковою категорією, яка має багатоаспектне значення. У різних наукових дисциплінах під ім'ям розуміються різні, а часом і несумісні категорії. Звертають на себе увагу дослідження в галузі логіки, яка витратила чимало зусиль на з'ясування того, що являє собою ім'я. Мабуть, ні в якій іншій сфері імена не трактуються так всебічно, глибоко і послідовно, як у дослідженнях даної галузі знань [4]. Тому для загального розуміння напрацювання саме цієї науки і були взяті за основу для характеристики імені фізичної особи.

З позиції, виробленої в логіці, ім'я — це мовне вираження у вигляді окремого слова або словосполучення, що має певний сенс та позначає або іменує будь-який позамовний об'єкт (предмет). При цьому під об'єктом (предметом) розуміється все те, що ми можемо назвати. У свою чергу, мова — це знакова інформаційна система, що виконує функцію формування, зберігання і передачі інформації в процесі пізнання дійсності і спілкування між людьми [2]. Таким чином, ім'я як мовна категорія має дві обов'язкові характеристики або значення: предметне (об'єктне) значення і смислове значення. Вони вказують, що ім'я позначає об'єкти (предмети) тільки через їх зміст.

Предметне значення (денотат) імені — це один або безліч будь-яких об'єктів, які цим ім'ям позначаються [2]. Наприклад, денотатом імені «Володимир Кличко» буде та конкретна людина, яка цим ім'ям позначається, а «легковий автомобіль» — безліч певних речей.

Смислове значення (смысл або концепт) імені — це відомості про об'єкти, тобто про наявність притаманних їм властивостей, якостей, за допомогою яких виділяють безліч предметів або з безлічі один — конкретний [2]. У наведеному прикладі змістом слова «Володимир Кличко», наприклад, можуть бути наступні характеристики: це громадянин України, чемпіон світу з боксу в суперважкій вазі і т.д.

Таким чином, в логіці під ім'ям розуміється мовне вираження у вигляді окремого слова (слів), що має як предметне значення, тобто вказує на конкретний предмет або людину, так і смислове значення, тобто вказує на відомості, властивості, за допомогою яких щось конкретне можна виділити з безлічі.

Серед різновидів імен розрізняють імена окремих об'єктів (наприклад, Сталін, Наполеон, «Титанік» і т.д.) і імена класів (наприклад, чоловіки, жінки, дівчата і т.д.). Очевидно, що ім'я фізичної особи відноситься до імен окремих об'єктів.

4. Спираючись на прийняте в якості вихідного поняття імені як об'єкта цивільного права і проєктуючи на нього його значення в логіці, отримуємо наступну характеристику даного блага.

По-перше. Ім'я людини — це якесь мовне вираження, якийсь знак, що позначає позамовний об'єкт — людину (денотат).

По-друге. За допомогою такого мовного вираження, як ім'я, здійснюється персоніфікація конкретної людини. При цьому, враховуючи, що різні люди можуть носити імена, що збігаються (в цілому або в частині, наприклад, прізвище, по батькові і т.д.), для їх відокремлення і визначеності в кожному конкретному випадку можуть використовуватися один або кілька додаткових елементів. Наприклад, Петро I (номер), Джорж Буш-молодший (вік), Іван Грозний (прізвисько) і т.д.

Обсяг мовної форми (повноти імені), використовуваної в кожному конкретному випадку, визначається критерієм необхідності і достатності. Так, якщо в компанії, що складається з десяти чоловік, знаходиться лише один Андрій, то для його персоніфікації згадки прізвища не потрібно. Необхідно і достатньо вказати лише на ім'я — Андрій. Ситуація зміниться, коли в компанії їх два або три. Відомо, що в Стародавньому Римі ім'я вільного громадянина складалося з п'яти елементів. Наприклад, повне ім'я Цицерона виглядало так: Марк Тулій Марка Корнелій Цицерон (Марк — ім'я, Тулій — рід, Марка — ім'я батька в родовому відмінку, Корнелій — триба, Цицерон — почесне ім'я або, точніше, прізвисько). Однак сьогодні в більшості своїй для персоніфікації людини, яка носила це ім'я, достатньо лише згадки Цицерон. Навіть такий ступінь відособленості імені дозволяє формувати, зберігати або поширювати відомості про його носія. При недостатності такої визначеності використовуються додаткові елементи. Наприклад, в стародавньому Римі старший син часто успадковував всі імена батька, і таким чином в одній родині виявлялося кілька людей з однаковими іменами. Наприклад, знаменитий римський диктатор і полководець Гай Юлій Цезар успадкував своє ім'я від батька і, щоб відокремити останнього, до його імені додали приставку «старший». Щоб встановити визначеність імені

---

\* В даному випадку, використано понятійний апарат, притаманний дисципліні «Логіка».

внучатого племінника, якого усиновив полководець Юлій Цезар, до нього додали спочатку Октавіан, а згодом — Август, і вийшло ім'я Гай Юлій Цезар Октавіан Август.

По-третє. Оскільки ім'я — це мовне вираження, а мова є знаковою інформаційною системою, яка виконує функцію формування, зберігання та передачі інформації, то ім'я людини виконує функцію формування, зберігання та передачі відомостей про нього, про його риси, вчинки, навички і т.д. У даному випадку мова йде про смислове значення. Наприклад, використовуючи ім'я Омар Хайям, ми не тільки відтворюємо певне мовне вираження, але і персоніфікуємо конкретну особу, а також використовуємо відомості про неї як про відомого поета, мудреця, який жив більш ніж дев'ятсот років тому і т.д.

Таким чином, ім'я — це не тільки якийсь розпізнавальний знак (набір звуків, літер або слів), мовна форма позначення людини, тобто зовнішній прояв (зовнішня сторона) даного блага, але й позначення певної сукупності відомостей про носія, що дозволяють його індивідуалізувати, персоніфікувати, тобто внутрішній прояв (внутрішня сторона), прояв функціонального призначення. Видається, що саме внутрішня сторона імені, яка через зовнішній прояв стає доступним для сприйняття, використання, і представляє цінність для суб'єктів правовідносин. Така точка зору вже має своїх прихильників в Україні [6].

Очевидно, що завдяки мовній формі вираження, ім'я, як особистий і нематеріальний об'єкт, створений свідомістю людини, здатне виявлятися зовні, тобто існувати як об'єктивоване «духовне» благо [7, С. 30; 6, С. 8].

Способи об'єктивації можуть бути різними. Наприклад, реєстрація в актах цивільного стану імені новонародженої дитини вказує на те, що певні слова (прізвище, ім'я, по батькові) обрані в якості мовного вираження, персоніфікують певну людину, навколо яких будуть формуватися відомості про їх носії. Об'єктивація імені може здійснюватися і шляхом позначення себе у творі науки, літератури, мистецтва під тим чи іншим псевдонімом [7, С. 30].

Таким чином, через реєстраційну процедуру легальне ім'я (ім'я, прізвище, по батькові) або псевдонім — через об'єктивну форму вираження (наприклад, підписання твору, сценічне ім'я і т.д.) формалізується, об'єктивується і здобуває свою визначеність, відособленість.

Дана ознака дозволяє встановлювати панування, монополію над нематеріальним об'єктом, визначити його правовий режим, зміст суб'єктивних прав і способи їх здійснення.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Агарков М. М. Право на имя. Сборник статей по гражданскому и торговому праву. — М.: Статут, 2005. — 620 с.
2. Александр. Логика и язык. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://ksu.ru/f18/bin\\_files/\\_51.doc](http://ksu.ru/f18/bin_files/_51.doc)
3. Егоров Н.Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. — Л.: Издательство Ленинградского университета, 1988. — 176 с.
4. Ивин А.А. Логика. Учебник для гуманитарных факультетов. М.: ФАИР-ПРЕСС, 2002 Библиотека Фонда содействия развитию психической культуры (Киев). [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://psylib.org.ua/books/ivina01/txt03.htm>

5. Красавчикова Л. О. Понятие и система личных неимущественных прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации. — Екатеринбург: Уральские военные вести, 1994. — 200 с.

6. Молчанов Р.Ю. Здійснення та цивільно-правовий захист особистого немайнового права на імя: Автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук.: спец. 12.00.03. — Харків, 2009. — 22 с.

7. Нохрина М.Л. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными. — СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс». — 2004. — 372 с.

8. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998. — 353 с.

9. Сліпченко С.О. Поняття об'єкта цивільного права за ЦК України // Право України. — 2007. — № 12. — С. 80-84.



**Ворсуль Вероніка Костянтинівна**

*Аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна*

## **РЕАЛІЗАЦІЯ ІНТЕРЕСІВ В ШЛЮБІ SINE MANU**

Римські юристи досить ідеалістично визначали шлюб. Наприклад, Модестін писав: «Шлюб є союз чоловіка і жінки, спільність всього життя, єднання божественного і людського права» [1, С. 16]. Між тим в усі часи рабовласницької держави дружина, ніколи не займала рівного з чоловіком становища. Вона завжди знаходилася в залежності від батька, чоловіка, брата, опікуна тощо. Йдеться не про традиційну моральну чи фактичну залежність, а про правову нерівність.

У ранній період римської історії правильний (законний) римський шлюб називався *cum manu* (шлюб з чоловічою владою). За цим шлюбом жінка потрапляла в повну залежність від чоловіка чи домовладки, якщо чоловік сам знаходився під владою батька. Вона була на становищі дочки у батьків свого чоловіка, втрачала родинні зв'язки зі своїми батьками і родичами. Влада чоловіка в цьому шлюбі була безмежна.

Найбільш поширеною і простою формою укладання шлюбу у Римі був *usus*, тобто шлюб внаслідок безпосереднього проживання жінки у будинку чоловіка протягом року [2]. Але вже Закони XII таблиць допускали можливість укладання шлюбу, за яким дружина не потрапляла під повну владу чоловіка. Жінка мала право перешкодити встановленню влади чоловіка, залишаючи будинок чоловіка на три доби поспіль (*usurpatio trinocti*), тим самим перериваючи перебіг давності володіння. Таким чином вона зберігала незалежність. Поступово на зміну цьому шлюбу приходив новий шлюб без влади чоловіка *sine manu mariti*, і вже в класичний період римського права цей вид шлюбу остаточно витісняє шлюб з чоловічою владою. При шлюбі *sine manu* дружина виходить з-під необмеженої влади свого чоловіка. Вона або зберігає за собою статус особи свого права, або продовжує перебувати під владою свого батька та зберігає свою особисту і майнову незалежність. Встановлюючи не тільки сам факт виникнення шлюбу, але



і режим майна чоловіка і жінки, він у комплексі з деякими угодами, був тією самою договірною конструкцією, що захищала інтереси чоловіка і жінки в шлюбі.

Отже, зміни, що відбулися в суспільній свідомості щодо ролі жінки у відносинах як майнового, так і особистого немайнового характеру, відбилися у юридичній системі оформленням і розширенням практичного застосування інституту шлюбу *sine manu* і його контрактної складової, що захищала інтереси дружини: «Створивши вільну форму шлюбу з рівністю чоловіка і жінки, з повною волею розлучення, римське право зробило величезний історичний стрибок, надовго випередивши інші народи в регулюванні шлюбних відносин» [3, С. 64].

Шлюб *sine manu* сам по собі ніяк не відбивав на майнових правах сторін, тому що жінка при його укладанні не перетерплювала додаткових обмежень, чоловік також зберігав свої права відносно наявного у нього майна. Винятком із зазначеного були наступні два види режиму майна, що виникали у зв'язку із встановленням шлюбних відносин, створенням нової родини. Це режими приданого та дошлюбного дарунку — їх можна назвати механізмами захисту майнових інтересів подружжя у разі розлучення.

Відповідно до угоди про придане, двома *pater familias* осіб, що вступають у шлюб, частина матеріальних цінностей відокремлювалася і передавалася з боку родини чоловіка і жінки на час існування шлюбу чоловіку, що мав обмежені речові права у їхньому відношенні, а у випадку припинення шлюбу поверталася назад. Установлення приданого відбувалося за допомогою різних механізмів: у формі стипуляції на користь чоловіка або шляхом відмовлення за заповітом із зобов'язальним ефектом, в особливій формі вираженого словесного одностороннього зобов'язання, у результаті якого заявник брав на себе обов'язок передачі на користь майбутнього чоловіка перерахованих матеріальних об'єктів. При припиненні шлюбу у зв'язку зі смертю дружини придане залишалося чоловікові і, навпаки, якщо шлюб припинявся внаслідок смерті чоловіка, придане поверталася жінці. Придане поверталася жінці й тоді, коли шлюб припинявся розлученням за ініціативою чоловіка або з його вини. Чоловік визнавався власником приданого, але юристи вважали, що «хоч придане знаходиться в майні чоловіка, однак воно належить дружині» (D. 23.5.75) [4]. Отже, з моменту відокремлення приданого з загальної сукупності майна родини чоловіка і жінки, воно нерозривно ототожнювалося з дружиною. Фактично під приданим розумілося майно, призначене дружині у випадку розлучення з вини чоловіка. Розлучення було юридичним фактом, одним з обов'язкових наслідків якого було повернення приданого. «Представлення про приналежність приданого бере до уваги окрему особистість: про придане говорять як про майно самої жінки саме в ситуації самого розлучення. Однак асоціативний зв'язок цих речей з жінкою повинний бути досить стійким, щоб у випадку розлучення стала можлива реанімація відносин приналежності» [5, С. 295]. Повернення приданого включало окрім споконвічно переданого майна усі плоди і збільшення речей, що не були спожиті під час шлюбу. З огляду на нерозривний зв'язок жінки, що вступила в шлюб, з *dos*, представляється абсолютно природним наявність у неї правомочності на позов з метою захисту власних інтересів, спрямований на витребування переданого в парну родину з боку її родини майна в зв'язку з розірванням шлюбу. Обмеженням правом на позов володів і *pater familias*, що надав придане. Зазначене обмеження виявлялося в ситуаціях, коли розірвання шлюбу відбувалося за вимогою домоволодаря дружини, у такому випадку він не мав права вимагати придане без попередньої згоди на то підвладної жінки. Таким чином, домоволодар чоловіка і дружини не міг самостійно ні зажадати придане, ні наказати чоловіку

стипулювати його повернення без згоди підвладної жінки [6, С. 45]. Дане правило варто визнати важливим бар'єром, що захищав інтереси жінки, адже він перешкоджав *pater familias* самовільно без згоди заміжньої жінки вимагати припинення шлюбу.

В інтересах чоловіка *dos* міг залишитися тільки як штраф з боку дружини за неналежне ставлення її до обов'язків. Але і тут інтереси дружини також ретельно охоронялися. Зокрема, існувало і інше майно, яке вона могла залишити собі як штраф з боку чоловіка, так званий *donatio ante nuptias*, дошлюбний дарунок. Він приблизно дорівнював вартості її приданого. Насправді дарування тут не було, бо чоловік залишався власником майна, яке обіцяв дружині замість приданого, користувався ним, як і раніше, однак при розлученні з його вини це майно переходило у власність дружини як штрафна компенсація. Найімовірніше, це був заклад на випадок розлучення, при якому дружина мала право не лише вимагати назад придане, а й могла вимагати передачі цього умовного дарування з боку чоловіка. Але якщо шлюб припинявся з вини жінки, то вона втрачала на користь чоловіка і придане, і дошлюбний дарунок.

Використання таких договірних конструкцій, як угоди про придане і дошлюбний дарунок зіграли важливу роль в остаточному відмовленні від норм звичайного права і теологічних правил поведінки при регулюванні шлюбних відносин майнового характеру. Установлення режиму частини майна чоловіка і дружини за допомогою висновку приватноправових договорів варто розглядати як черговий крок до подальшого розширення об'єкта регулювання сегмента приватного права, пов'язаного з відносинами в шлюбі. Але, визнаючи ступінь розширення інтересів дружини у цьому випадку, необхідно чітко розмежовувати придане і майно, що знаходиться у власності подружжя, яке могло бути отримане одним з його членів у будь-який час, незалежно від перебування або не перебування в шлюбі на підставі здійснення різних угод [6, С. 45].

Майнові інтереси жінки охоронялися таким чином, що право забороняло будь-яке дарування між подружжям, щоб не допустити матеріальної залежності дружини від чоловіка. Як зазначав Ульпіан: «...пращури заборонили дарування між чоловіком і дружиною; вони оцінювали гідну поваги любов лише на підставі щиросердечного настрою і піклувалися про репутацію чоловіка і жінки, щоб подружжя згода не мала вигляд придбаного за допомогою ціни і щоб кращий не впав в бідність, а гірший не збагатився» (Д.24.1.3) [4]. Окрім того, з метою охорони інтересів жінки було заборонене відчуження чоловіком без згоди дружини детальних нерухомостей.

Щодо розлучення, то воно було доступно чоловіку при усіх формах шлюбу, а для дружини тільки в шлюбі *sine manu*. При шлюбі *sine manu* розлучення (*divortium*) відбувалося шляхом подання односторонньої заяви як з боку чоловіка, так і жінки, а також за взаємною згодою обох сторін. Таким чином, дружина могла реалізувати деякі свої немайнові інтереси, а в разі неможливості — подати заяву на розлучення.

Отже, проаналізувавши особливості майнових та немайнових правовідносин подружжя у римському шлюбі *sine manu*, можна дійти висновку, що саме в цьому шлюбі були наявні дієві механізми захисту інтересів чоловіка та жінки. З часом саме шлюб *sine manu* набув найбільшого поширення, тоді як так звані «правильні» форми шлюбу все більше занепадали, зберігаючись, головним чином, у жрецьких і патриціанських родинах.

### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Агафонов С. А. Римське право: Навч.-метод. посіб. для самост. вивч. дисципліни. — К.: КНЕУ, 2005. — 143 с.
2. Римское частное право: Учебник / [под ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского. — М.: Юриспруденция, 2000. — 448 с.
3. Хутыз М. Х. Римское частное право. Учебное пособие. — Краснодар.: Кубанский Государственный Университет, 1993. — 366 с.
4. Дигести Юстиниана. — М.: Юрид.літ-ра, 1984.
5. Дождев Д. В. Римское частное право: Учеб. для вузов. — М.: Инфра М-Норма, 2007. — 420 с.
6. Памятники Римского права. Юлий Павел. Пять сентенций к сыну. Фрагменты Домиция Ульпиана / Пер. с лат. Штаерман Е. М. / [под ред. Л. Л. Кофанова. — М.: Зерцало, 2008. — 614 с.



**Клименко Татьяна Евгеньевна**

*студентка Одесского национального университета им. Мечникова*

### РАЗВИТИЕ НАСЛЕДСТВЕННОГО ПРАВА: ПЕРВООБЩИНСКИЙ СТРОЙ — НАШЕ ВРЕМЯ

Среди известных правовых институтов одним из важнейших является наследование, упоминание о котором можно найти в самых первых письменных источниках: глиняных табличках Шумера, египетских папирусах и т.д. Отношения, связанные с наследованием, — это одна из сфер общественных отношений, которая непременно, хоть раз в жизни, но затрагивает почти каждого человека.

Процесс перехода имущества после смерти лица к другим начал происходить еще при первобытнообщинного строе. В первый период этого строя, **при матриархате** существовал групповой брак, при котором группа женщин находилась в браке с группой мужчин. При такой форме брака, отец ребенка не мог быть установлен с достоверностью, поэтому счет родства велся по женской линии. Именно поэтому должное умершему имуществу распределялось между родственниками, чаще переходило по наследству ближайшему кровным родственникам со стороны матери. Если умирала женщина, ее имущество переходило к детям и сестер (но не к братьям). В целях укрепления экономической основы родовой общины обычай не допускал выхода имущества умершего за пределы рода [1; 2, С. 13].

Во времена **патриархата** «промыслом занимались только мужчины, потому им стала принадлежать главенствующая роль в хозяйственной жизни» [1]. Появилась потребность сохранения собственности в рамках семьи, чтобы после собственника его имущество наследовали близкие ему лица — дети. Происхождение детей стали считать по отцовской линии. Возникло агнатическое родство, которое охватывало главу семьи, его жену, их сыновей и незамужних дочерей, жен сыновей с их детьми, а также усыновленных лиц. Замужняя дочь теряла агнатическое родство и становилась агнаткой и членом рода своего мужа. Патриархальная семья постепенно распадалась на индивидуальные семьи.

В конце патриархата наследниками первой очереди признавались дети наследодателя, но в своих правах они не были в одинаковом положении. Так, после смерти отца наследственное имущество переходило к сыновьям, которые обязаны были содержать своих сестер и обеспечить их приданым. Дочери умершего призывались к наследию только при отсутствии у наследодателя сыновей. В этом случае, наследницы не имели права вступать в брак с мужчинами с другого рода. Для сохранения имущества в одном роде, допускались браки между сородичами [2, С. 15]. С зарождение частной собственности, возник институт наследования по завещанию.

Основным источником права Киевской Руси XI века была «Русская правда», которая и регулировала наследственные правоотношения. Наследования имело место как по завещанию, так и по закону. При наследовании по закону наследниками первой очереди являлись сыновья умершего, которые делили имущество в равных долях. Имущество матери поступало тому из детей, «у кого она жила и кто её кормил» [3, Ст. 103]. Отцовский двор всегда без раздела передавался младшему сыну [3, Ст. 100]. Незамужние дочери при выходе замуж получали от своих братьев приданое. При отсутствии сыновей у низших сословий, дочери не признавались наследниками, и имущество поступало в распоряжение князя.

Круг наследников по завещанию ограничивался лишь детьми и супругом. После смерти мужа, жене возвращалось то имущество, которое находилось под опекой мужа (приданое) [3, Ст. 93].

**Период капитализма.** Континентальная система (семья) права складывалась в отличие от англосаксонской системы под непосредственным влиянием правовой системы Франции. В соответствии с Французским ГК 1804 г. наследство передавалось как по завещанию, так и по закону. Было установлено 3 формы завещания: собственноручное завещание, публичное завещание и тайное завещание. Было установлено и очереди наследников по закону: 1) родственники наследодателя по нисходящей линии, 2) родители умершего, а также его братья и сестры с их потомством, 3) дед, бабушка, прадед, прабабушка, 4) другие родственники до 6 колена включительно [4]. Источником права англо-саксонской семьи является судебная практика. Этой системой допускается свободная форма завещания. Неограниченная свобода завещания и отсутствие института обязательной доли — характерная черта англо-американского наследственного права. Характерная особенность англо-американского наследственного права состоит в том, что наследственное право после смерти наследодателя переходит сначала не к наследникам, а к назначенному завещанию или судом управляющего, который до передачи наследникам имущества управляет им, рассчитывается по долгам наследодателя, а наследие, оставшаяся передает наследникам.

Основным источником русского **дореволюционного** наследственного права являлась ч. 1 тома X Свода законов Российской империи, изданного в 1832-1833 гг. Русское дореволюционное законодательство не рассматривало наследственное имущество как единое целое, а подразделяло его на две самостоятельные наследственные массы с особым порядком их преемства. Родовое имущество могло переходить только к наследникам по закону, а для остального имущества существовал общий порядок наследования. Наследование имело место не только после смерти наследодателя, но и после лишения лица всех прав состояния, пострижения в монашество, признания лица безвестно отсутствующим [5].

Наследование по закону в дореволюционной России так же, как и в других буржуазных государствах, строилось на началах кровного родства. Однако кровное родство здесь не ограничивалось определенной степенью. Наследником по закону мог быть самый отдаленный родственник, если не оставалось более близких родственников. В связи с этим законодатель вынужден был приложить к закону соответствующую таблицу, показывающую степень родства. К первой очереди относились дети наследодателя. Только родные дети имели право наследовать у своих родителей (не у мачехи, не у отчима). Внебрачные дети имели право только на наследство матери. Внебрачные и усыновленные дети не имели права на родовое имущество. При отсутствии нисходящих к наследованию призывались ближайшие родственники по боковой линии, т. е. братья и сестры умершего [5, Ст. 1134], далее призывались дяди, тети и их потомство. При отсутствии боковых родственников второй линии к наследованию призывались боковые родственники третьей линии (двоюродные дед и бабка и их нисходящие).

Царский закон не признавал наследниками родителей и других восходящих родственников. Родителям предоставлялось лишь право пожизненного владения имуществом, приобретенным умершими детьми. Причем только в том случае, если у наследодателя не было детей. Кроме того, родителям возвращалось в виде дара (а не наследства) то имущество, которое они подарили детям.

Переживший супруг или супруга из недвижимого имущества получал лишь седьмую часть, а из движимого — четвертую [5, Ст. 1158]. Обязательная доля супруга, детей и родителей законом не предусматривалась [5, Ст. 1148].

Порядок наследования имущества крестьян регулировался обычаем. Наследование по завещанию не допускалось, по закону имущество передавалось трудоспособному члену семья мужского пола не зависимо от степени родства.

Составлять завещание разрешалось только в письменной форме. Допускалось домашнее и нотариальное завещание, как исключение, военно-морские, военно-госпитальные, заграничные и т.д.

Срок давности был установлен в 10 лет [5, Ст. 1244]. Закон возлагал на наследников полную ответственность по долгам наследодателя без ограничения стоимостью полученного наследства. Исключения из этого правила допускались лишь в случаях: 1) если наследодатель, совершив преступление, причинил имущественный вред другому лицу и 2) наличия бессрочных договорных обязательств, выданных наследодателем.

Развиваясь, наследственное право постепенно лишилось сословного характера, закрепился принцип единства наследственной массы, сравнялись наследственные права женщины с наследственными правами человека.

27 апреля 1918 г. был издан декрет ВЦИК «Об отмене наследования». Этим декретом отменялось право наследования буржуазной собственности, которая после смерти ее владельца становилась достоянием государства. Супруг и ближайшие родственники умершего (нисходящие, восходящие, братья и сестры), если они являлись нетрудоспособными и не имели прожиточного минимума, получали от государства содержание из имущества, оставшегося после смерти (ст. 2 декрета). Декрет установил границу максимальной части наследства-10 000 рублей.

В ст.9 декрета указан также и круг наследников. К ним относятся: 1) переживший супруг; 2) родственники по прямой нисходящей линии; 3) родственники по прямой восходящей линии; 4) полнородные и неполнородные братья и сестры. Указанные лица получали имущество независимо от их трудоспособности и нуждаемости.

Аналогичный декрет «Об отмене наследования» 11 марта 1919 г. издала и Украинская ССР.

Дальнейшее развитие наследственное право получило в принятом в 1922 г. и введенном в действие с 1 января 1923 г. Гражданском кодексе РСФСР, который с последующими изменениями и дополнениями действовал до 1 октября 1964 г.

Ст. 416 сохранила предел максимальной доли в 10 000 рублей. В то же время целям предотвращения концентрации частными лицами крупной собственности в одних руках служила вплоть до 1943 г. прогрессивная шкала налогообложения наследства, предусматривавшая изъятие в качестве налога до 60% стоимости наследства, если она превышала 200 000 руб., и до 90 % стоимости наследства, превышавшей 500 000 руб. При этом наследственное имущество стоимостью до 1000 руб. вообще освобождалось от налогообложения.

ГК установил узкий круг наследников: 1) прямые нисходящие умершего (дети, внуки, правнуки); 2) переживший супруг; 3) нетрудоспособные и неимущие лица, фактически находившиеся на полном иждивении умершего не менее одного года до его смерти [6, Ст. 418]. При отсутствии указанных наследников имущество признавалось вымороченным и поступало в доход государства.

При наследовании по закону призывались одновременно все 3 очереди, и наследство делилось между ними в равных долях. Отказ от наследства в пользу другого наследника закон не допускал.

При наследовании по завещанию завещатель мог по своему усмотрению распределить имущество между 3 очередями.

Наследник принявший наследство отвечал по долгам наследодателя в пределах действительной стоимости наследственного имущества [6, Ст. 434].

Постановлением ВЦИК и СНК РСФСР от 15 февраля 1926 г. «Об отмене максимума наследования и дарения» были отменены ст. 416 ГК РСФСР. В результате стало допускаться наследование по закону и по завещанию всего наследственного имущества независимо от его стоимости.

Постепенно начинает расширяться круг наследников. Так, с введением 1 марта 1926 г. института усыновления, усыновленные и их потомство стали наследовать после усыновителей. В отличие от других союзных республик, в УССР не был принят закон об обязательной доле в наследстве, но судебная практика, руководствуясь ст. 1 ГК УССР 1922 г., признавала частично недействительными такие завещания, в которых несовершеннолетние наследники лишались наследства.

Наиболее существенные изменения в наследственное право были внесены Указом Президиума Верховного Совета СССР от 14 марта 1945 г. «О наследниках по закону и по завещанию». Была установлена очередность призвания к наследованию. К наследникам первой очереди относились дети, супруг, нетрудоспособные родители умершего, лица, состоявшие на иждивении не менее 1 года. В случае отсутствия указанных наследников или непринятия ими наследства к наследованию по закону призывались наследники второй очереди — трудоспособные родители, далее наследники третьей очереди: братья и сестры умершего. Внуки и правнуки умершего призывались к наследованию только в порядке представления.

В результате введения очередности призвания к наследованию по закону: а) прекратилось чрезмерное дробление наследства, б) наследственное имущество, как правило, стало оставаться в семье умершего. До издания этого закона родители, братья и сестры умершего т. е. ближайшие родственники покойного, не

будучи иждивенцами последнего, не могли быть наследниками ни по закону, ни по завещанию.

В 1964 г. на смену Гражданскому кодексу РСФСР 1922 г. был принят новый Гражданский кодекс РСФСР (далее — ГК РСФСР 1964 г.). Согласно ст.532 ГК РСФСР 1964 г. наследниками по закону являлись: первая очередь — дети (в том числе усыновленные), переживший супруг и родители (усыновители) умершего, а также ребенок умершего, родившийся после его смерти; вторая очередь — братья и сестры умершего, а также его дед и бабушка со стороны обоих родителей [7, Ст. 532]. Законодатель вновь сократил число очередей до двух, впрочем, как и большинство гражданских кодексов союзных республик в те годы.

ГК 1964 г. усилил роль семейно-правовых связей в наследовании, а также уменьшил значение наследования как формы материального обеспечения нетрудоспособных родственников и иждивенцев умершего.

Действующим законодательством, вместо двух, введено пять очередей наследников по закону:

- 1) дети, супруг и родители
- 2) братья и сестры наследодателя, его бабушка и дед как со стороны отца, так и со стороны матери.
- 3) родные дядя и тетя наследодателя
- 4) прадедушки и прабабушки
- 5) другие родственники наследодателя до 6 степени родства включительно и иждивенцы наследодателя [8, Ст. 1262-1266].

Гражданский кодекс Украины от 16 января 2003 г., воплотил идею широкого охвата числа лиц, к которым может перейти наследство при отсутствии завещания, отказался от императивности при наследовании по закону, расширил свободу собрания и круг объектов наследственного правопреемства, отменил особый правовой режим наследования предметов домашней обстановки и денежных вкладов и является следствием реформирования гражданского законодательства периода становления Украины как независимого государства.

Таким образом, совершенствованию вопроса правового регулирования способствовали коренные изменения общественной жизни в нашей стране. Говоря о совершенствовании законодательства, следует отметить, что в данный момент, институт наследования не может учитывать всех новшеств, введенных новыми разработками, например, в области медицины и биотехники. Следовательно, ожидаются новые изменения в ГК.

#### **ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ:**

1. Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства. — М, 1963. — 361 С.
2. Немков А. М. Очерки истории наследственного права — Воронеж, 1979. — 97 с.
3. Тихомиров М. Н. Пособие для изучения Русской Правды — Москва: Издательство Московского Университета, 1953. — 192 с.
4. Французский гражданский кодекс 1804 года: пер. И. С. Перетерского — М.: Юрид.изд. НКЮ СССР, 1941. — 471 с.
5. Хрестоматия по истории государства и права России / [под ред. И. А. Исаева]. — М. 1997. —145 с.
6. Гражданский кодекс РСФСР с постатейно-систематизированными материалами. Изд. 3-е. — М., 1928. — 311 с.

7. Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / [отв. ред. С. Н. Братусь, О. Н. Садилов]. — М.: Юридическая литература, 1982. — 639 с.

8. Гражданский кодекс Украины: С изменениями и дополнениями по состоянию на 1 января 2008 года / Составители: В. И. Борисова, В. Л. Яроцкий. — Харьков: Право, 2008. — 432 с.



**Ковальчук Альбіна Миколаївна**

*аспірант Хмельницького університету управління та права*

## **СУБ'ЄКТИ ПРАВА НА ОBOB'ЯЗKOBY ЧACTKY MAЙHA Y CПAДЩИHІ**

Суб'єктами спадкового правовідношення виступають спадкоємці. Спадкодавець не може бути визнаний безпосереднім учасником правовідношення, оскільки останнє виникає лише після його смерті і внаслідок її настання. Проте воля спадкодавця є важливим фактором, за допомогою якого формується склад спадкового відношення — призначаються спадкоємці, визначається обсяг спадкового майна, права і обов'язки учасників спадкового відношення та третіх осіб, причетних до спадкування.

Спадкодавець вправі висловити своє волевиявлення шляхом складання заповіту, у тексті якого вказати осіб, яких він призначає спадкоємцями, визначити розмір їхніх часток у спадщині, зробити інші розпорядження майнового та немайнового характеру.

При спадкуванні за законом роль і значення волі спадкодавця зовсім не зменшується, оскільки спадкування за законом, як вірно зауважував проф. С. М. Братусь, «засноване на припущенні, що закон, яким встановлюється коло спадкоємців, черговість їх закликання до спадкування, розміри спадкових часток, відповідає волі спадкодавця, який не побажав або не зміг висловити свою волю інакше — шляхом складання заповідального розпорядження» [1, С. 63.].

Одним з найбільш проблематичних питань щодо суб'єктного складу спадкових правовідносин є визначення кола суб'єктів, що мають право на обов'язкову частку у спадщині.

Право на обов'язкову частку мають малолітні, неповнолітні або повнолітні непрацездатні діти спадкодавця (у тому числі усиновлені), непрацездатна вдова (вдова), й непрацездатні батьки померлого. Коло цих спадкоємців визначається згідно з критеріями, що були використані щодо встановлення осіб, які відносяться до спадкоємців першої черги.

У ЦК України, порівняно із ЦК УРСР хоч і збережено норму щодо права спадкоємців на обов'язкову частку в спадкуванні. Натомість змінено суб'єктний склад осіб, які мають зазначене право [2]. Із зазначеного переліку осіб, які мають право на обов'язкову частку в спадщині, виключено утриманців, до яких належали непрацездатні утриманці (у віці до 16 років, а які вчаться — до 18 років; жінки — з 55 років, чоловіки — з 60 років; інваліди I, II, III груп).

Наведений перелік осіб, які мають право на обов'язкову частку, є вичерпним. Тобто, право на обов'язкову частку не мають ні спадкоємці за законом другої черги, ні спадкоємці, які спадкують за правом представлення цю частку.



Складність визначення даного кола осіб і специфіки їх можливого спадкування не дозволяє стверджувати однозначно, що ЦК України вирішив усі питання у цій сфері. Разом з тим Постанова Пленуму ВСУ від 30.05.2008 р. «Про судову практику у справах про спадкування» [3] не дала однозначних відповідей на це питання, вказавши лише, що перелік осіб, що мають таке право, є вичерпним.

Так, наприклад, якщо говорити про неповнолітніх дітей, то чи враховуватиметься у цьому випадку факт визнання неповнолітньої особи повністю дієздатною, чи все ж таки буде враховано виключно віковий фактор.

Перед тим, як визначити особливості та можливість залишення за емансипованими особами права на обов'язкову частку, необхідно зазначити, що малолітні і неповнолітні особи, як і всі інші громадяни нашої держави, відповідно до ч. 1 ст. 2 ЦК України є учасниками цивільних відносин, тобто вони наділені цивільною правосуб'єктністю. Цивільна правосуб'єктність як передумова участі малолітніх та неповнолітніх осіб у цивільних правовідносинах і цивільному обороті (активна правосуб'єктність) включає в себе здатність мати цивільні права та обов'язки (правоздатність) (ч. 1 ст. 25 ЦК України), а також здатність своїми діями набувати для себе цивільних прав і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їхнього невиконання (дієздатність) (абзац 2 ч. 1 ст. 30 ЦК України).

Треба мати на увазі, що й усиновлені діти наділені рівними спадковими правами з рідними дітьми спадкодавця.

Право спадкування визнається також і за дітьми спадкодавця, які народилися після його смерті (ст. 1261 ЦК України). Мова тут іде не про те, що дитина, яка ще не народилась, наділяється правоздатністю або будь-яким суб'єктивним правом. Закон передбачає лише захист інтересів можливого спадкоємця, до того ж ніяких прав на майно або спадкування ще не народжена дитина не має. Захист її інтересів зводиться до захисту її можливої частки за умови її народження, якщо ж дитина не народжується, то вона й не буде закликана до спадкування.

Наділення цивільною дієздатністю є однією з основних соціальних і юридичних властивостей, які характеризують особистість у правовому суспільстві. Вона включає в себе наявність у суб'єкта волі та свідомості, достатніх для здійснення розумної, свідомої діяльності, а також здатності усвідомлювати значення і наслідки вчинених ними дій. Можливість нести відповідальність за вчинене правопорушення (деліктоздатність) відноситься до дієздатності, оскільки є здатністю до набуття обов'язків певного виду. Ця дієздатність виникає у особи з досягненням нею 14-річного віку (ч. 1 ст. 33 ЦК України; ч. 1 ст. 1179 ЦК України).

В повному обсязі цивільна дієздатність виникає з настанням повноліття, тобто після досягнення 18 років, за винятками, встановленими законом.

Згідно зі ст. 51 Конституції України батьки зобов'язані утримувати дітей до їх повноліття. У державі діє механізм, що гарантує можливість реалізації права на матеріальну підтримку з боку батьків, які не виконують своїх обов'язків.

Обов'язок батьків з утримання дітей виникає з моменту народження дитини та триває до моменту досягнення особою повноліття, незалежно від бажання учасників даних правовідносин. Законодавство зобов'язує батьків надавати кошти для нормального існування дитини. Це кошти, що витрачаються на харчування, одяг, навчання, оздоровлення дитини і т. ін.

У літературі висловлена думка про те, що батьки зобов'язані утримувати неповнолітніх дітей незалежно від свого матеріального становища та умов життя, а також, від того, чи є батьківське утримання єдиним джерелом існування дітей, чи діти мають й інші кошти, у тому числі й особисті заробітки [4, С. 22]. Протилежну думку висловлює О. Й. Пергамент, говорячи про те, що в тих випадках, коли саме аліментне зобов'язання виникає незалежно від наявності достатніх коштів у зобов'язаної особи (наприклад, аліменти на утримання дітей їх батьками), аліментнозобов'язаний все ж таки звільняється від виконання покладеного на нього законом обов'язку по утриманню на той період, протягом якого за незалежних від нього причин не отримує заробітної платні та не має інших доходів [5, С. 15].

З вказаною точкою зору важко погодитись, оскільки законодавством не передбачений порядок звільнення від сплати аліментів за мотивом нужденності самої аліментнозобов'язаної особи. Це цілком закономірно, адже особа, що перебуває у важкому матеріальному становищі, буде вишукувати кошти для свого власного існування в силу того, що є працездатною або володіє певним майном, яке може принести їй прибуток. Цього не можна сказати про дітей, добробут яких нерозривно пов'язаний з матеріальними можливостями батьків.

Відповідно до ч. 1 ст. 193 СК України влаштування дитини до закладу охорони здоров'я, навчального або іншого закладу не припиняє стягнення аліментів на користь того з батьків, з яким до цього проживала дитина, якщо вони витрачаються за цільовим призначенням. Аналізуючи наведену норму, можна дійти висновку, що законодавець не виключає можливості стягнення аліментів навіть у тому випадку, коли дитина знаходиться на повному утриманні держави та у разі, коли один з батьків витрачає на неї певні кошти.

З наведеного можна зробити висновок, що малолітні та неповнолітні особи мають безумовне право на отримання, і навіть позбавлення батьківських прав не позбавляє таку малолітню чи неповнолітню особу від права на утримання відповідно до ст. 166 СК України, а відповідно і від права на обов'язкову частку майна у спадщині.

Необхідно зазначити, що ЦК України передбачає можливість надання повної дієздатності особі, яка досягла 16-річного віку і працює за трудовим договором або бажає займатися підприємницькою діяльністю (абз. 1 ч. 3 ст. 35 ЦК України).

Тобто термін «повна цивільна дієздатність» встановлює можливість працювати і забезпечувати самого себе всім необхідним. Таким чином, вказана особа могла б позбавлятися права на обов'язкову частку у спадщині, але суд не має таких повноважень, оскільки він вправі лише зменшити розмір цієї частки. На практиці дане положення важко втілюється, оскільки нотаріально процедурою видачі свідоцтва про право на спадщину передбачений порядок встановлення працездатності осіб за свідоцтвом про народження та паспортом, з яких неможливо реально встановити: працює спадкоємець чи ні.

На думку, Ж. Л. Чорної, поняття надання повної цивільної дієздатності в Цивільному кодексі розглядається ширше, ніж поняття набуття особою цивільної дієздатності в повному обсязі [6]. Справа в тому, що відповідно до ч. 2 ст. 34 ЦК України набуття дієздатності в повному обсязі пов'язується лише із досягненням повноліття та із вступом неповнолітньої особи в шлюб. А надання повної цивільної дієздатності пов'язується із записом неповнолітньої особи батьком (матір'ю) дитини (ч. 1 ст. 35 ЦК України). Ми не погоджуємося з думкою В. Н. Леженіна, який писав про те, що не можна в законодавчому порядку встановити вік, з якого

виникає батьківська дієздатність, або пов'язувати її виникнення з фактичним чи юридичним шлюбом. Далі він зазначає, що батьківська дієздатність виникає в особи з моменту народження дитини. З урахуванням цього при народженні дитини дієздатність може виникнути і у фізичних осіб, які не досягли навіть 14 років [7, С. 11]. З такою точкою зору погоджуються й інші вчені [8].

Ми погоджуємось із думкою Ж. Л. Чорною, яка вважає позицію законодавця з цієї проблеми більш вірною, оскільки народження дитини ще не є тим фактом, за яким особа повинна набувати повної цивільної дієздатності. Запис неповнолітніх (жінки) чоловіка матір'ю (батьком) дитини за їхньою заявою є підставою виникнення цивільних правовідносин, відповідно до Закону України «Про органи реєстрації актів громадянського стану» [9]. Це пов'язане з тим, що народження дитини тягне за собою необхідність здійснення батьками різних дій як фактичного, так і юридичного характеру, для яких звичайні межі дієздатності неповнолітніх осіб можуть бути занадто вузькими. Так, наприклад, придбання меблів для дитини, а також будь-якого іншого майна, оскільки правочини, які виходять за межі дрібних побутових, повинні вчинятися за згодою батьків неповнолітньої матері (батька). Це не завжди зручно, особливо у випадках, коли відносини між неповнолітньою матір'ю чи батьком і їхніми батьками ускладнюються через народження дитини. Тому реєстрація неповнолітньої особи як матері чи батька дитини повинна слугувати самостійною підставою для надання такій особі дієздатності в повному обсязі [10]. На це також вказує ст. 16 Сімейного кодексу України, в якій зазначається: «Якщо мати, батько дитини є неповнолітніми, баба, дід дитини з боку того з батьків, хто є неповнолітнім, зобов'язані надавати йому допомогу у здійсненні ним батьківських прав та у виконанні батьківських обов'язків». Тобто запис матір'ю або батьком дитини неповнолітніх батьків (за їх заявою) повинен слугувати самостійною підставою для набуття особою повної цивільної дієздатності [6].

Тому набуття названими особами повної цивільної дієздатності необхідно розглядати у сукупності з реальними відносинами між ними і спадкодавцем. Зокрема, якщо, спадкодавець надавав допомогу своїм дітям та внукам, то тоді вони вправі претендувати на обов'язкову частку в розмірі, не меншому наданої спадкодавцем допомоги. Тобто і у цьому разі встановити однозначно статус особи неможливо.

Необхідно погодитись із думкою Ж. Л. Чорної про те, що не можна ототожнювати поняття «надання повної цивільної дієздатності» і "повноліття" (якщо, звичайно, вони не збігаються за часом) [6]. Якщо особі за рішенням органу опіки та піклування (до досягнення 18 років) надається повна цивільна дієздатність, вона не стає при цьому повнолітньою. На це звертає увагу С. Букшина, яка зазначає, що емансипований неповнолітній зберігає свій статус неповнолітньої особи. У зв'язку з цим зберігається низка майнових прав, якими наділяються малолітні і неповнолітні особи [11].

Така неповнолітня особа зберігає і право на отримання аліментів від своїх батьків, хоча, виходячи із ст. 188 СК України, батьки можуть бути звільнені від обов'язку утримувати дитину, якщо дохід дитини набагато перевищує дохід кожного з них і забезпечує повністю її потреби. За законодавством Російської Федерації це питання вирішується інакше. В ч. 2 ст. 120 Сімейного кодексу РФ вказується, що виплата аліментів, які стягуються у судовому порядку, припиняється у випадку набуття неповнолітніми дітьми повної дієздатності до досягнення повноліття [12, С. 34]. Аналогічний підхід відображений і в літературі [13, С. 241; 14, С. 73]. Разом із тим його правильність викликає сумніви.

На нашу думку, що визнання неповнолітньої особи повністю дієздатною не означає безумовної зміни її матеріального становища в кращий бік. Така особа може, наприклад, займатися підприємницькою діяльністю і разом з тим не отримувати достатніх засобів до існування. Або деякий час отримувати дохід, який перевищує дохід кожного з батьків, а згодом не отримувати нічого, як і повнолітні особи, які займаються підприємницькою діяльністю. Тому звільнення батьків від сплати аліментів на утримання неповнолітньої особи повинно проводитись за рішенням суду і з урахуванням усіх обставин справи. А залишення за батьками такого обов'язку, на нашу думку, є додатковою підставою до того, щоб така особа залишала за собою право на обов'язкову частку у спадщині.

На нашу думку, ми повинні в даному випадку враховувати фактор віку та фактор спроможності самостійно забезпечувати себе матеріально і залишити за такими особами право на обов'язкову частку майна у спадщині, оскільки це відповідатиме загальним принципам цивільного права в цілому і принципам спадкування, зокрема. Тому, на нашу думку, необхідно конкретизувати у ст. 1241 ЦК України таке положення і вказати на необхідність визначення для дітей спадкодавців, яким надана повна цивільна дієздатність, підстав для такого надання і залишення за особами, що отримали такий статус у зв'язку із народженням дитини та (або) записом батька дитини права на обов'язкову частку у спадщині.

Також, на нашу думку, потребує уточнення така категорія осіб, як непрацездатні повнолітні діти, вдова (вдівець) та непрацездатні батьки. Загалом непрацездатність — це втрата або відсутність здатності до праці, яка може бути тимчасовою, тривалою або постійною. Однак визначення непрацездатних осіб, зокрема, непрацездатних батьків, у різних законах України відрізняється та залежить від обставин, які спричинили необхідність визначення таких осіб. Так, згідно зі ст. 37 Закону України «Про пенсійне забезпечення» [15] непрацездатними членами сім'ї (з метою визначення членів сім'ї, які мають право на пенсію в разі втрати годувальника), зокрема, вважаються батько та мати, якщо вони є інвалідами або досягли: чоловіки — 60 років, жінки — 55 років; один із батьків, незалежно від віку і працездатності, якщо він (вона) зайнятий доглядом за дітьми, братами, сестрами чи онуками померлого годувальника, які не досягли 8 років, і не працює.

Непрацездатність вдови (вдівця), батьків може зумовлюватися пенсійним віком та наявністю інвалідності. Але ці обставини свідчать також про потенційну непрацездатність. Однак на практиці особи пенсійного віку та інваліди працюють і отримують заробітну плату.

Можливість віднесення інвалідів III групи до непрацездатних часто оспорювалась в юридичній літературі. Так, на думку К.А.Граве, особа, віднесена до III групи інвалідності, не повинна вважатись непрацездатною по інвалідності, оскільки вона не втратила працездатності, а лише обмежена в ній [16, С. 99]. В. М. Яцкевич пише, що у відношенні інвалідів III групи слід пам'ятати, що вони, як правило, працюють. Тому аліменти на користь інваліда III групи можуть бути стягнуті тільки в тому випадку, коли встановлено, що за станом здоров'я він не може працювати [17, С. 98]. А. І. Пергамент також вважає, що інваліди III групи, як такі, що не втратили повністю здатність до праці, не визнаються, як правило, непрацездатними і стягнення на їх користь аліментів може мати місце лише в окремих випадках, виходячи лише з особливих обставин справи [5, С. 95]. Підтримує цю позицію і М. В. Антокольська, на її думку, відносно права на аліменти інвалідів III групи виникають певні сумніви. Вони також вважаються

непрацездатними в суровому розумінні цього слова, однак можуть працювати, але тільки в особливих умовах. Тому питання про сплату їм аліментів повинне вирішуватись індивідуально у кожному конкретному випадку. Якщо робота згідно з рекомендаціями може бути їм надана, вони, на думку автора, не повинні визнаватись такими, що мають право на отримання аліментів. Якщо ж вони не можуть отримати таку роботу, суд повинен визнати за ними право на утримання [18, С. 274]. Г.М. Каратиш вказує, що при визначенні розміру аліментів, що стягуються на дітей-інвалідів III групи, суди враховують наявність обмеженої можливості до праці у цих осіб, однак невірно вважати, що вони взагалі є працездатними і тому не вправі вимагати аліментів на своє утримання [19, С. 12]. На нашу думку, інвалідність сама по собі, безвідносно до групи, свідчить про непрацездатність особи. І та обставина, що інвалід III групи зберігає в якомусь обсязі працездатність, може вплинути на виникнення у цієї особи права на обов'язкову частку.

Встановлення групи інвалідності належить до компетенції медико-соціальної експертної комісії. Факт непрацездатності в суді не встановлюється, а підтверджується документально. Статус пенсіонера, інваліда засвідчується документами відповідного державного зразка.

Інвалідність встановлюється не у всіх випадках, а лише у разі стійкого порушення працездатності, що призвело хворого до необхідності припинити трудову діяльність взагалі чи на тривалий період або значно змінити умови праці. Трудовому праву і праву соціального забезпечення відоме поняття тимчасової непрацездатності, що означає неможливість за станом здоров'я виконувати роботу впродовж відносно невеликого проміжку часу.

За п. 212 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, передбачається, що непрацездатність утриманця, пов'язана з віком, перевіряється за паспортом, свідоцтвом органу цивільного стану про народження; непрацездатність, пов'язана зі станом здоров'я, — за пенсійною книжкою або довідкою, виданою відповідним органом медико-соціальної експертизи. Але непоодинокі випадки, коли визначена за такими документами непрацездатність не відповідає дійсності, оскільки багато громадян пенсійного віку працюють. Тобто закон передбачає непрацездатність, пов'язану з віком особи, а на практиці це питання не завжди реалізується у відповідності до норм закону. Аналогічне положення існує й при визначенні непрацездатності інвалідів. Тому постає питання про право особи на спадкування за правом на обов'язкову частку, коли особа "непрацездатна" за віком або за станом здоров'я, але фактично працює.

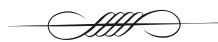
Тому, такі особи фактично не мають права на обов'язкову частку у спадщині, але суд не може їх позбавити права на спадкування навіть у тому разі, коли вони ніяких відносин із спадкодавцем не підтримували. У зазначених випадках суд може лише істотно зменшити розмір обов'язкової частки.

***Непрацездатним у сімейному праві вважається той із подружжя, який досяг пенсійного віку, встановленого законом, або є інвалідом I, II чи III групи (ч. 3 ст. 75 СК України).*** Таким чином, непрацездатність визначається за одним з двох критеріїв: а) віковим; б) медичним (стан здоров'я особи).

Таких прикладів у законодавстві є досить багато, що свідчить про той факт, що дана норма щодо непрацездатних дітей, вдови (вдівця) та батьків потребує роз'яснення або уточнення на рівні законодавства (достатньо було б хоча б роз'яснень на рівні відповідної Постанови Пленуму ВСУ). На нашу думку, вирішення вказаних проблем призведе до полегшення та конкретизації складу осіб, що мають право на обов'язкову частку у спадщині.

### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права. — М.: Госюриздат, 1963 — 196 с.
2. Ключай Н. ЦК України та ЦК УРСР. Відчуйте різницю // Юргазета. — 2004. — № 12 (24) [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://www.yur-gazeta.com/ua/oarticle/850/>
3. Про судову практику у справах про спадкування: Постанова Пленуму ВСУ від 30.05.2008 р. // Вісник Верховного суду України. — 2008. — № 6. — С. 17.
4. Взаимоотношения родителей и детей по семейному законодательству. — М.: Госюриздат, 1969. — 50 с.
5. Пергамент А. И. Алиментные обязательства.- М.: Юриздат, 1951. — 167 с.
6. Чорна Ж.Л. Надання фізичній особі повної цивільної дієздатності // Університетські наукові записки. — 2007. — № 2 (22). — С. 190-194.
7. Леженин В. Н. Право родителей на воспитание детей по советскому семейному законодательству (проблемы содержания и осуществления): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — Х., 1989. — 19 с.
8. Кидалова А. Обов'язки та права батьків щодо виховання та розвитку дитини: окремі проблеми // Право України. — 2004. — № 3. — С. 89
9. Про органи реєстрації актів громадянського стану: Закон України від 24.12.1993 р. // Відомості Верховної Ради. — 1994. — № 14. — Ст. 78.
10. Ромовська З. В. Цивільна дієздатність громадянина (фізичної особи) (до розроблення нового Цивільного кодексу) // Право України. — 1995. — № 2. — С. 24-27.
11. Букшина С. Эмансипация: проблемы и перспективы // Хозяйство и право. — 1999. — № 7. — С. 48-52.
12. Семейный кодекс Российской Федерации: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. П. В. Крашенинникова и П. И. Седугина. — 2-е изд., перераб. и дополн. — М.: НОРМА; НОРМАИНФРА — М., 2001. — 480 с.
13. Нечаева А. М. Семейное право: Курс лекций. — М.: Юристь, 2002. — 340 с.
14. Абашии Э. А. Семейное право: Учеб. пособие. — М.: Форум, ИНФРА-М, 2002. — 128 с.
15. Про пенсійне забезпечення: Закон України від 05.11.1991 р.// Відомості Верховної Ради. — 1992. — № 3. — Ст. 10.
16. Граве К. А. Имущественные отношения супругов. — М.: Госюриздат, 1960. — 476 с.
17. Яцкевич В.Н. Закон и родители. — Минск.: Беларусь, 1989. — 142 с.
18. Антокольская М. В. Семейное право: Учебник. — М.: Юристь, 1996. — 332 с.
19. Каратыш Г.М. Взыскание алиментов. — М.: Юрид. лит., 1964. — 59 с.



## **РЕЦЕПЦІЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ЗАПОВІДАЛЬНОГО ВІДКАЗУ**

Цивільне право України запозичило основні поняття та конструкції з римського приватного права. Норми сучасного цивільного законодавства звісно враховують особливості сучасних відносин, що складаються між особами; проте основоположні принципи, механізми дії тощо відомі нам сьогодні саме завдяки рецепції римського права. Тому не можна заперечувати те велике значення та вплив, який воно має для становлення і розвитку як законодавства, так і правової науки в цілому. Це спонукає нас звертатися до нього щоразу при проведенні дослідження правовідносин, що аналогічні тим, які склалися у Давньому Римі.

Спадкове право не є виключенням та бере свій початок з тих часів. Саме тому, досліджуючи правову природу заповідальних розпоряджень, ми спираємось на римське право. Незважаючи на те, що інститут спадкування за заповітом виник пізніше, спадкування за законом у римському праві, він швидко зайняв головне положення. Заповіт являв собою вольовий акт, у якому власник майна мав право сам визначити, кому і в якому обсязі після його смерті мають перейти всі права та обов'язки, що входять до цього майна [1].

У заповіті, перш за все, зазначалися спадкоємці, призначені його складачем. Поряд з цим допускалося й підпризначення спадкоємців (так звана субституція), а також передання окремих майнових вигод без обтяження їх будь-якими обов'язками. Умови заповіту включали не лише розподіл майна між спадкоємцями, але й особливі розпорядження на випадок смерті особи. До таких розпоряджень відносять легат, фідейкоміс, субституцію, а також у заповіті вирішувалися питання про призначення виконавця волі спадкодавця, відпущення рабів на волю, про осіб, котрим доручали опіку над дітьми померлого тощо [2, С. 148].

Звісно, не всі заповідальні розпорядження, зазначені вище, придатні до застосування у наш час. Але деякі види в процесі розвитку залишилися такими, що мають значення і зараз. Дослідженню одного з них ми приділимо увагу, а саме заповідальному відказу (легату).

Легат чи заповідальний відказ — це розпорядження, яке міститься у заповіті, для спадкоємця про надання майнової вигоди за рахунок спадкового майна третій особі — відказоодержувачу. Римське спадкове право класичного періоду знало 4 види легатів, що відрізнялися способами призначення відказоодержувача [3, С. 283].

Віндикаційний легат передбачав передання легатарію права власності на відказану річ чи встановлення обмеженого речового права.

Присуджувальний легат покладав на спадкоємця зобов'язання дати річ (пізніше також вчинити дію) із зазначенням об'єкта надання та особи легатарія.

Дозвільний легат (також із зобов'язальною дією) змушував спадкоємця дозволити легатарію, наприклад, заволодіти річчю, що входить до складу спадщини або належить самому спадкоємцю чи не сплачувати свій борг.

Легат з перевагами у своїй класичній формі був легатом на користь одного зі співспадкоємців, котрий міг набути річ чи право до або поза поділом спадщини.

У пост класичну епоху посилюється тенденція до об'єднання різних видів легатів. З їх злиттям було постановлено, щоб усі вони мали зобов'язальну дію. У випадках, коли могла виникати також речова дія (наприклад, відказ речі, що

входить до складу спадщини), можна було домогтися права також пред'явити речовий позов [1, С. 148; 4, С. 248-245].

Пізніше до подвійної природи легату зверталися та розкривали її відомі вчені-цивілісти. Наприклад, Г. Ф. Шершеневич зазначав, що заповідач може надати відказоодержувачу абсолютний чи відносний відказ. У першому випадку спадкодавець надає право на визначену річ, а тому набуття відказоодержувачем цього права не залежить від волі та дій спадкоємця.

Заповідач може вчинити по-іншому, надавши особі відносний відказ через зобов'язання спадкоємця вчинити дію на користь третьої особи, котра набуває право вимоги до спадкоємця. Позов, заснований на цьому праві, може бути звернений до спадкоємця не раніше, ніж останній прийме спадщину.

Таким чином, правова природа заповідального відказу зумовлює момент виникнення права у відказоодержувача, а також визначає, що обтяжується у заповіті: певне майно чи право спадкоємця. Відповідно, якщо обтяжується майно, то немає значення, чи може особа, призначена у заповіті спадкоємцем, прийняти спадщину: вона перейде до законного спадкоємця, а відказоодержувач залишиться при своєму праві [5, С. 289-290].

Еволюція такого підходу призвела до виникнення у Цивільному кодексі РФ норми, відповідно до якої заповідач може покласти на спадкоємців за заповітом чи за законом виконання обов'язку майнового характеру. Тобто, обтяження майна у заповіті зберігає свою чинність, навіть якщо спадкоємець за заповітом відмовився від прийняття спадщини. В даному випадку йдеться про зобов'язання, яке полягає у переданні речі, обтяженої правом відказоодержувача. Такий підхід зумовлює можливість існування легату поза заповітом, що не прийнятно для цивільно-правових відносин та науки в цілому.

Дійсно, обтяження майна не залежить від волі та дій інших осіб, воно слідує за майном, незалежно від того, хто і як прийматиме спадщину: за заповітом чи за законом. Тобто визначене майно насправді лежить за межами спадкової маси, а отже на певні речі у спадкоємця не виникає право власності або інше речове право. Тоді відмова прийняти спадщину за заповітом не впливає на долю того, що не входить до складу спадщини, а обов'язок вчинити дію покладається на інших спадкоємців (навіть якщо вони не спадкують за заповітом).

Звідси позиція римлян є найбільш вдалою, де переважним є зобов'язання (обтяження спадкоємця, а не майна), а речово-правовий заповідальний відказ можливий лише у окремих випадках. Не слід відкидати речові легати, вони дійсно заслуговують на існування та вивчення. Проте надавати їм перевагу перед зобов'язаннями не слід, на нашу думку. Отримання майна за заповідальним відказом все ж таки залежить не лише від волі спадкодавця, але й від дій спадкоємців.

На жаль сучасне українське законодавство обрало шлях визнання саме речових легатів, виключивши з проекту ЦК норми щодо визначення заповідальних відказів як зобов'язань з боку спадкоємців на користь третіх осіб. Щоправда зазначена можливість покладення обов'язку надати право користування рухомою чи нерухомою річчю третій особі, але це скоріш є виключенням із загального правила, закріпленого ст. 1238 ЦК України. На сьогоднішній день такий підхід є невиправданим та зумовлює виникнення невідповідності між нормативним регулюванням відповідних відносин та застосуванням норм законодавства у практичній діяльності.



### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Палшкова А. М. Особые завещательные распоряжения в римском праве // Наследственное право — 2009. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.juristlib.ru/book\\_5249.html](http://www.juristlib.ru/book_5249.html)
2. Иоффе О. С., Мусин В. А. Основы римского гражданского права. — Ленинград: Изд-во Ленинградского ун-та, 1975 — 156 с.
3. Подопригора А. А. Основы римского гражданского права: [Учеб. пособие для студ. юрид. вузов и факультетов; изд-ние 2-е, перераб.]. — К.: Вентури, 1995. — 288 с.
4. Франчози Дж. Институционный курс римского права: [пер. с итал.; отв.ред. Л. Л. Кофанов]. — М.: Статут, 2004. — 614 с.
5. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изд-нию 1907г.). — М.: СПАРК, 1995. — 556 с.



**Ромат Тетяна Євгенівна**

*аспірант кафедри права і законотворчого процесу Національної академії  
державного управління при Президентові України*

### ОСНОВНІ ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ТОРГОВЕЛЬНИХ МАРОК В УМОВАХ СЬОГОДЕННЯ

В сучасних умовах з'являються нові виклики і порушення у сфері прав інтелектуальної власності, і ця ситуація визначає необхідність упровадження відповідних механізмів її захисту. Торговельна марка, як один із видів індивідуалізації товарів і послуг, є найбільш розповсюдженим об'єктом інтелектуальної власності; саме торговельні марки є найбільш вразливими для порушень [1].

У зв'язку із ускладненням суспільних відносин в цій сфері, спостерігається диференціація об'єктів, які охоплюються поняттям «торговельна марка» («знак для товарів і послуг»). На даний час законодавство України, а також міжнародні документи, зокрема Угода Світової організації торгівлі про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРИПС), зазначають, що в якості торговельної марки може бути зареєстроване будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень. Такими позначеннями можуть бути, зокрема, слова, у тому числі власні імена, літери, цифри, зображувальні елементи, кольори та комбінації кольорів, а також будь-яка комбінація таких позначень [2]. Однак, у світі набувають все більшого розповсюдження нові типи торговельних марок, такі як звукові марки, мультимедійні марки, ароматичні торговельні марки, фірмовий стиль, форма товарів, а також ведуться дискусії щодо доцільності реєстрації в якості знаків для товарів і послуг доменних імен. На наш погляд, на часі є відображення цих нових об'єктів у законодавстві, окрім того, доцільною була б регламентація порядку їх реєстрації.

Зростання ролі торговельних марок у сучасному суспільстві зумовлено багатьма факторами. Суди визнають і захищають чотири функції, які виконують торговельні марки:

- ідентифікують товари, або послуги конкретного продавця на відміну від товарів та послуг, що надаються іншими;

- підтверджують той факт, що всі товари, або послуги під даною торговельною маркою мають одне джерело виробництва (походження) або контролюються одним джерелом, таким чином забезпечуючи підтримання певного рівня якості цих товарів;

- підтверджують, що всі товари, або послуги, що позначені однією торговельною маркою, мають однакову якість; і

- служать основним інструментом у рекламі і реалізації товарів, або послуг, що пропонуються під цією торговельною маркою [3, С. 256].

Старший юридичний радник Всесвітньої організації інтелектуальної власності С. Зотін відносить до нових тенденцій, які впливають на захист товарних знаків, наступні:

1) технічна складність товарів, що підвищується;

2) Інтернет;

3) бренди, як новий феномен у мировому маркетингу та культурі [4]. Слід розкрити значення цих факторів.

Підвищення технічної складності товару відноситься до неправових заходів захисту та має виключне значення для протидії контрафакту. Захистити товари з технічної точки зору можна різними способами, наприклад, створивши для них оригінальну упаковку, яку складно підробити, що, однак, зазвичай дорого коштує виробникові, а отже, може значно вплинути на ціну товару, яку сплачує споживач. До дієвих протипідробних технологій відносять нанесення голографічних зображень, також для захисту використовують сертифікати відповідності та інші засоби [5, С. 45].

У часи цифрового розповсюдження інформації, зокрема, за допомогою Інтернету дуже складно знайти ефективні засоби захисту та протидії правопорушенням щодо об'єктів інтелектуальної власності, в т. ч. — знаків для товарів та послуг. Порухення можуть, стосуватися:

а) незаконного використання доменного імені та захоплення доменного імені з метою його подальшого продажу справжньому власнику марки (cybersquatting);

б) використання доменних імен, що схожі на назви добросовісних торговельних марок (typesquatting);

в) розміщення знаку для товарів і послуг на сайті без дозволу власника (в тому числі це стосується Інтернет-посилань на сайт власника торговельної марки без його згоди);

г) використання словесних торговельних марок без згоди їх власника в якості ключових слів Інтернет-пошуку (SEO), тощо.

Слід відзначити, що у чинній вітчизняній цивільно-правовій базі фактично відсутнє регулювання питань захисту об'єктів інтелектуальної власності в Інтернет, що значно ускладнює такий захист на практиці, оскільки порушення, зокрема, торговельних марок, в Інтернет має значну специфіку. Порушення на торговельні марки в Інтернет часто межують із порушеннями авторських прав (щодо словесних позначень, або дизайнерських графічних рішень), також вони можуть мати характер недобросовісної конкуренції.

Третя із зазначених тенденцій пов'язана із тим, що у світі у зв'язку із урізноманітненням пропозицій, із року в рік зростає значення належності товарів та послуг до певного виробника та певної торгової марки. В цьому аспекті простежуються як позитивні, так і негативні сторони. З одного боку, завдяки визнанню торговельної марки збільшується вартість гудвіла, а також зростає економічна вигідність від її використання. Однак, разом із цим, успішність

торговельної марки може спровокувати такі негативні явища, як вироблення контрафактних товарів, або «паразитовання», тобто незаконне використання її репутації.

Багато в чому добра репутація певних торгових марок і, відповідно, позитивні асоціації із певними товарами і послугами бренду пов'язана із їх належним правовим захистом. Правових засоби можна поділити на дві групи: одні спрямовані на захист (охорону) торговельних марок, як об'єктів інтелектуальної власності від порушень, а інші можливо застосовувати тільки після фактичного скоєння правопорушення, для відновлення прав власника торговельної марки. Особливістю вітчизняної системи є те, що для отримання захисту в Україні торговельна марка має бути зареєстрованою, або визнаною добре відомою. Наприклад, у США, цей принцип заміняє інший — перевага у визнанні права інтелектуальної власності на торговельну марку надається тій юридичній, або фізичній особі, яка почала раніше використовувати оспорюваний знак для товарів та послуг.

Об'єктивно, сучасна ситуація складається таким чином, що протистояти порушенням на торговельні марки виключно цивільно-правовими засобами, які передбачені Цивільним Кодексом України та ст. 21 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» стає все складніше. В умовах швидкого розповсюдження інформації, великих масштабів порушень, суб'єкти інтелектуальної власності не можуть повноцінно забезпечити захист своїх торговельних марок. Тому, на сьогодні доцільною є розробка та нормативне врегулювання цивільно-адміністративних механізмів захисту прав суб'єктів інтелектуальної власності та розширення сфери «*ex officio*», тобто надання працівникам державних органів та судам прав та повноважень щодо здійснення заходів захисту інтелектуальної власності без попередньої скарги чи заяви з боку власника прав на торговельну марку. До таких органів в Україні відносяться передусім антимонопольні органи, державні інспектори інтелектуальної власності, митні органи, тощо. Така практика стає все більш розповсюдженою у світі, зокрема, її основи передбачено Угодою ТРІПС.

Таким чином, цивільно-правові засоби захисту інтелектуальної власності мають бути більшою мірою пристосовані до сучасних умов. Це стосується перш за все удосконалення нормативно-правового регулювання. Для досягнення ефективності у захисті прав інтелектуальної власності також буде доцільним розширення сфери «*ex officio*», щодо захисту прав власників торговельних марок.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Состояние отрасли защиты интеллектуальной собственности: дослідження, проведене дослідницькою компанією InMind для адвокатської компанії Arzinger. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.arzinger.ua/img\\_collection/file/Arzinger%20IPR%20presentation.pdf](http://www.arzinger.ua/img_collection/file/Arzinger%20IPR%20presentation.pdf)

2. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15.12.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 7. — Ст. 36.

3. Доріс Лонг, Патриція Рей, Жаров В., Шевелева Т. Василенко І., Дробязко В. Захист прав інтелектуальної власності: норми міжнародного і національного законодавства та їх правозастосування. Практичний посібник. — К.: К.І.С., 2007. — 448 с.

4. Значення охорони торговельних марок за кордоном. // Доповідь Зотіна С. на семінарі ВОІВ та ДСІВУ щодо роз'яснення положень Мадридської угоди про

міжнародну реєстрацію знаків та Протоколу до неї. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.sdip.gov.ua/ua/progsem140311.html>

5. Ромат Т. Практические аспекты защиты нематериального актива — товарного знака // Маркетинг и реклама. — 2011. — № 3 (175). — С. 42-48.



**Доценко Олена Михайлівна**

*здобувач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ*

## **СПІВВІДНОШЕННЯ ПРАВА НА ОСОБИСТЕ ЖИТТЯ ТА ПРАВА НА СІМЕЙНЕ ЖИТТЯ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ**

У ряді міжнародних нормативно-правових актів та національних законодавствах держав поряд із закріпленням права на особисте (приватне) життя, як правило, має місце посилання й на сімейне життя особи.

Так, наприклад, у Загальній декларації прав людини 1948 р., Міжнародному пакті про громадянські та політичні права 1966 р, Конвенції про права дитини 1989 р., Американській конвенції про права людини 1969 р., Декларації про права людини стосовно осіб, які не є громадянами держави, в якій вони проживають 1985 р., Конституції України, ЦК України, СК України мова йде про заборону чи захист від довільного або незаконного втручання в особисте чи сімейне життя особи або у його здійснення; у Європейській конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 р. та Конвенції Співдружності Незалежних Держав 1995 р., СК України — право на повагу особистого та сімейного життя особи тощо.

Таким чином, виникає питання, чи йде мова про єдине право фізичної особи на особисте та сімейне життя, чи про два різних права, кожне зі своїм об'єктом — «особисте життя» або «сімейне життя», а також співвідношення даних понять.

1. Ст. 270 ЦК України серед видів особистих немайнових прав виділяє й право на недоторканність особистого і сімейного життя. Право на особисте життя закріплене у ст. 301 ЦК України як самостійне особисте немайнове право фізичної особи, а ст. 291 ЦК України та ст. 4 СК України визначають право особи на сім'ю. Право ж на сімейне життя подібного позитивного закріплення у чинному законодавстві не отримало.

2. Право на сімейне життя визначається законодавцем у нормах ч. 4 ст. 4 СК України як право на повагу до сімейного життя, та ч. 4 ст. 291 ЦК України, ч. 5 ст. 5 та ч. 4 ст. 7 СК України, які встановлюють заборону втручання у сімейне життя особи. Слід зазначити, що вчені неоднозначно підходять до розуміння положень даних норм. Наприклад, З. В. Ромовська розглядає вищезазначену норму ч. 5 ст. 5 СК України як відтворення ст. 8 Конвенції про захист прав і основних свобод, і вказує на те, що основним змістом даної норми є захист не від будь-якого, а лише від незаконного втручання в сімейне життя особи; коментуючи ч. 4 ст. 4 СК України, вона говорить про те, що право на повагу до сімейного життя охороняє людину від зовнішнього втручання у її сімейні справи, від розголошення інформації про приватну сторону її життя [4, С. 25, 29]. Ю. С. Червоний відзначає відповідність норми ч. 5 ст. 5 СК України ч. 2 ст. 32 Конституції України, і в разі незаконного втручання у сімейне життя фізичної особи вона набуває право на

судовий захист та на відшкодування моральної і матеріальної шкоди; щодо норми ч. 4 ст. 4 СК України — відзначає її моральний, а не правовий характер, та її декларативність і незабезпеченість правовими засобами захисту [3, С. 14, 15]. Таким чином, декларативність норми ч. 4 ст. 4 СК України, фактичне дублювання норм ч. 4 ст. 291 ЦК України, ч. 5 ст. 5 та ч. 4 ст. 7 СК України свідчить про недостатнє наукове обґрунтування права на сімейне життя фізичної особи.

3. Опіраючись на теорію об'єкт-блага [5, С. 80-84], вважаємо, що об'єктом права на сімейне життя виступає саме сімейне життя фізичної особи, тоді як його недоторканність або заборона втручання (невтручання) вказує лише на правовий режим цього об'єкта, тобто певний порядок правового регулювання, який забезпечується через особливе поєднання залучених для нього способів, методів і типів правового регулювання; право на повагу до особистого життя, в свою чергу, носить декларативний характер.

4. Під особистим життям як об'єктом особистого немайнового права, передбаченого ст. 301 ЦК слід розуміти таке немайнове благо, яке представляє собою сукупність фактів (процесів, подій, явищ, дій), які відбуваються (виникають) у житті конкретної людини в теперішній момент часу відокремлено (автономно) від вторгнення будь-кого у них, спрямовані на задоволення її приватних соціальних (а не біологічних) інтересів [2; С. 152]. У свою чергу, досліджуючи право на сімейне життя у його взаємозв'язку з правом на особисте життя особи, можемо сказати, що сімейне життя є, як і особисте життя, видом буття людини в суспільстві як у якомусь соціальному просторі, тобто певним соціальним благом. А отже, під сімейним життям можна розуміти сукупність фактів (процесів, подій, явищ, дій), які відбуваються у житті осіб, які складають сім'ю (тобто членів сім'ї) в теперішній момент часу, відокремлено від вторгнення у них інших осіб, спрямовані на задоволення соціальних інтересів членів сім'ї.

5. В. І. Бобрик висловлює думку, що право на особисте життя є ширшим за право на сімейне життя [1, С. 100], а поняття «особисте життя» та «сімейне життя» співвідносяться як ціле і частина. На нашу думку, ця позиція є недостатньо вірною. У такому випадку особисте життя поглинає сімейне, а останнє є підвидом особистого. Вважаємо, що ці особисті немайнові блага є рівнозначними й обидва входять до категорії приватності як збірного поняття, яке означає сукупність певних особистих немайнових благ, передбачених главами 21-22 ЦК України [2, С. 1523].

Таким чином, на нашу думку, право на особисте життя та право на сімейне життя фізичної особи є різними самостійними особистими немайновими правами, а їх об'єкти нетотожні одне одному, хоча й взаємопов'язані між собою. Право на сімейне життя є правом, яке забезпечує соціальне буття фізичної особи, а отже, має бути закріплене поряд з правом на особисте життя у Главі 22 ЦК України, на відміну від права фізичної особи на сім'ю, яке є особистим немайновим правом, що забезпечує природне існування фізичної особи (Глава 21 ЦК України).

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Бобрик В. І. Цивільно-правова охорона особистого життя фізичних осіб: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — К., 2004. — 207 с.
2. Доценко О. М. Особисте життя чи приватність? // Перші юридичні диспути з актуальних проблем приватного права, присвячені пам'яті Є. В. Васьковського: матеріали міжнародної наукової конференції (Одеса, 15-16 квітня 2011 р.). — Одеса: Астропринт, 2011. — С. 151-154.
3. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України /

Г. С. Волосатий, О. М. Калітенко, В. І. Труба, Ю. С. Червоний; [за ред. Ю. С. Червоного]. — К.: Істина, 2003. — 464 с.

4. Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар / З. В. Ромовська. — К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2003. — 532 с.

5. Сліпченко С. О. Поняття об'єкта цивільного права за ЦК України // Право України. — 2007. — № 12. — С. 80-84.



**Карнаух Тетяна Петрівна**

*аспірант Хмельницького університету управління та права*

## **РОЗВИТОК ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ В УКРАЇНСЬКІЙ ДЕРЖАВІ (1991-2011 РР.)**

Означений нами часовий проміжок розвитку особистих немайнових прав юридичних осіб умовно можна розділити на два періоди: 1991–2002 рр., 2003 р. — по нині. Перший з них розпочався відразу після проголошення 24.08.1991 року незалежності України і був позначений реформуванням цивільного законодавства УРСР.

Зокрема, 6 травня 1993 р. було прийнято Закон України «Про внесення змін і доповнень до положень законодавчих актів України, що стосуються захисту честі і гідності та ділової репутації громадян і організацій», згідно з яким до Цивільного кодексу (далі — ЦК) УРСР вносилися зміни. Насамперед, вони стосувалися ст. 6, яку було доповнено новим способом захисту цивільних прав у вигляді компенсації моральної шкоди. Крім того, було викладено у новій редакції ст. 7, яка більш широко розкрила питання, пов'язані з компенсацією моральної шкоди у зв'язку із захистом честі, гідності та ділової репутації: громадянам або організаціям, стосовно яких поширені відомості, що не відповідають дійсності і завдають шкоди їх інтересам, честі, гідності або діловій репутації, надавалося право поряд із спростуванням таких відомостей вимагати відшкодування майнової і моральної (немайнової) шкоди, завданої їх поширенням.

Також ЦК було доповнено новою статтею 440<sup>1</sup>, яка встановлювала, що моральна (немайнова) шкода, заподіяна громадянину або організації діяннями іншої особи, яка порушила їх законні права, відшкодовувалася особою, що заподіяла шкоду, якщо вона не доведе, що моральна шкода заподіяна не з її вини.

Водночас у 1992 році було розпочато кодифікаційний процес зі створення нового ЦК, який тривав понад 10 років і завершився 16 січня 2003 року. Одним з найактуальніших у ході розробки проекту цього акта було питання концепції юридичних осіб. Норми щодо них було вирішено обґрунтовувати на принципово нових теоретичних положеннях. Зокрема поняття юридичної особи, її правоздатність та ряд інших положень формулювалися відповідно до домінуючої у ХХ столітті доктрини реальності юридичної особи [1, С. 11]. За твердженням П. І. Грешнікова, ця теорія залишається панівною і в країнах СНД, отримавши своє закріплення в окремих статтях ЦК РФ, ЦК Республіки Казахстан та ряду інших країн [2, С. 54-55]. Зважаючи на це, творці ЦК відштовхувалися від визнання юридичних осіб реально існуючими суб'єктами цивільно-правових відносин, основним завданням яких є найповніша реалізація законних прав та інтересів індивідів.

Не менш важливим завданням, яке постало перед розробниками проекту ЦК було визначення форми закріплення особистих немайнових прав фізичних та юридичних осіб. У результаті дискусії цивілісти прийшли до висновку, що загальний комплекс особистих немайнових прав необхідно вводити до ЦК або на рівні окремого розділу, або окремої глави [3, С. 21].

На початкових етапах роботи над проектом кодексу особисті немайнові права юридичних осіб розміщувались в одному підрозділі поруч з аналогічними правами фізичних осіб — у главі 6 «Захист цивільних прав» розділу першого «Загальні положення» проекту ЦК від 1994 року. Наприклад, положення частини 1 статті 114 закріплювали право фізичних та юридичних осіб на захист своїх особистих немайнових прав та інтересів. Серед особистих немайнових прав належних юридичним особам були норми стосовно:

- захисту честі та ділової репутації (ст. 115);
- захисту права на найменування юридичної особи (ст. 122);
- захисту права на фірмове найменування і товарний знак (ст. 123) [4, С. 36, 38].

У другому варіанті проекту ЦК положення про особисті немайнові права фізичних та юридичних осіб було вміщено в окремому розділі третьому під назвою «Особисті немайнові права», що розташовувався одразу ж після загальних положень цивільного права. До складу вказаного розділу входила лише одна глава 7 «Захист особистих немайнових прав», яка містила у собі редакційно змінені статті з попереднього варіанту проекту ЦК. Що ж до особистих немайнових прав юридичної особи, то статтю про захист права на фірмове найменування і товарний знак було перенесено до іншого розділу проекту, присвяченого регулюванню відносин інтелектуальної власності [5, С. 13].

З січня по березень 1996 року тривало остаточне опрацювання проекту ЦК, що мало стати завершальним етапом роботи над цим документом. Проте робоча група за дорученням Кабінету Міністрів України від 17 липня 1996 року № 11810/2 здійснила доопрацювання проекту ЦК з урахуванням положень нової Конституції України, яке завершила 25 серпня 1996 року [6, С. 114].

Зауважимо, що саме на цьому етапі відбулося остаточне розмежування особистих немайнових прав фізичних та юридичних осіб, внаслідок чого вони розташовані у різних частинах ЦК. Про що детально зазначає професор А. С. Довгерт: «Під час остаточного доопрацювання проекту ЦК була змінена назва книги (раніше — розділу). Якщо попередній варіант мав назву «Особисті немайнові права», то в остаточній редакції Книга була перейменована на «Особисті немайнові права фізичної особи». Нова назва Книги потягнула за собою створення спеціальної статті у главі про юридичні особи під назвою «Особисті немайнові права юридичної особи» (ст. 70 проекту ЦК від 25 серпня 1996 р.)» [5, С. 14].

Таким чином, у проекті ЦК від 25.08.1996 р., внесеного на розгляд Верховної Ради України, положення про особисті немайнові права юридичної особи закріплювалися у Книгах першій, другій та четвертій [7, С. 32-558]. Після проходження у Верховній Раді України згадані положення проекту не зазнали якихось концептуальних змін, окрім внесення до них деяких редакційних уточнень.

Отже, період з 1991–2002 рр. позначився активною роботою над створенням і прийняттям нового цивільного законодавства незалежної України, одним з важливих здобутків якого стало позитивне врегулювання особистих немайнових прав юридичних осіб.

Прийняття нового ЦК на початку 2003 р. можна сміливо назвати переломним моментом в історії особистих немайнових прав. Суттєвим кроком стало те, що правові норми стосовно особистих немайнових прав юридичних осіб отримали так би мовити «трирівневе» розміщення.

По-перше, в ЦК у підрозділі 2 «Юридична особа» розділу II «Особи» Книги першої «Загальні положення» йдеться про такі особисті немайнові права юридичної особи як: право на найменування (ст. 90); право на недоторканність ділової репутації, право на таємницю кореспонденції, право на інформацію (ст. 94).

У Книзі другій ЦК під назвою «Особисті немайнові права фізичної особи» до регулювання особистих немайнових прав юридичної особи, на наш погляд, можуть бути застосовані загальні положення про особисті немайнові права, закріплені у статтях 269-280 глави 20. Крім того, у главі 22 «Особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття юридичної особи» ЦК до особистих немайнових прав юридичної особи можуть застосовуватись аналогічні норми як і до фізичних осіб, а саме: ст. 302 (право на інформацію), ст. 303-304 (право на особисті папери та розпорядження ними), ст. 305 (право на ознайомлення з особистими паперами, які передані до фонду бібліотек або архівів), ст. 306 (право на таємницю кореспонденції), ст. 307 (захист інтересів фізичної особи при проведенні фото-, кіно-, теле- та відеозйомок), ст. 308 (охорона інтересів фізичної особи, яка зображена на фотографіях та в інших художніх творах), ст. 309 (право на свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості); ст. 311 (право на недоторканність житла), ст. 312 (право на вибір роду занять).

Книга четверта ЦК — «Право інтелектуальної власності» також містить ряд положень, спрямованих на регулювання особистих немайнових прав юридичних осіб, серед яких: ст. 423 (особисті немайнові права інтелектуальної власності), ч. 1 ст. 429 (права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору), ч. 1 ст. 430 (права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням), ст. 438 (особисті немайнові права автора).

По-друге, в окремих положеннях Законів України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р., «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» від 15.05.2003 р., «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 р., «Про оподаткування прибутку підприємств» від 28.12.1994 р., «Про авторське право та суміжні права» від 23.12.1993 р., «Про інформацію» від 02.10.1992 р., «Про державну таємницю» від 21.01.1994 р., «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» від 16.11.1992 р. та ін. йдеться про ті чи інші особисті немайнові права колективних суб'єктів.

По-третє, регламентація особистих немайнових прав юридичних осіб здійснюється також у рамках підзаконних нормативно-правових актів, наприклад, Наказу Фонду державного майна України та Державного комітету з питань науки і технологій «Про затвердження порядку експертної оцінки нематеріальних активів» № 969/97 від 27.07.1995 р., постанови Кабінету Міністрів України «Про перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці» № 611 від 09.08.1993 р. і т.д.

Зміни у цивільному законодавстві звісно позначились і на судовій практиці. Зокрема, Пленум Верховного Суду України 27.02.2009 року прийняв постанову № 1 «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи». У постанові закладено демократичний потенціал для вжиття всіх необхідних заходів стосовно правильного і своєчасного розгляду цивільних справ про захист гідності, честі та



ділової репутації, а також забезпечено суб'єктів процесу правом на справедливий судовий розгляд і захист їх прав, свобод і законних інтересів [8, С. 15]. Крім того, Пленум Верховного Суду України у постанові № 5 від 04.06.2010 року «Про застосування судами законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» детально розтлумачив застосування судами законодавства про захист особистих немайнових та (або) майнових прав інтелектуальної власності фізичних і юридичних осіб.

Отже, включення в національну кодифікацію цивільного права положень про особисті немайнові права юридичних осіб стало важливим досягненням порівняно з попереднім цивільним законодавством, яке діяло на території України. Разом з тим, незважаючи на усю прогресивність положень ЦК в частині регламентації особистих немайнових прав, вважаємо, що на часі актуальним є внесення змін до чинного законодавства з метою забезпечення належного правового регулювання названих прав юридичних осіб. Проблеми реформування системи особистих немайнових прав та доповнення її новими цивільно-правовими конструкціями становитимуть предмет нашого подальшого наукового пошуку.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Передмова до проекту Цивільного Кодексу України / С. Головатий, А. Довгерт, О. Підпригора [та ін.] // Українське право. — 1999. — Число 1 (11). — С. 8–28.
2. Грешников П. И. Субъекты гражданского права: юридическое лицо в праве и законодательстве. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. — 331 с.
3. Довгерт А. Концепція кодифікації приватного (цивільного) права // Українське право. — 1997. — Число 3 (8). — С. 17-23.
4. Цивільний кодекс України: Проект / авт. кол.: В. В. Онопенко (голова), О. А. Підпригора, О. А. Пушкін [та ін.]. — К., 1994. — Ч. 1. — 103 с.
5. Довгерт А. С. Втілення правових ідей у сфері особистого немайнового права в новий ЦК України (до п'ятої річниці ЦК України) // Приватне право і підприємництво: Зб. наук. праць. — Вип. 8. — К., 2009. — С 11-17.
6. Довгерт А., Калакура В. Про підготовку проекту Цивільного кодексу України // Українське право. — 1997. — число 1 (6). — С. 110-116.
7. Цивільний кодекс України: Проект, прийнятий Верховною Радою України в першому читанні 05.06.1997 р. // Українське право. — 1999. — № 1 (11). — С. 32–558.
8. Луспеник Д. Д. Нові орієнтири судової практики щодо захисту гідності, честі та ділової репутації // Вісник Верховного Суду України. — 2009. — № 3 (103). — С. 14–15.



## **ЗМІСТ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ОРГАНІВ ВНУТРІШНІХ СПРАВ ЯК ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА**

На сьогодні законодавець не дає чіткого визначення змісту особистих немайнових прав, а лише відмічає в ст. 271 ЦК України, що ним є можливість фізичної особи вільно, на власний розсуд визначати свою поведінку у сфері свого приватного життя [1]. Розходяться й погляди науковців з цього приводу.

Відповідно до негативної концепції, суб'єктивне особисте немайнове право не містить позитивних правомочностей, й зводиться виключно до можливості вимагати від інших не порушувати ці права [2, С. 138]. Вважаємо, дана точка зору панувала в силу того, що особисті немайнові права взагалі не включались до предмету регулювання цивільного права, в доктрині кращому випадку визнавалась лише їх охорона. Хоча й на сьогодні є її прихильники (наприклад, М. Л. Нохріна (Апраніч) [3, С. 101–102]).

Цілком протилежною є «пропіетарна» концепція, родоначальником якої був ще М. М. Коркунов. Саме він у 1914 році висловив думку, відповідно до якої позитивний аспект у структурі будь-якого суб'єктивного цивільного права (вочевидь і особистого немайнового) складається із трьох основних правомочностей: користування, володіння та розпорядження об'єктом відповідного права [4, С. 193–194].

І, нарешті, остання, «обмежено пропіетарна», ґрунтується на твердженні, що позитивний зміст особистого немайнового права не включає в себе правомочності розпорядження, а містить лише правомочність «володіння» особистим немайновим благом та «користування» ним [5, С. 84]; або вичерпується тільки користуванням нематеріальними благами [6, С. 55]; або тільки володінням ними [7, С. 6].

Цікавою в світлі різних точок зору щодо структури правомочностей особистого немайнового права є точка зору М. Н. Малєїної, яка зазначає, що єдина модель структури правомочностей особистого немайнового права не може врахувати всіх особливостей немайнових прав й тому не потребує конструювання. Суб'єкт особистого немайнового права має правомочності з володіння, користування нематеріальним благом [8, С. 31], а також ще якоюсь правомочністю [8, С. 32].

На нашу думку, структура особистого немайнового права дійсно є трьохчленною, але його правомочності мають інший зміст, ніж відповідно до пропіетарної концепції права власності. Так, структура суб'єктивного цивільного права, яка складається з правомочностей володіння, користування та розпорядження, є загальноновизнаною в цивілістиці лише щодо права власності. Але, враховуючи те, що правом власності є право особи на річ (майно), а річчю є предмет матеріального світу, майном — окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки, а також те, що законодавцем правовий режим речі поширюється лише на тварин, правовий режим права власності, як і структура суб'єктивного права власності не поширюється на особисті немайнові права [1].

Під правомочністю володіння в праві власності розуміється юридичне та фактичне панування власника над річчю, можливість впливати на неї в будь-який момент [9, С. 348]. Дане володіння може бути законним та незаконним. Фактичне ж чи юридичне панування над об'єктами особистих немайнових прав неможливе: оскільки вони не мають матеріального втілення, ми не можемо їх

поторкати; покласти, поставити чи т. п. куди-небудь. Не може бути й володіння особистими немайновими правами незаконним, адже особисті немайнові права належать всім фізичним та юридичним особам без винятку, жоден з учасників цивільних правовідносин не може володіти двома ідентичними об'єктами особистих немайнових прав, наприклад, не може мати два права на життя, ділову репутація чи ін. Право власності у випадку, коли власник фактично позбавляється права власності, юридично не припиняється, і може бути відновлене за допомогою віндикаційного позову. До особистих немайнових прав віндикаційний позов не застосовується. І, по-друге, особистих немайнових прав особа не може лишитися ні в якому випадку ні фактично, ні юридично.

Правомочність володіння щодо особистих немайнових прав визначають як приналежність даного об'єкта конкретному суб'єкту [8, С. 31], як знаходження нематеріального об'єкта (його матеріального носія) у володінні якої-небудь особи [10, С. 41]. Але «панування власника над річчю» та «приналежність об'єкта суб'єкту» — це два зовсім різні поняття, і тому вважаємо за не доцільне для цивілістичної науки в одне визначення — «правомочність володіння» — вкладати такі різні поняття, оскільки, як відмічав А. С. Пиголкин, юридичні терміни мають відрізнятися одноманітністю та функціональною стійкістю [11, С. 66]. На нашу думку, дану правомочність для особистих немайнових прав слід називати не як володіння, а як право мати особисті немайнові права, розуміючи під ним юридично закріплену належність особистих немайнових прав певній особі.

Правом користування є закріплена законом можливість та порядок використання корисних властивостей речей для задоволення потреб власника чи інших осіб [12, С. 381], тобто це юридична можливість видобувати корисні (споживчі) властивості речі [9, С. 348]. Право користування в праві власності тісно зв'язане із категорією амортизація речі, її фізичне чи моральне старіння. Разом з тим, не можна не погодитись з В. А. Дозорцевим, який стверджує, що термін «використання» в інституті права власності й у правовому інституті нематеріальних об'єктів має різний зміст, що обумовлено особливостями об'єктів. Для використання нематеріальних об'єктів ніякого фізичного володіння не потрібно, немає ніякої фізичної амортизації, а є лише моральна. На перший план виходить вже не фізичне володіння об'єктом, а сам факт використання [13, С. 16-19]. Тобто різниця полягає у тому, що матеріальний об'єкт може застосовуватись у зв'язку зі своєю обмеженістю у просторі в той чи інший момент часу тільки однією особою або, у будь-якому випадку, обмеженим, чітко визначеним колом осіб. Нематеріальні ж блага є необмеженими у просторі. Вони можуть використовуватись одночасно невизначеним колом осіб. Нематеріальний об'єкт не підлягає амортизаційному зносу, що впливає на дію права у часі [13, С. 290-291].

Деякі науковці пропонують назвати право користування в особистих немайнових правах як право використання. Ми схильні погодитись з цією точкою зору, адже, хоча суттєвої різниці в цьому й немає, оскільки дані поняття мають подібне значення, це придасть певну відмінність таким поняттям, як право користування щодо права власності та правом використання особистих немайнових прав, оскільки вони дійсно мають різний зміст, та не буде призводити до плутанини як юридичних термінів, так і змісту, в них вкладеного.

І, нарешті, щодо останньої правомочності — розпорядження — то загальноприйнятим є визначення її як юридичної можливості власника визначати фактичну та юридичну долю речі, аж до повного знищення. Власник може продати, подарувати чи іншим способом передати іншій особі, обміняти належну йому річ, відмовитися від неї та т. ін. Так, як стверджує

Г. Ф. Шершеневич, в сфері цивільних правовідносин ... суб'єктам права надається таке розпорядження своїм правом ... коли суб'єкт права, на власний розсуд, зберігає право або відмовляється від нього чи передає його іншій особі [14]. Але все це аж ніяк не можна сказати про особисті немайнові права. Особа не може від них відмовитись, не може передати іншій особі, оскільки вони є правами особистими та належать всім особам. Право власності припиняється зі знищенням речі, особисті ж немайнові права не можуть бути припинені навіть знищенням їх об'єкта, наприклад, зі знищенням особистих паперів право на особисті папери не припиняється; з розголошенням чи опублікуванням кореспонденції не припиняється право на її недоторканість. Особа (як фізична, так і юридична) може лише допустити інших осіб до використання її особистих немайнових прав, при цьому не відмовляючись від них. Так, особа може дозволити використовувати своє ім'я, залишаючи за собою особисте немайнове право на нього; надати за договором комерційної концесії право користуватися своєю діловою репутацією, залишаючи її за собою; дати дозвіл на опублікування особистих паперів, залишаючись при носієм особистого немайнового права на них. Тобто, на нашу думку, третьою, і останньою, є така правомочність, як право дозволяти використання особистим немайновим благом іншим особам.

Також слід відмітити, що дана правомочність для юридичних осіб ОВС є обмеженою: так як у публічних відносинах вони є органами державної виконавчої влади, та враховуючи те, що вони створюються державою для виконання поставлених нею завдань та функцій, їх правосуб'єктність в цивільних правовідносинах є обмеженою: коло їх повноважень чітко визначене, і серед них не міститься такого повноваження. Тобто, юридичні особи ОВС не можуть дозволити використовувати свої найменування, ділову репутацію, кореспонденцію та інші особисті немайнові права, як це можуть зробити інші суб'єкти цивільних правовідносин як на оплатній, так і на безоплатній основі. Оскільки дача дозволу на використання їх особистих немайнових прав, наприклад, дозвіл на використання їх найменування, буде йти врозріз з правом публічним, яким це чітко передбачено, що в найменування юридичної особи приватного не може використовуватись повне чи скорочене найменування органу державної влади або органу місцевого самоврядування, або похідні від цих найменувань [15]. Інший приклад можна навести з правом на таємницю кореспонденції: надавши дозвіл на доступ до кореспонденції ОВС, ми тим самим розкриємо відомості, що становлять службу таємницю, і, можливо, й таємницю слідства, чи державну таємницю, що чітко заборонено Законом України «Про інформацію» та іншими нормативно-правовими актами України.

Отже, з урахуванням вище вказаного, суб'єктивне особисте немайнове право — це передбачена законом та юридично забезпечена можливість мати, використовувати та дозволяти використання належним особі особистим немайновим благом на власний розсуд та у своїх інтересах, не порушуючи особисті немайнові права інших осіб.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356
2. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): монографія. — Хмельницький : Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. — 626 с.

3. Нохрина М. Я. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными. — СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. — 372 с.
4. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Авт. предисл. И. Ю. Козлихин. — науч. изд., [репринтное]. — М.: Юридический центр Пресс, 2003. — 430 с.
5. Матузов Н. Ц. Правовая система и личность. — Саратов: Саратовский ун-т, 1987. — 284 с.
6. Иванов О. В. Проблемы правовой охраны личных неимущественных благ граждан в социалистическом обществе // Актуальные проблемы социалистического государственного управления: Советско-польское совместное исследование. — Иркутск-Варшава: Изд-во Иркутского гос. ун-та, 1973. — С. 51-73.
7. Красавчикова Л. О. Понятие и система личных, несвязанных с имущественными прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. — Екатеринбург, 1994. — 43 с.
8. Малеина М. Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан (пособие для слушателей народных университетов). — М.: Знание, 1991. — 128 с.
9. Цивільне та сімейне право України: підруч. / [за ред. Харитонова Є. О., Голубевої Н. Ю.] — К. : Правова єдність, 2009. — 968 с.
10. Гальперін Л. Б., Михайлова Л. О. Интеллектуальная собственность: сущность и правовая природа // Советское государство и право. — 1991. — № 12. — С. 37-42.
11. Язык закона / [под ред. А. С. Пиголкина]. — М. : Юрид. лит., 1990. — 192 с.
12. Цивільне право України: в 2 ч. [підручник] / [за заг. Р. Б. Шишки, В. А. Кройтора]. — Х.: Харківського нац. ун-ту внутр. справ, 2008. — Ч. 1. — 516 с.
13. Права на результаты интеллектуальной деятельности. Авторское право. Патентное право. Другие исключительные права: Сборник нормативных актов / Сост.: Дозорцев В. А. — М.: Де-Юре, 1994. — 480 с.
14. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. — М.: Издание Бр. Башмаковых, 1910. — Том 3-4. [Электронный ресурс]. — Режим доступа <http://www.bazazakonov.ru/doc/?ID=1636414>
15. Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців. Закон України від 15.05.2003 р. № 755IV [Електронний ресурс]. — Режим доступу <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=755-15&p=1286395948394317>



# ГРАЖДАНСКОЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО

**Кройтор Володимир Андрійович**

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

**Сліпченко Олександр Іванович**

*суддя Апеляційного суду Київської області*

## **ПРО НЕОБХІДНІСТЬ ВКЛЮЧЕННЯ ДО ПРЕДМЕТА ДОКАЗУВАННЯ У СПРАВАХ ПРО ВІДШКОДУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ (НЕМАЙНОВОЇ) ШКОДИ ВИЗНАЧЕННЯ САМОГО РОЗМІРУ ВІДШКОДУВАННЯ ТАКОЇ ШКОДИ**

Проблема ефективності доказування, до якого з рештою зводиться вся процесуальна діяльність, особливо в справах щодо відшкодування моральної (немайнової) шкоди, є однією з найбільш актуальних проблем у цивільному судочинстві. Обґрунтованим визнається рішення, ухвалене на основі повного і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених доказами, які були досліджені в судовому засіданні і які відповідають вимогам закону про їх належність та допустимість, або обставини, що не підлягають доказуванню, а також якщо рішення містить вичерпні висновки суду, що відповідають встановленим на підставі достовірних доказів обставинам, які мають значення для вирішення справи. У силу принципу безпосередності судового розгляду (ст. 159 ЦПК) рішення суду може бути обґрунтоване лише тими доказами, які одержані у визначеному законом порядку і перевірені в тому судовому засіданні, у якому ухвалюється судове рішення. Таким чином, цивільний процесуальний закон визначає систему правових гарантій, які мають забезпечувати законність, обґрунтованість і справедливість при розгляді цивільних справ, у тому числі справ щодо відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Серед гарантій обґрунтованості рішень основне місце займають норми, за допомогою яких суд одержує істинне уявлення про дійсні обставини цивільної справи. Дані обставини і складають предмет доказування.

Уважаємо, що при розгляді питання про предмет доказування у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди обов'язково має бути обговорено питання про розмір відшкодування такої шкоди. Маємо в цій частині звернутися до риторичного питання, яке ставить З. В. Ромовська: «чи правильно говорять: «визначення у грошах розміру моральної шкоди?»» [1, С. 43]. І на наш погляд, відповідь може бути одна — ні, бо визначити у грошах розмір (величину) моральної шкоди неможливо.

Дійсно, у ч. 3 ст. 23 ЦК ідеться про розмір грошового відшкодування моральної шкоди. Така правова конструкція є кращою з-поміж тих, якими оперували науковці та юристи-практики («розмір моральної шкоди», «заподіяна моральна шкода відшкодовується»). Якби в ній було записано «відшкодування за моральну шкоду», її можна було б уважати ідеальною [1, С. 43]. Причому має бути зазначено, що питання про розмір відшкодування моральної (немайнової) шкоди на сьогодні є одним із дуже спірних питань цивільного судочинства. У ч. 4 ст. 23 ЦК сформульовано положення, що відшкодування моральної (немайнової) шкоди

не залежить від наявності майнової (немайнової) шкоди, у тому числі і від її розміру, що має покласти край неоднозначному трактуванню цього питання в науці і судовій практиці. Ми виходимо з того, що це є самостійні види деліктів. Вони займають різні сегменти як у правовій, так і в практичній площині. Ось чому розмір моральної (немайнової) шкоди не повинен залежати від розміру майнової шкоди.

Нині в законодавстві та судовій практиці відсутні будь-які законодавчо затверджені методики, які б давали змогу судам стабілізувати судові рішення в частині розмірів відшкодувань моральної (немайнової) шкоди. Слід зазначити, що уперше в Україні питання про відшкодування моральної шкоди постало при доповненні ЦК ст. 440-1, яка вводила поняття моральної шкоди, зазначаючи при цьому, що розмір відшкодування визначається судом з урахуванням суті позовних вимог, характеру діяння особи, яка заподіяла шкоду, фізичних чи моральних страждань потерпілого, а також інших негативних наслідків, але не менше п'яти мінімальних розмірів заробітних плат. Відповідно до ст. 13 Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду» від 01.12.1994 р., — не менше одного мінімального розміру заробітної плати за кожен місяць перебування під слідством або судом. Статтею 34 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності» від 23.09.1999 р. у разі загибелі працівника була встановлена виплата — 200 розмірів мінімальної заробітної плати. Встановлення мінімального розміру моральної шкоди було невдалим законодавчим експериментом, бо при цьому такий розмір моральної шкоди не враховував комплексний підхід до розгляду найбільш незначних справ.

Питання розміру відшкодування моральної шкоди повинно прямо залежати від критеріїв визначення розміру конкретної суми компенсації моральної шкоди. Необхідно, щоб критерії визначення розміру суми відшкодування моральної шкоди були зазначені в законодавстві. Але перед цим завданням правової науки є визначення таких критеріїв. Так, П. М. Рабінович та О. В. Грищук у зв'язку з цим зазначають, що для визначення розміру компенсації моральної шкоди доцільно використовувати систему таких критеріїв: межі заявлених вимог; характер, обсяг та тривалість заподіяних потерпілому негативних процесів і станів (на основі застосування відповідної експертизи); стан здоров'я потерпілого, тяжкість завданої йому травми, тілесних ушкоджень (також із можливістю застосування експертизи); істотність вимушених змін у життєвих і виробничих стосунках потерпілого; ступінь знищення особистого престижу та ділової репутації як фізичної, так і юридичної особи; обставини, які передували правопорушенню, а також ті обставини, які мали місце до і після нього; характеристика учасників конфлікту, мотиви їхньої поведінки; характер правопорушення та ступінь його шкідливості (небезпеки); ступінь вини як правопорушника, так і потерпілого, а також майновий стан сторін [2, С. 27].

Якщо П. М. Рабінович і О. В. Грищук розкривають загальний підхід до критеріїв визначення розміру моральної шкоди, то С. Шимон у цій частині розкриває глибину таких критеріїв, зазначаючи, що розмір відшкодування моральної (немайнової) шкоди суд визначає в межах заявлених вимог, залежно від: характеру моральних страждань: прості переживання, душевні страждання, психічні страждання, пов'язані з фізичним болем, в останньому випадку — залежно від тяжкості ушкоджень здоров'я: легке, середньої тяжкості, тяжке; виду

психічних страждань: занепокоєння, нервозність, сором, приниження, страх, відчай; глибини моральних страждань: незначний душевний біль, значний, сильний, нестерпний, душевний біль руйнівної сили; істотності вимушених змін у житті потерпілого: неістотні (які можуть бути повністю або частково відновлені) та істотні (які неможливо відновити), тривалості негативних наслідків: короточасні, тривалі, довічні; часу, що минув з моменту виникнення моральної шкоди у випадках короточасної або тривалої дії негативних наслідків, а також з урахуванням ступеня вини потерпілої особи у випадках ушкодження здоров'я; регіону поширення відомостей про події, що сталися (кількості обізнаних осіб); способу поширення відомостей, які не відповідають дійсності й ганьблять честь, гідність і ділову репутацію потерпілого та ступеня зниження престижу, майнового стану особи, яка заподіяла шкоду: чи не був він до заподіяння моральної шкоди або чи не стане внаслідок її відшкодування вкрай скрутним [3, С. 94-95]. Разом із тим, ми не можемо погодитися з тим, що при визначенні розміру моральної шкоди необхідно завжди враховувати майновий стан особи.

У зв'язку з цим вважаємо, що при розгляді справ про відшкодування моральної шкоди, пов'язаних із захистом честі, гідності, ділової репутації, необхідно визначати і враховувати наступні критерії: а) характер поширених відомостей; б) громадську оцінку обставин; в) район поширення відомостей; г) повторність інформації; ґ) посадове становище особи (якщо посягання пов'язане з виконанням ним обов'язків); д) індивідуальні особливості потерпілого; е) непристойність форми; є) наслідки, які настали.

Нині положеннями ЦК не встановлено ні мінімального ні максимального розміру відшкодування. І це, з одного боку, правильно, але з іншого — призводить до розмаїття судової практики, іноді зумовлює величезні диспропорції в розмірах присуджених виплат. Так, Автозаводський районний суд м. Кременчука стягнув з П. на користь Л. 50 тис. грн моральної шкоди за вбивство сина [4]. У той же час Київський районний суд м. Полтави постановив рішення про стягнення з П., яка в нетверезому стані на ґрунті неприязних стосунків вбила П., відшкодування моральної шкоди в 5 тис. грн з урахуванням майнового стану [5]. Пирятинський районний суд приблизно за таких же обставин стягнув з Л. моральну шкоду в розмірі 1 тис. грн, посилаючись також на майновий стан підсудного [6].

Як бачимо, при абсолютно рівних умовах один суд може присудити за моральну шкоду одну суму відшкодування, а другий — іншу, і це можна вважати нормальним. «Якщо суддя творить право, — пише Ж. Корбоньє, — то різноманітність суддів у межах правової системи може викликати явище правового плюралізму. Це результат того, що юридично-технічною мовою називається суверенним правом суддівської оцінки суті справи» [7, С. 184]. Крім того, не можна забувати, як зазначає З. В. Ромовська, що кожен суддя «пропускає» своє рішення не лише через свій розум, а й через своє серце [1, С. 44]. Виникає питання, що робити в цій ситуації. Наближення позиції суддів можливе в разі постійного видання збірників судових рішень вищих судових інстанцій, причому всіх, а не вибіркових, які б слугували орієнтиром для місцевих судів [8, С. 44].

Таким чином, визначення розміру відшкодування моральної шкоди є складним питанням, оскільки чітких критеріїв його визначення правовими нормами не встановлено і в даному випадку законодавець розраховує на зважене врахування судами всіх обставин, при яких була заподіяна моральна шкода. У судах склалася різна практика вирішення питання про розмір відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Разом із тим, це не означає, що така практика неможлива взагалі. Судова практика в компоненті розміру відшкодування



моральної (немайнової) шкоди буде постійно змінюватися, і така тенденція є об'єктивною, бо, зокрема, будуть збільшуватися грошові надходження громадян України.

У той же час на розмір відшкодування моральної шкоди впливає і оперативність розгляду таких справ. Затягування розгляду призводить іноді до втрати актуальності самого їх розгляду таких справ для особи. Так, у Жовтневому районному суді м. Полтава справа за позовом О. М. Струпова була розглянута через два роки після такого звернення, а позов К. М. Сороки про відшкодування моральної шкоди — через два з половиною роки [9].

Неправомірні дії завжди викликають негативну реакцію в осіб, відносно яких вони спрямовані. Інтенсивність обурення такими діями залежить як від об'єктивних причин (суть неправомірних дій, ступінь шкідливих наслідків тощо), так і від суб'єктивних (темпераменту особи, право якої порушено, ставлення цієї особи до відповідача тощо). Тому, на нашу думку, гострота реагування потерпілих на проявлені відносно них протиправні дії не може мати вирішального значення. Розгляд цивільної справи в суді — це вирішення спору, що виник між сторонами, який не рідко продовжувався і загострювався протягом тривалого часу.

Звичайний стан обурення неправомірними діями відповідача, а також турботи, пов'язані з необхідністю звертатися зі скаргами в різні інстанції, у тому числі й до суду, брати участь у попередньому розгляді справи, судових засіданнях, що звичайно вимагає витрат часу та енергії, не можуть самі по собі бути достатньою підставою для збільшення моральної шкоди та її більшої наявності за цей період. Разом із тим, Ковельський районний суд Волинської області в справі за позовом Р. О. до С. М. про відшкодування матеріальної та моральної шкоди, що виникла внаслідок ДТП, задовольняючи позов у частині відшкодування моральної шкоди, послався на те, що відповідач до розгляду справи в суді не відшкодував матеріальної шкоди, що своєю поведінкою він сприяв тому, що справа в суді неодноразово відкладалася, що примушувало позивачку залишати роботу і позбавляло її можливості вести звичайний для неї спосіб життя [10]. Таким чином, суд мотивував наявність, а звідси і розмір моральної шкоди, не подіями ДТП, а поведінкою відповідача в суді та фактом несвоечасного відшкодування матеріальної шкоди. у зв'язку з цим для розміру відшкодування моральної шкоди є обов'язковим причинний зв'язок між подією, наслідками і розміром моральної шкоди.

Водночас у п. 6.4 Методичних рекомендацій щодо відшкодування моральної шкоди Міністерство юстиції України зазначає, що моральну шкоду не можна відшкодувати в повному розмірі, бо немає і не може бути точних критеріїв майнового вираження душевного болю, спокою, честі, гідності особи. Будь-яка компенсація моральної шкоди не може бути адекватною дійсним стражданням, тому будь-який її розмір може мати суто умовне вираження, тим більше, якщо така компенсація стосується юридичної особи. У будь-якому випадку розмір відшкодування повинен бути адекватним завданій моральній шкоді [11, С. 90].

Уважаємо, що достатньо ефективним законодавчим інструментом, який би однаково впливав би на розумний розмір моральної шкоди і в справах щодо захисту честі, гідності, ділової репутації фізичної або юридичної особи, і в справах, що виникають із знищенням або пошкодженням майна, і в справах щодо неправомірної поведінки відносно особи, її сім'ї чи близьких родичів, а також у справах щодо відшкодування моральної шкоди за інші ушкодження здоров'я може бути інститут судового збору.

Такий висновок ґрунтується на тому, що кожна грошова вимога, незалежно від підстави її виникнення, є вимогою майнового характеру, а тому розмір судового збору повинен сплачуватися з таких вимог на загальних підставах, бо моральна шкода відшкодовується в даному випадку не моральними засобами, а матеріальними, незалежно від того, як ми їх називаємо — компенсацією, відшкодуваннями, виплатами тощо.

Запровадження обов'язку щодо сплати судового збору при пред'явленні вимог про відшкодування моральної шкоди дає позитивний ефект у цій доволі складній категорії справ, оскільки кожна особа, яка має намір, незалежно від підстав звернення, ставити питання про відшкодування моральної шкоди, буде мати однакові умови, за яких позивач мусить реально оцінювати той матеріальний об'єм моральної шкоди, який він хоче реально отримати.

Об'єми заявленої моральної шкоди в Україні сьогодні обраховуються вже не однією сотнею мільйонів гривень, і така тенденція, як показує статистика, матиме місце в подальшому. Це означає, що інститут моральної шкоди іноді використовується з метою безпідставного збагачення, і тому необхідно вживати заходів для припинення подібної практики. Так, Жовтоводський міський суд Дніпропетровської області частково задовольнив позов О. Л. Барабаша до І. В. Домченка про захист честі і гідності та відшкодування моральної шкоди, визнавши такими, що не відповідають дійсності та принижують честь, гідність та ділову репутацію Барабаша відомості, викладені в статті «В інтересах третього сословія», і зобов'язавши газету «Жовтоводські вісті» протягом місяця надрукувати спростування відомостей та стягнути з Домченка на користь Барабаша моральну шкоду в сумі 14 млн. грн [12].

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Ромовська З. В. Спірні питання відшкодування моральної шкоди // Вісник Верховного Суду України. — 2005. — № 5. — С. 41–44
2. Гришук О. Право людини на компенсацію моральної шкоди (загальнотеоретичні аспекти) // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2003. — № 3. — С. 19–28.
3. Шимон С. Про розмір відшкодування моральної шкоди // Право України. — 1998. — № 12. — С. 89–91
4. Справа № 1–28 2000 р. // Архів Автозаводського районного суду м. Кременчук за 2000 р.
5. Справа № 1–243 1998 р. // Архів Київського районного суду м. Полтава за 1998 р.
6. Справа № 1–148 1999 р. // Архів Пирятинського районного суду Полтавської області за 1999 р.
7. Карбоньє Ж. Юридическая социология; пер.: В. А. Туманов (вступ. ст.). — М.: Прогресс, 1986. — 351 с.
8. Сиротенко С. Є. Деякі теоретико-практичні питання визначення розміру відшкодування моральної (немайнової) шкоди // Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 6. — С. 41–45.
9. Узагальнення практики розгляду судами справ про відшкодування моральної шкоди. — К.: Верховний Суд України, 1999. — 21 с.
10. Справа № 1-147 2000 р. // Архів Ковельського районного суду Волинської області за 2000 р.

11. Методичні рекомендації: Лист Міністерства юстиції України від 13.05.2004 р. № 35-12/797 // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2004. — № 6. — С. 90.

12. Справа № 2-293 1997 р. // Архів Жовтоводського міського суду Дніпропетровської області за 1997 р.



**Лічман Леонід Григорович**

*Голова Малиновського районного суду м. Одеси, кандидат юридичних наук,  
доцент, Заслужений юрист України*

## **ЩОДО НЕОБХІДНОСТІ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРОБЛЕМИ СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ (ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ АСПЕКТ)**

Положення ст. 124 Конституції України щодо поширення юрисдикції суду на всі правовідносини та запровадження цього конституційного положення в цивільному судочинстві в українських реаліях викликало певні труднощі. На відміну від господарського та адміністративного судочинства за правилами Цивільного процесуального кодексу України (далі — ЦПК) розглядаються невичерпний перелік справ, що виникають з різних правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства. Такий висновок слідує з системного тлумачення статей 15 і 16 ЦПК, статей 1, 2 і 12 Господарського процесуального кодексу, статей 2-4, 17 Кодексу адміністративного судочинства. До компетенції суду в порядку передбаченому ЦПК, в основному відносяться справи щодо захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із приватноправових відносин. Для цих відносин притаманні специфічна правосуб'єктність їх учасників, які юридично рівні між собою, вільні у своєму волевиявленні щодо набуття прав та обов'язків, а також наділені майновою самостійністю відносно кожного з цих учасників. Крім того, такі особи мають можливість в договорі, при певних умовах, відступити від положень актів законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Виходячи з особливостей цих відносин, які визначаються їх предметом, методом правового регулювання та засадами (принципами), саме при судовому захисті цілком природним та найбільш поширеним є застосування суддівського розсуду.

Суд є установою який не має право відмовити в здійсненні правосуддя за мотивами відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини (ч. 9 ст. 8 ЦПК), та залишився єдиним державним органом який має право застосовувати аналогію закону та права (ч. 8 ст. 8 ЦПК). Таким чином, для правозаступача важливо відмежовувати прогалину в законодавстві та праві від випадків, коли законодавець уповноважує його на конкретизацію закону під час правозастосування або вирішення справи за власним розсудом в межах установлених законом. В літературі вже підкреслювалась, що особливо конкретизації потребують норми з так званими «оціночними» поняттями [1, С. 111], яких достатньо в ЦПК. Останнім часом рівень вирішень спірних питань в суді дійшов до такого рівня, що дозволила оголосити компанію боротьби з «суддівським розсудом та свавіллям». Незважаючи на такі крайнощі, проведення судової реформи та суттєве оновлення процесуального законодавства, не зняло, а навпаки, підсилило актуальність дослідження питання

про суддівський розсуд, якому в умовах постійної зміни законодавства, відводиться, з нашої точки, ключова роль.

Як зазначалось в літературі, судовий розсуд забезпечує зв'язок приватного права і судової практики. У зв'язку з цим судовий розсуд розглядається як наслідок реалізації приватного права і як умова ухвалення законного рішення по справі [2, С. 4].

Розуміючи дискусійність наведеної позиції, та не зупиняючи детально на проблемі визначення розсуду як такого, що, по-перше, до цього часу належить до спірних питань, а по-друге, може бути предметом самостійного дослідження, обмежимося посиланням на авторську позицію з окремих аспектів проблематики [3, С. 191].

Виходячи з узагальненої позиції, що суддівський розсуд — це надане судді законом повноваження свободи вибору одного з декількох закріплених в правовій нормі альтернативних, але в рівній мірі законних рішень по справі [4, С. 4; 8-9], зазначимо, що цей підхід трохи спрощено відображає суть судового розсуду. Так необхідно зауважити, що по-перше він проявляється майже на всіх етапах діяльності суду, а не тільки під час прийняття рішення. По-друге, підлягає уточненню теза про те, що суддівський розсуд існує тільки в межах закону, в зв'язку з чим він має свої межі (А. Б. Степин). Погоджуючись з тим, що суддівський розсуд має межі визначені законом (наприклад, процесуальним), треба зазначити, що закон зобов'язує суд в певних випадках при подоланні прогалин виходити з аналогії права (ст. 8 ЦПК). Це в свою чергу передбачає певний вихід за межі позитивного законодавства. І тут слід зазначити, що ще за радянських часів відомим процесуалістом М. А. Гуревичем зазначалось, що законний розсуд суду — єдина допустима формам судового індивідуального піднормативного регулювання [5, С. 109].

Вбачається цілком правильним висновок, що межами суддівського розсуду при певних умовах (неконституційності закону або його невідповідності чинним міжнародним договорам, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України тощо), може бути конституційний принцип верховенства права.

Розуміючи, що проблематика суддівського розсуду є надзвичайно широкою, про що свідчить і поліаспектність публікацій та їх кількість, хотілось би зупинитися на такому її аспекті як законодавче закріплення можливості здійснення суддівського розсуду в цивільному процесі.

В чинному ЦПК про розсуд суду прямо згадується тільки в ст. 182, коли від нього залежить встановлення порядку допиту неповнолітнього свідка, зокрема у присутності батьків, усиновлювачів, опікунів, піклувальників, якщо вони не заінтересовані у справі або представників органів опіки та піклування, а також служби у справах дітей. Вказана норма дозволяє головуючому по справі судді вибрати одну з декількох процедур передбачених законом.

Аналогічним чином побудовані законодавчі конструкції, коли вказується, що суд може вчинити певну дію, наприклад, вжити, передбачені ЦПК заходи забезпечення позову (ч. 1 ст. 151 ЦПК)

Разом з тим, законодавець надаючи дозвіл на суддівський розсуд використовує обмежувальну оціночну конструкцію «у виняткових випадках», тобто дозволяючи суд задовольнити подане клопотання. Так, ст. 373 ЦПК надає можливість відстрочити або розстрочити виконання, змінити чи встановити спосіб і порядок виконання рішення як виняток з загального правила за наявності обставин, що утруднюють виконання рішення.

Проте найбільш чітко можливість застосування розсуду проявляється під

час застосування аналогії закону і права, та при вирішенні ситуацій, коли необхідно здійснити оцінку певних обставин, які законодавець визнав юридичними фактами<sup>20</sup>.

Щодо останнього, то правило про оцінку доказів з точки зору відносності та допустимості буде найбільш вдалим прикладом, коли законодавець залишає на вирішення суду це питання, обмежуючи останнього певними рамками. Разом з тим, висновок про достатність доказів для вирішення справи не завжди залежить від суду, хоча саме на підставі суддівського розсуду здійснюється прийняття доказів (ч. 2 ст. 131 ЦПК). Важко переоцінити значення суддівського розсуду під час тлумачення судом норм матеріального та процесуального права, врахування судом конкретних обставин справи, тощо.

Ці рамки вбачаються і в можливості зупинити провадження по справі за наявності обставин передбачених ст. 202 ЦПК, надати відстрочку по сплаті держаного мита (ст. 82 ЦПК), допустити негайне виконання рішення суду (ч. 2 ст. 367 ЦПК).

Як слушно зазначалось в літературі суддівський розсуд це урегульоване правовими нормами, специфічний вид правозастосовчої діяльності, який здійснюється в процесуальній формі сутність якого полягає в наданні суду у відповідних випадках права вирішувати спірне питання виходячи з цілей, встановлених законодавцем, принципів права та других загальних положень закону, конкретних обставин справи, а також засад розумності, справедливості та основ моралі [6, С. 9].

На користь наведеного висновку про зв'язаність будь-якої процесуальної дії завданнями цивільного судочинства, яка визнає суть процесуальної діяльності суду, свідчить частина 2 ст. 160 ЦПК, відповідно до якої головуючий керує ходом судового засідання, забезпечує додержання послідовності і порядку вчинення процесуальних дій, здійснення учасниками цивільного процесу їх процесуальних прав і виконання ними обов'язків, спрямовує судовий розгляд на забезпечення повного, всебічного та об'єктивного з'ясування обставин справи, усугубляючи із судового розгляду все, що не має істотного значення для вирішення справи (виділено мною — Л. Л.).

Цей самий критерій може бути використаний судом коли йдеться про процесуальну аналогію, тобто можливість вчинення певної процесуальної дії обмежується, по-перше, завданнями цивільного судочинства, а по-друге, повинне не зменшувати гарантований законом обсягом процесуальних прав та не створювати перешкоди в їх реалізації.

Необхідно зазначити, що крім меж суддівського розсуду є й інші чинники, які на нього впливають. Йдеться про світогляд судді, його моральні погляди, правову культуру, рівень теоретичної підготовки, про що слушно вже наголошувалось в літературі [7].

Таким чином, проблеми застосування суддівського розсуду потребують подальших теоретичних розвідок з метою пропонування судовій практиці обґрунтованих меж застосування суддівського розсуду та визначення чинників, які на нього впливають.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Лазарев В. В. Применение советского права. — К.: Из-во Казанского университета, 1972. — 200 с.

<sup>20</sup> Слід зауважити, що з нашої точки зору, принципівим є з позиції правозастувача необхідність розрізняти суддівський розсуд у фактичній і юридичній оцінці обставин справи

2. Степин .Б. Судебное усмотрение в частном праве (вопросы теории и практики): Дисс. канд... рид. наук: 12.00.01. — Волгоград, 2002. — 221 .

3. Лічман Л. . Суддівський розсуд: актуальність теоретичного дослідження // Держава і право. Тези міжнародної науково-практичної конференції. 27-28 листопада 2009. — Миколаїв, 2009. — С. 191.

4. Степин А. Б. Судебное усмотрение в частном праве (вопросы теории и практики / А.Б. Степин. Дисс. канд... юрид. наук: 12.00.01. — Волгоград, 2002. — 221 с.

5. Гуревич М. А. Судебное решение (Теоретические проблемы). — М.: Юрид. лит. — ра, 1976. — 176 с.

6. Папкова О. А. Судейское усмотрение в гражданском процессе: Дисс. ... канд. юрид. наук.: 12.00.03. — М., 1997. — 174 с.

7. Аверин А. В. Судебное правоприменение и формирование научно-правового сознания судей (проблемы теории и практики): Дисс. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.01. — Саратов, 2004. — 382 с.



**Бондаренко-Зелінська Надія Леонтіївна**

*доцент кафедри цивільного права та процесу Хмельницького університету управління та права, кандидат юридичних наук, доцент*

## **МЕДІАЦІЯ ЯК ПЕРСПЕКТИВНИЙ СПОСІБ ВИРІШЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ СПОРІВ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ**

Орієнтація на інтеграцію в європейське співтовариство, зробила одним з пріоритетних напрямків стратегічного розвитку України забезпечення відповідності національної правової системи стандартам європейської спільноти та створення справді ефективного механізму захисту прав та свобод людини і громадянина зокрема. З огляду на це постало питання про суттєве реформування національної системи захисту цивільних прав та свобод особи, яка наразі формується переважно за рахунок юрисдикційних органів. Й це в свою чергу обумовило інтерес вітчизняних юристів до світової (в т. ч. європейської) практики альтернативного вирішення правових спорів, яке забезпечує оперативне, об'єктивне та компетентне вирішення правових конфліктів.

*Альтернативне вирішення правових спорів (АВС)* — це сукупність прийомів і методів позасудового врегулювання спірів, у результаті застосування яких сторони, що сперечаються, укладають взаємоприйнятну угоду. В усьому світі існує практика застосування альтернативних форм вирішення правових конфліктів (*Alternative Dispute Resolution*), які виступають як альтернатива стосовно офіційного правосуддя. У багатьох випадках АВС виступає більш ефективним порівняно з державною судовою процедурою способом вирішення конфліктної ситуації, оскільки не потребує значних фінансових та організаційно-технічних витрат з боку учасників спірних правовідносин та в багатьох випадках дозволяють повністю ліквідувати правовий спір. Саме до АВС належить медіація.

*Медіація* (від лат. *mediatio*) — переговорний процес, що здійснюється за допомогою незалежного нейтрального кваліфікованого посередника — медіатора, який допомагає сторонам спору проаналізувати конфліктну ситуацію таким чином, щоб вони змогли самостійно обрати той спосіб вирішення спору, що

відповідатиме інтересам обох сторін. Основними принципами медіації є: добровільність (сторони спору повинні дати згоду на застосування цього способу АВС добровільно і усвідомлено), конфіденційність (отримані у процесі медіації відомості не підлягають розголошенню, за виключенням певних виняткових ситуацій), нейтральність медіатора (медіатор повинен професійно і неупереджено виконувати свої обов'язки) тощо.

При проведенні цієї процедури медіатор не приймає рішення за сторін конфлікту, а лише сприяє останнім у пошуку взаємовигідного рішення та оформленні його документально (медіаційною угодою). Така специфіка медіації робить її дуже привабливим способом вирішення цивільно-правових спорів. Адже серед цивільних прав значне місце посідають особисті немайнові права, судових захист яких суттєво ускладнений в силу специфіки самих немайнових благ. Так, наприклад, у випадку порушення права особи на здоров'я, останній дуже важко довести в порядку цивільного судочинства розмір заподіяної шкоди, оскільки відсутні законодавчо визначені критерії, які б дозволили установити, який стан здоров'я був в особи до медичного втручання і в якій мірі шкоду здоров'ю спричинено впливом саме медичних працівників. Подібні проблеми викликає і визначення розміру моральної шкоди, яку зазнав той чи інший учасник цивільних правовідносин у випадку порушення його прав тощо. Застосування в цих та інших випадках медіаційної процедури дозволяє знайти такий спосіб вирішення конфлікту, який дозволить задовольнити інтереси обох сторін спору.

Зважаючи на значні переваги медіації, в процесі гармонізації національного законодавства із законодавством Європейського Союзу значна увага науковців була зосереджена на впровадженні саме цього способу АВС. І в липні 2010 р. українській громадськості вперше було запропоновано проект Закону України «Про медіацію». Український центр медіації розмістив на своєму офіційному сайті для обговорення відповідний документ [1], який після врахування висловлених зауважень було допрацьовано і передано до Верховної ради України [2].

Водночас аналіз змісту вказаного законопроекту дозволяє констатувати, що одним з проблемних питань, яке так і не змогли вирішити його автори це питання про статус медіатора — особи, від професійних та особистісних якостей якої по суті залежить весь результат медіації.

Відповідно до ст. 11 проекту «Медіатором може бути фізична особа, яка пройшла спеціальну підготовку за відповідним напрямком в Україні або за її межами та отримала сертифікат або інший документ, що підтверджує проходження нею відповідної підготовки, та якій на момент укладення договору про проведення медіації виповнився двадцять один рік».

Із змісту вказаної статті можна зробити висновок, що для проведення медіації обов'язковим є лише наявність віку та відповідної освіти, що повинно бути документально підтверджено. Водночас, як свідчить практика атестат, диплом не є показником професіоналізму. Очевидно, що поряд з теоретичними знаннями така особа повинна мати і практичний досвід, а також знати положення чинного законодавства в тій сфері спірних правовідносин, в якій медіатор проводить медіацію. Адже прийняте сторонами рішення в ході медіації повинно не порушувати вимоги чинного законодавства і цей момент повинен контролюватися медіатором, а для цього він повинен мати певний рівень правових знань.

Не зовсім зрозумілими є мотиви з яких встановлено віковий ценз для медіатора — 21 рік. Адже, як правило, громадяни України в такому віці ще навчаються або тільки завершують навчання у вищих навчальних закладах

України. Виникає питання, як такі особи, які ще не набули достатньо професійного досвіду повинні сприяти вирішенню правових спорів.

Не конкретизовано в проекті і обсяг прав та обов'язків медіатора. Враховуючи договірний характер відносин, що мають місце між медіатором та сторонами спору, очевидно, що як і будь-яке договірне зобов'язання, договір про проведення медіації, його основні умови (в т. ч. права та обов'язки сторін такої угоди), порядок укладення та виконання тощо повинні бути законодавчо конкретизовані.

Також, як вірно звертається увага в зауваженнях висловлених правовим управлінням Верховного суду України, ст. 13 законопроекту встановлено відповідальність медіатора за порушення вимог закону, норм професійної етики медіаторів, договору про проведення медіації, а також визначено, що шкода, завдана сторонам внаслідок надання некваліфікованих послуг з медіації, відшкодовується медіатором в порядку, встановленому цивільним законодавством України і договором на проведення медіації. Водночас не визначено порядок притягнення медіатора до відповідальності та її характер, що унеможливорює реалізацію вказаної норми на практиці [3].

Також поза увагою залишено цілу низку надзвичайно важливих питань медіації, таких як: вплив медіації на процесуальні строки (логічно було б якби медіація була підставою зупинення провадження) та строки позовної давності; гарантії конфіденційності як принципу медіації; можливість використання інформації отриманої сторонами та іншими особами під час медіації в якості доказів в судовому процесі; можливість примусового виконання рішення прийнятого в результаті медіації (наприклад шляхом визнання такої угоди судом як мирової) тощо.

Крім того, очевидно, що національна модель медіації має відповідати європейським стандартам взагалі і взятим на себе Україною міжнародним зобов'язанням зокрема: рекомендаціям Ради Європи щодо впровадження програм реформування правосуддя, зокрема Рекомендації № R (81) 7 щодо полегшення доступу до правосуддя від 14 травня 1981 року [4]; Директиві 2008/52/ЄС щодо окремих аспектів медіації в цивільних та комерційних справах, Rec (2002) 10 щодо медіації в цивільних справах 18 вересня 2002 року [5]; № R (98) 1 щодо медіації в сімейних питаннях від 2 січня 1998 року [6], Rec (2001) 9 щодо альтернативах судовому розгляду між адміністративними органами влади і приватними сторонами від 5 вересня 2001 року [7], а також іншим актам направленим на стимуляцію використання примирних процедур для вирішення правових, в т.ч. цивільних, спорів.

Запропонований законопроект поряд з очевидними позитивними моментами на жаль не узгоджувався з вищевказаними актами. Усі ці недоліки в сукупності спричинили його відкликання 11.02.2011 року з метою подальшого доопрацювання.

Підсумовуючи, хотілося б наголосити, що якісна законодавча регламентація медіації — повинна бути метою не тільки авторів проекту Закону «Про медіацію», а й усіх цивілістів, адже запровадження цього способу АВС в національних механізми захисту прав дозволить суттєво підвищити ефективність вирішення правових спорів в Україні.



### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Обговорення Проекту Закону "Про медіацію" [Електронний ресурс] Український центр медіації. Офіційний сайт. — Режим доступу : [http://ukrmediation.com.ua/ua/news\\_and\\_events/?pid=836](http://ukrmediation.com.ua/ua/news_and_events/?pid=836)
2. Проект Закону про медіацію реєстр. № 7481 від 17 грудня 2010 року [Електронний ресурс] — Режим доступу : [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/JF5RT00I.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JF5RT00I.html)
3. Зауваження та пропозиції до проекту Закону України "Про медіацію" (реєстр. № 8137 від 21 лютого 2011 року) [Електронний ресурс] Верховний суд України. Офіційний сайт. — Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/5c3ff4ccd5845539c225786100353061?OpenDocument>
4. Рекомендация № R (81) 7 Комитета министров государствам-членам относительно путей облегчения доступа к правосудию от 14 мая 1981 года // Права человека. — Мн. : Белфранс, 1999. [Електронний ресурс] — Режим доступу : [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994\\_133](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_133)
5. Рекомендация Rec (2002) 10 Комитета Министров Государствам-членам по медиации в гражданских делах от 18 сентября 2002 года [Електронний ресурс] — Режим доступу : [http://www.commonground.org.ua/lib\\_law.shtml](http://www.commonground.org.ua/lib_law.shtml)
6. Рекомендация № R (98) 1 Комитета министров государствам-членам касательно медиации в семейных вопросах от 2 января 1998 года [Електронний ресурс] — Режим доступу : [http://www.commonground.org.ua/lib\\_law.shtml](http://www.commonground.org.ua/lib_law.shtml)
7. Рекомендация Rec (2001) 9 Комитета министров государствам-членам об альтернативах судебному разбирательству между административными органами и частными сторонами от 5 сентября 2001 года [Електронний ресурс] — Режим доступу : [http://www.csr.ru/document/original\\_648.stm](http://www.csr.ru/document/original_648.stm)



### **Бортнік Оксана Григорівна**

*викладач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук*

## **ПРАВОВА ПРИРОДА ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ ПРАВОМ**

Відповідно до ч. 3 ст. 27 ЦПК особи, які беруть участь у справі, зобов'язані добросовісно здійснювати свої процесуальні права [1]. Як свідчить судова практика, судочинство часто використовується недобросовісними учасниками для задоволення своїх власних потреб. Вирішення проблеми зловживання процесуальними правами з боку учасників цивільних спорів останніми роками набула особливої актуальності. Наслідками зловживання є збільшення ресурсних витрат судових органів на вирішення конкретних справ, прийняття судовими органами незаконних та необґрунтованих рішень, а також зниження авторитету судової влади. Поряд із цим, очевидною є потреба в подальшій реалізації принципу процесуальної економії, усуненні затягування судових процедур, оптимізації ряду процесуальних інститутів та їх більш чіткого законодавчого регулювання.

Небезпечність процесуальних зловживань для судової системи оцінили досить багато країн, про що свідчить розробка даної проблеми на науковому рівні та закріплення деяких аспектів протидії явищам, що можуть кваліфікуватися як

зловживання процесуальними правами у чинному законодавстві. Відповідно до законодавства Франції, якщо буде встановлено, що скарга подана з метою затягування процесу, її заявник може бути підданий штрафу в розмірі від 100 до 10000 франків, незалежно від збитків, які можуть бути пред'явлені до відшкодування на користь суду, що прийняв скаргу до провадження (ст. 581 ГПК Франції). В Бельгії за подібні зловживання встановлено штраф у розмірі від 5000 до 100000 бельгійських франків. Зазначені санкції являються досить гнучкими та ефективними [2, С. 51].

Аналіз наукових позицій щодо визначення як зловживання правом взагалі, так і зловживання процесуальними правами зокрема, дозволяє виокремити декілька напрямків: вчених які виступають проти використання поняття «зловживання правом», інші розглядають зловживання як особливий тип правопорушення, що вчиняється правомочною особою при здійсненні ним суб'єктивного права, або як неприпустиме здійснення права, що звернено проти правильного, своєчасного розгляду і вирішення справи.

Слід звернути увагу, що вчені, розглядаючи категорію зловживання процесуальним правом і характеризуючи дане явище як неприпустиме здійснення права, порушення загальних принципів ведення процесу, недобросовісну процесуальну поведінку, а у деяких випадках і як самостійний вид правопорушення, надають йому певного негативного відтінку, що дає підстави вважати здійснення діянь, які можна кваліфікувати як зловживання процесуальним правом такими, що не відповідають загальнозстановленим правовим інститутам і за які, відповідно, повинна встановлюватись певна міра відповідальності.

Процесуальні правовідносини є одним із видів соціальних відносин, для яких завжди притаманна соціальна відповідальність, за якої одна сторона (особа) відповідає перед іншою стороною (суспільством). Суттєвою рисою будь-якого виду юридичної відповідальності є покладення на особу додаткових обтяжень та несприятливих наслідків. І лише за критеріями додаткових обтяжень можна відмежувати юридичну відповідальність від інших засобів регулювання правовідносин. [3, С. 42-43].

Зловживання цивільними процесуальними правами являє собою порушення цивільного процесуального обов'язку щодо добросовісного здійснення процесуальних прав. На цій підставі можна стверджувати, що якщо визнати зловживання як порушення вимог щодо належного використання права, то зловживання — це правопорушення. Проте кваліфікувати чи виявити зловживання правом важко поряд із іншими порушеннями норм процесуального права. Питання кваліфікації та впровадження мір відповідальності за зловживання процесуальними правами в цивільному процесуальному праві залишається актуальним, і таким, що потребує комплексного доопрацювання. Судові органи повинні мати змогу чітко відокремлювати зловживання процесуальним правом від правомірної поведінки суб'єктів процесуальних відносин і, відповідно кожен випадок недобросовісного використання процесуальних прав повинен припинятися або особливою, спеціально сформульованою для даного випадку санкцією, або (при її відсутності) настанням будь-яких загальних несприятливих процесуальних наслідків.

Наявність у законодавстві норми, що встановлює певний вид і міру відповідальності за вчинення зловживання правом є не лише передумовою припинення даного діяння шляхом безпосереднього впливу державних органів на недобросовісних суб'єктів, а й здійснює певний превентивний вплив на всіх

учасників правовідносин, які в майбутньому можуть скористатися правом на судовий захист.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40-42. — Ст. 492.
2. Шебанова Н. Злоупотребление процессуальными правами // Арбитражная практика. — 2002. — № 5 (14). — С. 49-51.
3. Бутнев В. В. Гражданская процессуальная ответственность. — Ярославль, 1999. — 125 с.



**Степаненко Тетяна Володимирівна**

*викладач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного  
університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук*

### **СПОСОБИ СУДОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВ НЕВИЗНАЧЕНОГО КОЛА ОСІБ**

Важливу роль для захисту цивільних прав має спосіб їх захисту. Як правило, власник порушеного права може скористатися не будь-яким, а певним способом захисту свого права, що визначається характером порушеного чи оспорюваного матеріального права, його змістом і призначенням, характером його порушення.

Пропонуємо звернути увагу на особливості способів судового захисту, у достатньо новій для судової практики категорії цивільних справ — справ за позовами про захист прав та інтересів невизначеного кола осіб. Об'єктом судового захисту у таких справах є неперсоніфікований суспільний інтерес, інтерес суспільства в реалізації на території держави екологічної, споживчої, політики тощо, спрямованої насамперед на захист життя, здоров'я і добробуту населення, що є необхідною умовою реалізації суб'єктивних прав та інтересів суб'єктів цивільних правовідносин.

З урахуванням специфіки об'єкта судового захисту, не всі передбачені ст. 16 ЦК способи судового захисту можуть бути застосовані у справах про захист прав та інтересів невизначеного кола осіб. Як зазначає Н. Ю. Сакара, з передбачених ст. 16 ЦК способів судового захисту, способами захисту прав та інтересів невизначеного кола осіб, громадського інтересу можуть бути припинення дії, яка порушує право, відновлення становища, яке існувало до порушення прав, примусове виконання обов'язку в натурі та визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб [1, С. 105].

Вважаємо, що наведені способи захисту прав та інтересів невизначеного кола осіб, суспільного інтересу в порядку цивільного судочинства потребують уточнення. Зокрема, досить спірною видається можливість застосування такого способу захисту як примусове виконання обов'язку в натурі. Як підкреслює З. В. Ромовська, такий спосіб захисту застосовується лише при захисті майнових прав і не може застосовуватися при захисті немайнових прав, оскільки можливість

використання цього способу захисту обмежується лише випадками порушення права внаслідок невиконання уречевленого цивільно-правового зобов'язання [2, С. 240–241]

Примусове виконання обов'язку в натурі характеризується тим, що порушник за вимогою потерпілого повинний реально виконати дії, які складають предмет його зобов'язання (передати річ, виконати роботу, надати послуги). І тільки тоді, коли реальне виконання стало об'єктивно неможливим або ж небажаним для потерпілого, даний спосіб має бути замінений іншим [3, С. 258].

Звернення до суду із позовом про захист прав та інтересів невизначеного кола осіб спрямовані на захист таких прав, як право на безпечне навколишнє середовище, право на безпечні товари (послуги), право на інформацію тощо, які є немайновими правами. Тобто, судом, при розгляді такої справи, з'ясовуються не питання порушення відповідачем конкретного уречевленого зобов'язання, що він має перед позивачем, а, як правило, судом перевіряється виконання відповідачем загального позитивного обов'язку не порушувати вимоги діючого законодавства, яким закріплено права численного кола осіб. Таким чином, з передбачених ст. 16 ЦК способів захисту цивільних прав, способами захисту прав та інтересів невизначеного кола осіб є дії, яка порушує право, відновлення становища, яке існувало до порушення прав та визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб.

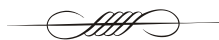
Зазначені способи захисту конкретизовані в інших актах законодавства та охоплюють широке коло конкретних дій, які можуть бути застосовані як щодо захисту прав та інтересів конкретної особи, так і невизначеного кола осіб. Так, наприклад відповідно до ч. 4 ст. 9 Конвенції про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля, ратифікованої Законом від 06.07.1999 р., ч. 2 ст. 293 ЦК, ч. 2 ст. 10 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25.06.1991 р. способом захисту прав та інтересів фізичних осіб може бути припинення (заборона) діяльності, яка завдає шкоди довкіллю. Згідно п. 9 ч. 1 ст. 25 Закону України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 р., дії продавця, виробника (підприємства, що виконує їх функції), виконавця судом може бути визнано протиправними щодо невизначеного кола споживачів і винесено рішення про припинення цих дій. Статтями 282, 1163 та 1164 ЦК передбачена можливість вжиття невідкладних заходів щодо усунення небезпеки, яка загрожує життю, здоров'ю або майну особи, створеної як внаслідок підприємницької, так і будь-якої іншої діяльності, а у разі неусунення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи заінтересована особа має право вимагати вжиття невідкладних заходів щодо усунення загрози; заборони діяльності, яка створює загрозу.

При цьому варто звернути увагу, що всі способи захисту, які можуть застосовуватися у досліджуваній категорії справ, в теорії цивільного права відносять до заходів захисту, для застосування яких достатньо об'єктивно протиправної поведінки, вина не входить у фактичну підставу заходів захисту: ця підстава обмежується самим по собі фактом порушення права, інтересу уповноваженої особи [4, С. 37; 5, С. 79]. Це має практичне значення в аспекті визначення особливості предмета доказування по даній категорії справ, зокрема відсутності необхідності доведення прямого причинно-наслідкового зв'язку між діями відповідача та порушенням суб'єктивних прав чи інтересів осіб з числа невизначеного кола осіб, а також факту завдання шкоди такими діями.

Стосовно справ про захист прав та інтересів невизначеного кола осіб, з урахуванням можливих способів судового захисту, можна дійти висновку, що судом при вирішенні даної категорії справ розглядається питання не про застосування до відповідача заходів цивільно-правової відповідальності, а саме можливість застосування заходів захисту, Підставою реалізації цих заходів є сама по собі неправомірна поведінка, незалежно від того, чи носить вона винний чи невинний характер і чи знаходяться в причинному зв'язку з нею збитки.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Сакара Н. Ю. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах: Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. — Х., 2006. — 209 с.
2. Ромовская З. В. Личные неимущественные права граждан СССР (понятие, виды, классификация, содержание и гражданско-правовая защита): дис. ... канд. юрид. наук: 12.712. — К., 1968. — 176 с.
3. Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / [В. І. Борисова, Л. М. Баранова, І. В. Жилінкова та ін.]; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — 480 с.
4. Гражданско-правовая охрана интересов личности / [О. С. Иоффе, Е. А. Поссе, А. Г. Потюков и др.]; под ред. Б. Б. Черепахина. — М.:Юрид. лит., 1969. — 256 с.
5. Кархалев Д. Н. Соотношение мер защиты и мер ответственности в гражданском праве России: Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. — Екатеринбург, 2003. — 180 с.



#### **Буга Володимир Васильович**

*викладач кафедри цивільного права та процесу ДЮІ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка,  
здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін ННІПЕС ХНУВС*

#### **НОВА РЕДАКЦІЯ СТАТТІ 294 «СТРОКИ АПЕЛЯЦІЙНОГО ОСКАРЖЕННЯ» ЦПК УКРАЇНИ**

Право на звернення до судів вищих інстанцій з апеляційними скаргами є важливою складовою судочинства України. Згідно зі статтею 129 Конституції України однією з основних засад судочинства є забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду, крім випадків, встановлених законом [1]. Як зазначає А. Й. Осетинський, саме європейський вектор обумовив запровадження в Конституції України нових порядків перегляду судових рішень — апеляційного та касаційного.

З цього приводу, необхідно зазначити, що учасники процесу, які в силу закону чи доручення мають право на апеляційне оскарження, можуть реалізувати його у визначені законом строки, у певному порядку та за умови дотримання вимог процесуального закону, що пред'являються до апеляційних скарг [2, С. 18].

Отже, вважаємо, що визначення процесуальних строків в апеляційному провадженні є досить актуальним. Аналізу цього явища присвячені роботи П. О. Гвоздик, В. А. Мазур, П. І. Проскурницького, А. Й. Осетинського та інших вчених.

Метою цієї статті є узагальнення існуючого стану наукової розробки та аналіз строків апеляційного оскарження з урахуванням норм, викладених у новій редакції ст. 294 «Строки апеляційного оскарження» ЦПК України.

На думку С. С. Бичкової, апеляційна скарга на рішення (ухвалу) суду першої інстанції — це процесуальний документ, в якому апелянт, як правило, вимагає скасування або зміни судового рішення суду першої інстанції як незаконного та необґрунтованого, викладаючи підстави для цього і свої доводи з їх приводу [3, С. 601]. Апеляційна скарга повинна бути складена у письмовій формі, як окремий письмовий документ.

Згідно зі ст. 294 ЦПК України (в редакції Закону № 2453-VI від 07.07.2010 р.), апеляційна скарга на рішення суду подається протягом десяти днів з дня його проголошення. Особи, які брали участь у справі, але не були присутні у судовому засіданні під час проголошення судового рішення, можуть подати апеляційну скаргу протягом десяти днів з дня отримання копії цього рішення. Згідно з ч. 1 ст. 223 ЦПК України, рішення суду набирає законної сили після закінчення строку для подання апеляційної скарги, якщо апеляційну скаргу не було подано. У разі подання апеляційної скарги рішення, якщо його не скасовано, набирає законної сили після розгляду справи апеляційним судом (Ч. 1 ст. 223 в редакції Закону № 2453-VI від 07.07.2010 р.) [4].

Апеляційна скарга на ухвалу суду першої інстанції подається протягом п'яти днів з дня її проголошення. У разі якщо ухвалу було постановлено без участі особи, яка її оскаржує, апеляційна скарга подається протягом п'яти днів з дня отримання копії ухвали. Апеляційна скарга, подана після закінчення строків, установлених цією статтею, залишається без розгляду, якщо апеляційний суд за заявою особи, яка її подала, не знайде підстав для поновлення строку, про що постановлюється ухвала.

Як зазначають П. О. Гвоздик, В. А. Мазур, П. І. Проскурницький, під час вирішення питання щодо прийняття апеляційної скарги після закінчення строків, передбачених статтею 294 ЦПК України, слід враховувати вимоги статті 73 ЦПК України. Законодавством встановлено, що строки на подачу апеляційної скарги обчислюються днями [2, С. 19].

Щодо строків, які визначаються днями, то, якщо кінець строку припадає на день неробочий, то останній день строку вважається перший після цього робочий день. Строк не вважається пропущеним, якщо до його закінчення процесуальні документи здано на пошту.

Однак, існують дві умови, необхідні для вирішення питання про поновлення строку. Перша — це заява особи, що подала апеляційну скаргу про поновлення строку, і друге — з'ясування поважності причин, які можуть бути підставою для його поновлення [2, С. 19]. Відповідно до вимог статті 73 ЦПК України, питання про поновлення пропущеного строку в кожному випадку вирішується в судовому засіданні з викликом сторін і повідомленням осіб, які беруть участь у розгляді справи. Присутність зазначених осіб не обов'язкова, тому це не стає перешкодою для вирішення поставленого перед судом питання.

Необхідно відмітити, коли особа не була повідомлена про розгляд справи, рішенням у якій було порушено її права, строк апеляційного оскарження має рахуватися, на думку С. Я. Фурси, з моменту, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про таке порушення. Отже, якщо рішення у справі підлягає виконанню протягом трьох років, то можна, апріорі, припустити, що відповідна скарга може бути подана навіть протягом трьох років. Проте, особа має повідомити причини, через які вона не знала і не могла знати про постановлення щодо її прав

рішення суду. Тоді має право застосовуватися звичайний спосіб відліку часу за аналогією зі строком позовної давності, тобто з моменту, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про порушення її прав. Вважається, що така позиція має спонукати суд та всіх осіб, які беруть участь у справі, не приховувати фактів заінтересованості осіб, на права та обов'язки яких може вплинути судове рішення [5, С. 793].

Таким чином, можна зробити висновок, що нова редакція статті 294 «Строки апеляційного оскарження» ЦПК України, яка вступила в дію з 01.11.2010 року, дуже скоротила строк на апеляційне оскарження, порівняно зі строком, який існував до цього часу. А це буде призводити до того, що пересічні громадяни, які не знають тонкощів цивільного законодавства, не будуть встигати подавати апеляційні скарги в строк, що позбавить їх можливості використати надані ним цивільні права в повному обсязі. Тобто, встановлення законодавцем такого порядку подання апеляційної скарги зумовлено його намаганням розвантажити, звільнити апеляційну ланку судової системи України від виконання технічної, допоміжної роботи та інших організаційних функцій, як-то: раніше прийняття заяв про апеляційне оскарження, а вже потім апеляційних скарг. Проте усі питання, пов'язані з прийняттям апеляційної скарги до розгляду по суті, вирішуються виключно судом апеляційної інстанції.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Гвоздик П. О. Апеляційне провадження у цивільних справах: практичний посібник / П. О. Гвоздик, В. А. Мазур, П. І. Проскурницький. — К. : ПУЛЬСАРИ, 2007. — 68 с.
3. Бичкова С. С. Цивільне процесуальне право України: підручник / С. С. Бичкова, І. А. Бірюков, В. І. Бобрик та ін.]. — К. : Атіка, 2009. — 760 с.
4. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради. — 2004. — № 40-42. — Ст. 492.
5. Фурса С. Я., Фурса Є. І., Щербак С. В. Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар: у 2 т. — К. : Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2007. — 916 с.



**Мельник Ярослав Ярославович**

*аспірант Хмельницького університету управління та права*

### **МОРАЛЬНО-ЕТИЧНА СКЛАДОВА ЦИВІЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ОБОВ'ЯЗКІВ ОСІБ, ЯКІ БЕРУТЬ УЧАСТЬ У СПРАВІ**

Мораль і право — головні регулятори поведінки людей, співвідношення між ними складне і включає взаємозв'язок єдності та відмінності [1, С. 115], ці категорії досить часто перетинаються у правових нормах [2, С. 101].

У свій час, С. С. Алексеев розмірковуючи над складовими правової матерії цілком вірно прийшов до висновку у тому, що акцент на «нормах» сам по собі не розкриває в праві того специфічного і універсального, що робить право найважливішим і незамінним явищем цивілізації, оскільки нормативний

характер мають і звичаї, і традиції, і мораль, і релігія, та інші інститути духовного порядку [3, С. 34-35].

Норми моралі не існують десь окремо від суспільства чи то за межами правового поля цивільного судочинства. Вони діють, моральні засади суспільства отримали регулятивне значення і закріпленні у цивільному та цивільному процесуальному законодавстві.

Зокрема, чинний ЦК України надає моральним засадам суспільства досить вагомого значення в сфері регулювання цивільних відносин. Причому вказівка на них міститься не лише в статтях, що складають окремі цивільно-правові інститути, а й у статтях розділу 1 «Основні положення», які становлять кістяк цивільного законодавства, підкоряючи своїм вимогам не лише всі інші статті ЦК України, а й положення всіх інших актів цивільного законодавства України. Так, зокрема, ч. 4 ст. 13 ЦК України визначає, що «при цивільних прав особа повинна додержуватись моральних засад суспільства»; а відповідно до абз. 2 ч. 1 ст. 19 цього Кодексу «самозахистом є застосування особою засобів протидії які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства». Таким чином, розуміння сутності моральних засад суспільства як правового соціального регулятора цивільних відносин України є запорукою правильного розуміння і застосування положень цивільного законодавства [2, С. 101], а відтак, і реалізації матеріального права в процесуальному аспекті під час вирішення цивільних справ судом.

В рамках наявних законодавчо закріплених цивільних процесуальних норм, без сумніву, теж містяться такі, які насичують процесуальний обов'язок етико-морально-правовими корелятами. У своїй сукупності вони, з одного боку, покликані відігравати субординаційні взаємини між учасниками цивільного судочинства (позивач-суд-відповідач, тощо); виконання конституційних засад по дотриманню прав та свобод людини та громадянина; а також, з іншого боку — спрямовані на врегулювання загостреної психологічно-конфліктної ситуації під час обтяжливих суперечностей сторін в судовому засіданні.

Так, ЦПК України містить процесуальні норми, яких юридична основа вибудована на моральних принципах. Також слід відмітити, що ці норми сформовані для всіх учасників цивільного процесу цивільним процесуальним обов'язком. Серед них слід виділити:

1) ст. 5 ЦПК України, де моральні засади виражаються у «..повазі честі, гідності усіх учасників цивільного процесу і здійснювати правосуддя на засадах їх рівності перед законом і судом незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовних та інших ознак»;

2) ч. 3 ст. 6 ЦПК України, де міститься відповідне моральне бачення законодавця щодо підстав закритого судового засідання, а саме — «закритий судовий розгляд справи допускається... розголошення.. таємниці що охороняється законом.. а також, ..таємниці усиновлення, запобігання розголошення відомостей про інтимні чи інші особисті сторони життя осіб, які беруть участь у справі, або відомостей, що принижують честь та гідність»;

3) ст. 51 ЦПК України також, цілком конструктивно визначає осіб, які не можуть бути допитані як свідки, до яких віднесено — це недієздатні особи, які перебуває на обліку у психіатричному лікувальному закладі і не здатні через свої фізичні або психічні вади правильно сприймати обставини, що мають значення для справи; особи, які за законом зобов'язані зберігати в таємниці відомості, що були довірені їм у зв'язку з їхнім службовим чи професійним становищем, — про



такі відомості; священнослужителі — про відомості, одержані ними на сповіді віруючих; професійні судді, народні засідателі та присяжні — про обставини обговорення у нарадчій кімнаті питань, що виникли під час ухвалення рішення вироку; особи. Які мають дипломатичний імунітет, не можуть бути допитані як свідки без їхньої згоди, а представники дипломатичних представництв — без згоди дипломатичного представництва. Також до цієї категорії віднесено ст. 52 ЦПК України осіб, які «мають право відмовитися від давання показань — щодо самої особи, членів її сім'ї чи близьких родичі». Вживаний законодавцем термін «має право» виходячи із зорієнтованого нами принципу моральності тлумачиться як «зобов'язаний не давати показань», та визначається як моральний обов'язок. А тому, дану норму можливо вважати не релевантною, тобто такою, що не може бути застосованою на практиці через відсутність процесуальної необхідності до її реалізації;

4) ст. 161 ЦПК України зобов'язано усіх осіб, які присутні у залі судового засідання (осіб, які беруть участь у справі, свідків, перекладачів, експертів, спеціалістів), звертатися до суду словами «Ваша честь». Інша варіація морального цивільного процесуального обов'язку закладена в ч. 1 ст. 162 ЦПК України та полягає у необхідності встати коли заходить і виходить суд, а також давати показання стоячи. Відступ від цих вимог допускається із дозволу головуючого. В даній нормі відстежується відносина субординації та поваги осіб які беруть участь у справі до закону, суду, та й власне до самих себе.

Наведені основні моральні обов'язки можливо окреслити так званим «моральним блоком», моральною основою цивільних процесуальних обов'язків на тлі інших, не менш значущих норм із морально-етичною складовою.

Отже, якщо з позиції І. В. Коршунової, моральні обов'язки забезпечуються силою власного переконання, мірами суспільного впливу відповідно, визначення моральних обов'язків, що вони є суспільно-необхідною, мірою поведінки, якій слідує людина або колектив як абсолютної цінності і забезпечена внутрішнім переконанням самої особистості і (або) зовнішнім, емоційним (моралісним) примушенням [4, С. 37]. То моральний блок цивільних процесуальних обов'язків складає систему спільнопов'язаних між собою процесуальних норм, які утворюють певну форму морально-етичної необхідної та належної поведінки осіб, які беруть участь у справі, що спрямовуються на укріплення не тільки правосвідомості цих осіб, але й на скріплення поваги до закону та суду задля сприяння суду у здійсненні правосуддя.

Нормативне закріплення паритетних засад моральних обов'язків щодо суб'єктів цивільного судочинства містяться там, де без вмісту яких законодавча техніка є практично безсилою, зокрема це стосується оціночних та абстрактних понять таких як «розумні строки» (ч. 1 ст. 157 ЦПК України), «добросовісність» (ч. 3 ст. 27 ЦПК України), «сповідь», «віруючі» (п. 3 ч. 1 ст. 51 ЦПК України), «релігійних та інших переконань» (ст. 5 ЦПК України) тощо. Звісно, як замітив С. С. Алексєєв, це стосується техніко-юридичних прийомів законодавчої техніки [5, С. 494-495], проте ці поняття хоча вміщують морально-етичну складову, однак витікають із обов'язків певної моральної касти, яка є досить гнучкою та подекуди хиткою для того, щоб вірно кваліфікувати чи то співвіднести із моральними обов'язками осіб, які беруть участь у справі. Приміром опираючись на матеріальну складову моральної категорії «сповідь», «віруючі», те, що серед Конфуція чи іудаїзму є моральним правилом, то в християнській — визначається гріхом (промахом) [6]. Тому хоча природно будь-яка мораль є по суті обов'язком до певних правил поведінки, стандартів, звичок, тощо, але суттєво відрізняється одна від

одної. А тому, з огляду на це, гостроту проблематики в морально-процесуальній складовій процесуальних обов'язків осіб, які беруть участь у справі, слід спостерігати в складності не тільки законодавчого закріплення та виявлення такого змісту, але й у складності відмежування.

Так, моральний обов'язок у суспільних відносинах, чи то в цивільно-правових, має одне правове забарвлення, у цивільних процесуальних обов'язках осіб, які беруть участь у справі — інше, але останній поглинає як правило попередніх два за умови, коли процесуальні ґрунтуються та пов'язані із конституційними засадами (ст. ст. 3, 21, 22, 24 Конституції України із відповідним дзеркальним відображенням в ст.5 ЦПК України, тощо). А можуть і навпаки, бути ширшими в процесуальному (імперативному) значенні, де специфіка моральних обов'язків учасників процесу стосується виключно дій, виконання яких, притаманне лише ходу судового засідання — звернення до суду у формі словесного виразу, наприклад, «Ваша честь» (ст. 161 ЦПК України), та ін.

Більше того, у цивільному судочинстві досить часто наявна ситуація коли при неконструктивному конфлікті сторони, як зазвичай, припускаються до осуду особистості під час судових суперечок, та застосовуються психотравмуючі засоби. В наслідок чого виникає ситуація неадекватного морального вибору — дії, задля виконання певної соціальної норми, що призводить до порушення інших соціальних норм [7, С. 363], а відтак і до порушення цивільних процесуальних норм, що в свою чергу впливає на дотримання процесуальної форми. До таких слід віднести усякого роду незручності що сприяють погіршенню якості здійснення правосуддя, а саме: розмови на підвищених тонах, що супроводжуються криком, лайкою; не вимкнення сигналів технічних приладів (мобільних телефонів); ображаючі жести, непристойний одяг осіб, що беруть участь у справі; та інше. А тому, за нашим переконанням доречно законодавцю подбати про розробку спеціальних правил обов'язкової поведінки у судовому засіданні осіб, що беруть у ньому участь. Це значно буде покращувати не тільки рівень правової культури, але й позитивно впливати на якість та оперативність проведення судового засідання. Також, слід визнати, що проблематика якості проведення судового засідання на сьогодні залишилась по заувагою наукової спільноти а також, законодавця.

Додатковою проблематикою на тлі виконання моральних обов'язків осіб, які беруть участь у справі слід визнати і те, що категоріям «мораль», «право», «обов'язок», «норма» приділено недостатньо уваги як в способах встановлення, методах забезпечення, форми виразу, оцінні поняття, у характері відповідальності за порушення, за сферою дії, а також за змістом.

Отже, беручи до уваги, вищевикладені обставини слід погодитись, що морально-етична складова цивільних процесуальних обов'язків хоч має певне законодавче регулювання, проте таке, потребує значного удосконалення та розробки, зокрема у цивільному процесуальному праві, законодавстві, де *основну увагу слід сфокусувати на забезпеченні гарантій виконання моральних цивільних процесуальних обов'язків осіб, які беруть участь у справі, а також, у достатньому врегулюванні процесуальної норми та правових категорій «мораль», «моральний процесуальний обов'язок».*

І тому, лише за вищевикладених умов буде можливо швидко та якісно визначати (здійснювати) належну поведінку осіб, які беруть участь у справі в аспекті морально-етичних обов'язків у цивільному судочинстві.

## ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Оборотов Ю. М., Крестовська Н. М., Крижанівський А. Ф., Матвеева Л. Г. Теорія держави і права. Державний іспит. — Харків: Одісей, 2010. — 256 с.
2. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: монографія. — К.: Правова єдність, 2009. — 304 с.
3. Алексеев С. С. Тайна права. Его понимание, назначение, социальная ценность. — М.: Издательство НОРМА, 2001. — 176 с.
4. Коршунова И. В. Обязанность как правовая категория: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. — Абакан, 2004. — 179 с.
5. Алексеев С. С. Общая теория права: учеб. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Проспект, 2009. — 576 с.
6. Гусейнов А. А Мораль и разум // Электронная библиотека по философии / [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://filosof.historic.ru/books/item/f00/s00/z0000054/>
7. Еникеев М. И. Юридическая психология: Учебник для вузов. — М.: Норма, 2005. — 512 с.



**Руденко Олександр Миколайович**

*викладач кафедри юридичних дисциплін Сумської філії Харківського національного університету внутрішніх справ*

## **ОСОБЛИВОСТІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ БОРЖНИКА У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

У період реформування системи органів державної виконавчої служби України значної актуальності набуває дослідження особливостей цивільно-правової відповідальності суб'єктів правовідносин у сфері примусового виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб).

В умовах публічно-правового регулювання діяльності органів державної виконавчої служби, застосування цивільно-правових норм у згаданих відносинах особливо не досліджувалося. До того ж з прийняттям і введенням у дію нової редакції Закону України «Про виконавче провадження» залишилося актуальним питання застосування цивільно-правової відповідальності боржника за невиконання вимог державного виконавця.

Висвітленню питання цивільно-правової відповідальності у різних галузях права присвячено низку робіт науковців. Зокрема дану проблему розглядали С. В. Антонов. [4], Л. В. Тарасенко [5], В. Д. Примак [3], А. А. Верховець [6] та інші.

Поряд із тим цивільно-правова відповідальність боржника у виконавчому провадженні не знайшла широкого обговорення серед науковців, у зв'язку із чим нові дослідження у сфері цих правовідносин є сьогодні доволі актуальними для цивілістичної науки.

Цивільно-правова відповідальність — це самостійний вид юридичної відповідальності, який полягає у застосуванні державного примусу до правопорушника шляхом позбавлення особи певних благ чи покладення обов'язків майнового характеру. [2]

Особливостями цивільно-правової відповідальності є: 1) майновий характер; 2) стягується на користь потерпілої сторони; 3) носить компенсаційний характер.

Цивільно-правова відповідальність виконує компенсаційну, виховну та стимулюючу функції.

Відповідно до вимог ст. 28 ЗУ «Про виконавче провадження» у разі невиконання боржником рішення майнового характеру у строк, встановлений частиною другою статті 25 цього Закону для самостійного його виконання, постановою державного виконавця з боржника стягується виконавчий збір у розмірі 10 відсотків суми, що підлягає стягненню, або вартості майна боржника, що підлягає передачі стягувачу за виконавчим документом [1].

У зв'язку із викладеним постає актуальне питання — чи можна вважати стягнення із боржника виконавчого збору цивільно-правовою відповідальністю?

Враховуючи класифікацію цивільно-правової відповідальності запропоновану Р. О. Стефанчуком, так, тому що: є застосуванням державного примусу, оскільки застосовується органом державної виконавчої служби як санкція за невиконання боржником вимог державного виконавця, стягується на підставі постанови, яка має силу виконавчого документу і підлягає примусовому виконанню у порядку, передбаченому законом; носить майновий характер, оскільки завжди обчислюється та стягується у грошовому вимірі за рахунок коштів або майна боржника; має виховну функцію, оскільки стимулює боржника до своєчасного виконання вимог державного виконавця зараз та у майбутньому; виконує стимулюючу функцію, оскільки стимулює інших учасників до відповідної поведінки, яка унеможливить вжиття до них з боку державного виконавця відповідних фінансових санкцій.

Поряд із тим ряд класифікаційних ознак цивільно-правової відповідальності, запропонованих Р. О. Стефанчуком, не характерні виконавчому провадженню. Зокрема: стягнення відбувається не на користь потерпілої сторони, оскільки кошти завжди отримує відповідний орган державної виконавчої служби, який здійснює примусове виконання рішення і не є стягувачем у виконавчому провадженні; не спрямована на відновлення майнової сфери потерпілого, оскільки орган державної виконавчої служби не є потерпілим та тим органом, якому завдано збитків невиконанням з боку боржника; не виконує компенсаційної функції, оскільки ця функція у виконавчому провадженні виконується шляхом стягнення із боржника витрат на проведення виконавчих дій.

На підставі викладеного вважаю стягнення виконавчого збору у рамках здійснення виконавчого провадження цивільно-правовою відповідальністю боржника, оскільки дана відповідальність постає як санкція за невиконання вимог державного виконавця. Вона настає винятково за наявності передбачених у законі умов і втілюється у покладанні на боржника суб'єктивного цивільного обов'язку сплатити визначену суму коштів.

Цей обов'язок впливає з порушеного обов'язку в регулятивних правовідносинах.

Юридичною підставою цивільно-правової відповідальності є закон, а фактичною — вчинення цивільного правопорушення. Тому особа підлягає цивільно-правовій відповідальності за наявності сукупності умов, які утворюють склад цивільного правопорушення, якими є: протиправність поведінки (дія чи бездіяльність); наявність майнової та (або) моральної шкоди; причинний зв'язок між протиправною поведінкою і заподіяною шкодою; вина особи, яка заподіяла шкоду.

Враховуючи ту обставину, що виконавчий збір стягується виключно у процесі здійснення виконавчого провадження і завжди пов'язаний із пасивною поведінкою боржника (бездіяльністю), завданням боржником майнової або іншої шкоди стягувачеві, у зв'язку із чим і видається виконавчий документ на примусове виконання, та наявністю причинного зв'язку між бездіяльністю боржника та заподіяння майнової або іншої шкоди стягувачеві, можна стверджувати про наявність підстав для цивільно-правової відповідальності, яка втілюється у життя шляхом стягнення із боржника виконавчого збору за постановою державного виконавця.

Таким чином, з урахуванням викладеного, доцільним є дещо доповнити класифікацію цивільно-правової відповідальності, передбачивши у ній відповідальність боржника у виконавчому провадженні, яка не пов'язана із майновим або іншим інтересом стягувача.

### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Про виконавче провадження: Закон України від 04.11.2010 р. № 677-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2677-17>.

2. Стефанчук Р. О. Цивільне право України. Навчальний посібник. — К.: Прецедент, 2005. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://ebk.net.ua/Book/law/stefanchuk\\_tsivpu/part3/303.htm](http://ebk.net.ua/Book/law/stefanchuk_tsivpu/part3/303.htm)

3. Примак В. Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — К., 2005. — 16 с.

4. Антонов С. В. Цивільно-правова відповідальність за заподіяння шкоди здоров'ю при наданні платних медичних послуг: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — К., 2006. — 20 с.

5. Тарасенко Л. В. Цивільно-правова відповідальність за порушення грошових зобов'язань: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — К., 2006. — 20 с.

6. Верховець А. А. Цивільно-правова відповідальність за порушення договору: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — К., 2010. — 16 с.



### **Умецька Ганна Олександрівна**

*викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Навчально-наукового інституту права та масових комунікацій Харківського національного університету внутрішніх справ*

## **ОКРЕМІ ПИТАННЯ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ В СПРАВАХ ПРО ВИЗНАННЯ ПРАВОЧИНІВ**

1. В ст. 59 Цивільного-процесуального кодексу України (далі — ЦПК) закріплено правило щодо допустимості доказів. Правило про допустимість доказів має загальний та спеціальний характер [1, С. 85]. Загальний характер міститься у ч. 1 ст. 59 ЦПК, в якій зазначено, що суд не бере до уваги докази, які одержані з порушенням порядку, встановленого законом. Ця норма стосується всіх без виключення доказів незалежно від категорії справ та позовних вимог.

В цивільному процесі можливі випадки, коли ті або інші обставини повинні

бути підтверджені певними засобами доказування, і не можуть підтверджуватись іншими засобами доказування (ч. 2 ст. 59 ЦПК). В цьому випадку, ми вже ведемо мову про спеціальний характер правила допустимості, адже він стосується лише окремих категорій справ.

Як зазначено вище, загальний характер правила допустимості доказів встановлений в ч. 1 ст. 59 ЦПК. Виходячи з положень вказаної норми вбачається, що при розгляді справи суду обов'язково необхідно з'ясувати, з якого джерела отримані надані сторонами докази (наприклад, у разі визнання недійсним правочину, укладеного внаслідок зловмисної домовленості представника однієї сторони з іншою його стороною, судом не може бути прийнятий такий доказ, як запис телефонної розмови його представника з другою стороною правочину, отриманий незаконним шляхом). Але виникає питання, як суду визначити джерело цих доказів, бо більшість з них сторони збирають поза залом судових засідань. Суд, якщо в нього виникають певні сумніви щодо джерела чи достовірності доказів, має це перевірити.

Більшість вчених-процесуалістів дотримуються думки про те, що перелік засобів доказування перелічених у ч. 2 ст. 57 ЦПК є вичерпним. Але існує і інша точка зору, а саме, що зазначений перелік не є вичерпним. Автори другої точки зору пропонують розглядати визнання обставини як засіб доказування, обґрунтовуючи це тим, що фактично визнання обставин сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, ототожнюється з поясненнями сторін та третіх осіб, а це є неприпустимим [2, С. 318-319; 3, С. 147-151]. По-перше, тому що обставини, які визнаються, можуть мати змішаний характер (наприклад, коли обставина визнається поза залом судового засідання, вона може бути як поясненням, так і письмовим доказом); по-друге, вони не потребують доказування; по-третє, право визнати обставину є особистісним правом сторони (цим правом не наділений представник). Так, наприклад, Московським районним судом м. Харкова розглядалась цивільна справа про визнання договору дарування недійсним на тій підставі, що правочин є фіктивним. В судовому засіданні позивач пояснила, що договір дарування квартири було укладено між нею, як єдиною власницею квартири, та її дочкою, з метою забезпечити збереження своїх прав від можливих протиправних дії з боку її колишнього чоловіка. Дочка визнала, і факт укладання фіктивного правочину, а саме, що він не був спрямований на створення правових наслідків, які передбачені правочином, і той факт, що вона не фактично, не юридично так і не стала власницею, та визнає власницею квартири свою мати. З прикладу видно, що фактично справа розглядалась саме не визнанні певних фактів, що прискорило її розгляд та звільнило позивача від необхідності надавати велику кількість доказів (позивачка надала договір купівлі-продажу, технічний паспорт, довідку з КП ХМБТІ про відсутність документів про перехід права власності) [4].

Спеціальний характер правила допустимості встановлений ч. 2 ст. 59 ЦПК. Він передбачає, що підтвердження обставин по деяким категоріям справ можливо лише певними засобами доказування (наприклад, проведення судово-психіатричної експертизи при визнанні особи недієздатною) або використання певних засобів доказування є забороненим для підтвердження обставин справи (наприклад, заборона використання такого засобу доказування як показання свідків при запереченні стороною факту вчинення правочину, у разі недодержання сторонами обов'язкової письмової форми такого правочину).

2. В науці цивільного процесу норми щодо допустимості доказів поділяють на позитивні та негативні [1, С. 80-84; 5, С. 175-176]. Позитивними є норми, які

встановлюють визначені засоби доказування для встановлення обставин по справі, але це не забороняє використання інших. Наприклад, проведення експертизи при визначенні характеру і ступеню ушкодження здоров'я є обов'язковим, але закон не забороняє випростовувати й інші засоби доказування. На відміну від позитивних, негативні норми про допустимість — це норми, де законом саме забороняється використання певних засобів доказування. Таке обмеження встановлюється ЦК лише для одного засобу доказування — це показання свідків. Згідно ст. 218 ЦК у разі недодержання сторонами письмової форми правочину, заперечення однією із сторін факту вчинення правочину або оспорювання окремих його частин може доводитись письмовими доказами, засобами аудіо-, відеозапису та іншими доказами. Рішення суду не може ґрунтуватись на свідченнях свідків. В ст. 1051 ЦК зазначено, якщо договір позики має бути укладений у письмовій формі, рішення суду не може ґрунтуватись на свідченнях свідків для підтвердження того, що речі або гроші не були одержані позичальником від позичкодавця або були одержані у меншій кількості, ніж встановлено договором. По-перше, виходячи з вищезазначеного може виникнути запитання: як же бути з поясненнями сторін, третіх осіб, їх представників, якщо відповідно до ст. 57 ЦПК, вони можуть бути допитані лише як свідки? Та і відповідно до ст. 179 ЦПК для встановлення фактів, які складають предмет доказування, досліджуються показання свідків, письмові та речові докази, висновки експертів. Тобто виникає певна суперечність, і ще раз підкреслюється не зовсім вдала конструкція ст. 57 ЦПК, де зазначено, що засобом доказування пояснення сторін, третіх осіб, їх представників можуть бути лише тоді, коли вони допитуються як свідки. Але все ж таки можна погодитись з позицією Д. М. Сібільова, який вважає, що ст. 57 (має загальний порядок) та ст. 184 ЦПК прямо передбачають показання сторін, третіх осіб та їх представників, якщо вони допитуються як свідки, не тільки не ототожнюючи їх з показаннями свідків, а і виділяючи в окреме від показань свідків джерело доказування. На його думку, необхідно чітко розуміти, що правило ст. 218 ЦК не поширюється на ситуації, коли свідками виступають сторони правочину [6, С. 142]. По-друге, необхідно звернути увагу на те, що показання свідків як засіб доказування не використовується лише у випадках, коли заперечується факт вчинення правочину, який повинен бути укладений в письмовій формі, або оспорювання його окремих частин. Відповідно, якщо буде подано позов про визнання правочину дійсним на підставі ч. 2 ст. 218 ЦК, положення п. 2 ч. 1 ст. 218 ЦК не може бути застосовано.

3. В науці існує погляд, що правочини, які потребують нотаріального посвідчення, можуть підтверджуватись у суді єдиним доказом — нотаріально посвідченим документом [7, С. 64]. Але нічого подібного не вбачається ні в нормах нині діючого ЦК, ні в нормах ЦК, який діяв до 2004 року. Обмеження в допустимості доказів є виключенням із загального правила. Якщо це виключення, то необхідною є пряма вказівка закону на це, а виходити «із смисла закону» в даному випадку не доречно. Тому є необхідним проаналізувати положення ч. 2 ст. 220 ЦК: якщо сторони домовились щодо усіх істотних умов договору, що підтверджується письмовими доказами, і відбулось повне або часткове виконання договору, але одна із сторін ухиляється від його нотаріального посвідчення, суд може визнати такий договір дійсним. В статті міститься лише одне застереження, що домовленість сторін щодо усіх істотних умов підтверджується тільки письмовими доказами. І якщо договір був повністю або частково виконаний, суд може визнати його дійсним. Отже, в таких випадках нотаріально посвідченого договору не має. А якщо вважати його єдиним допустимим доказом у справі,

відповідно не один правочин, на підставі ст. 220 ЦК не може бути дійсним. Аналогічно і до односторонніх правочинів зазначених у ст. 219 ЦК.

#### **ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:**

1. Решетникова И. В. Доказывание в гражданском процессе: учеб.-практ. пособие. — М.: Издательство Юрайт; ИД Юрайт, 2010. — 503 с.
2. Цивільний процес України: академічний курс: [підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.]; [за ред. С. Я. Фурси]. — К.: Видавець Фурса С.Я. : КНТ, 2009. — 848 с.
3. Советский гражданский процесс.. — М.: Изд-во Московского унив-та, 1964. — 399 с.
4. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/10034385/>.
5. Гражданский процесс. Учебник для вузов / Под ред. проф. М. К. Треушникова. — 2-е изд. испр. и доп. — М.: Спарк, Юридическое бюро «Городец», 1998. — 544 с.
6. Сібільов Д. Окремі питання доказування в ЦПК України // Право України. — 2007. — № 5. — С. 139-143.
7. Треушников М. К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. — М.: Изд-во МГУ, 1982. — 160 с.





## ЗМІСТ

### МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

<b>Кузнецова Наталія Семенівна.</b> Гражданское право и гражданское законодательство: пути развития и дальнейшего совершенствования.....	3
<b>Шевченко Ярославна Миколаївна.</b> Актуальні проблеми цивільного права. Проблеми модернізації в приватному праві.....	6
<b>Майданик Роман Андрійович.</b> Місце цивільного (приватного) права в системі права.....	10
<b>Спасибо-Фатеева Інна Валентинівна.</b> «Соло» гражданского права или правовой симфонический оркестр? .....	15
<b>Стефанчук Руслан Олексійович.</b> Шляхи розвитку цивільного законодавства України.....	20
<b>Харитонов Євген Олегович.</b> Методологічні засади визначення та дослідження вітчизняних шкіл цивілістики.....	29
<b>Гальянтич Микола Костянтинівич.</b> Питання співвідношення цивільного права з житловим правом.....	34
<b>Борисова Валентина Іванівна.</b> Чинники, що характеризують цивільне право як галузь приватного права.....	39
<b>Сібілов Михайло Миколайович.</b> Про необхідність збереження основних концептуальних положень чинного цивільного кодексу України.....	43
<b>Халабуденко Олег Анатольевич.</b> Юридические конструкции: от догматики к правовой политике (методологический аспект) .....	51
<b>Музика Леся Анатоліївна.</b> Цивільно-правова політика України: осмислення проблеми....	55
<b>Старинський Микола Володимирович.</b> Теоретико-методологічні засади конструювання понять (дефініцій) в праві.....	60

### СУБЪЕКТИВНОЕ ПРАВО, ЕГО ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ И ЗАЩИТА

<b>Вавилин Евгений Валерьевич.</b> Осуществление и защита гражданских прав: новые положения российской правовой доктрины.....	66
<b>Мічурін Євген Олександрович.</b> Об'єктивне та суб'єктивне цивільне право.....	70
<b>Тычинин Сергей Владимирович.</b> Проблемные аспекты гражданско-правового статуса государственных корпораций по законодательству РФ .....	75
<b>Канзафарова Ілона Станіславівна.</b> Об'єкти правовідносин цивільно-правової відповідальності.....	80
<b>Берестова Ірина Еріївна.</b> Суб'єктивне цивільне право та приватний інтерес: наукові підходи до розуміння понять.....	83
<b>Бичкова Світлана Сергіївна.</b> Особливості здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав малолітніми і неповнолітніми особами.....	86
<b>Булеца Сібілла Богданівна.</b> Вид правовідносин при здійсненні медичної діяльності.....	90
<b>Вабищевич Светлана Степановна.</b> Злоупотребление правом в гражданском праве Республики Беларусь.....	93
<b>Венедиктова Ірина Валентинівна.</b> Охоронювані законом інтереси в політичній сфері.....	97
<b>Гринько (Русу) Світлана Дмитрівна.</b> Сучасні концепції поняття вини у цивільному праві.....	101
<b>Дякович Мирослава Михайлівна.</b> Захист сімейних прав нотаріусом.....	107
<b>Жорнокуй Юрий Михайлович.</b> Суб'єктивне корпоративне право и проблематика его осуществления.....	111
<b>Заборовський Віктор Вікторович.</b> Консолідація акцій.....	115
<b>Зозуляк Ольга Ігорівна.</b> Про обмеження цивільної правоздатності юридичної особи.....	118
<b>Калаур Іван Романович.</b> Межі та обмеження при реалізації корпоративних прав.....	122
<b>Козловська Людмила Володимирівна.</b> Визнання суб'єктивного права спадкування як спосіб захисту цивільних прав.....	126
<b>Коструба Анатолій Володимирович.</b> «Встановлення» правоприпиняючих юридичних фактів.....	129
<b>Лісніча Тетяна Володимирівна.</b> Правові наслідки появи особи, визнаної померлою: виявлення і шляхи вирішення проблемних питань.....	133
<b>Мавліханова Роза Вялієвна, Чеботарьова Юлія Анатолівна.</b> Правовое положение потребительских кооперативов в классификационном ряду деления юридических лиц на предпринимательские и не предпринимательские общества.....	136
<b>Майданик Наталія Іванівна.</b> Нетрадиційні блага в цивільному праві України: поняття і	

види.....	138
<b>Первомайський Олег Олексійович.</b> Правові форми участі суб'єктів публічного права в цивільних відносинах.....	141
<b>Радченко Лілія Іванівна.</b> До питання щодо статусу фонду фінансування будівництва.....	145
<b>Сабодаш Роман Богданович.</b> До питання про особливості організаційно-правових форм юридичних осіб публічного права.....	149
<b>Фазикос Василь Георгійович, Фазикос Ганна Василівна.</b> Визначення способу захисту цивільних прав судом як спільна проблема матеріального та процесуального права.....	152
<b>Цірат Ганна Віталіївна.</b> Відповідальність перед третіми особами.....	156
<b>Цюра Вадим Васильович.</b> Співвідношення представництва та посередництва при виникненні та здійсненні цивільних прав.....	160
<b>Чалий Юрій Іванович.</b> Виключна правоздатність вищих навчальних закладів.....	162
<b>Шимон Світлана Іванівна.</b> Здійснення переважного права купівлі частки у майні (майновому праві) .....	164
<b>Яновицька Галина Богданівна.</b> Участь громадян та їх об'єднань у забезпеченні захисту прав споживачів.....	168
<b>Бутрин Наталія Степанівна.</b> Проблематика закріплення корпоративних прав.....	170
<b>Гладкая Катерина Николаевна.</b> Недействительные сделки. Последствия признания сделок недействительными.....	173
<b>Гринько Павло Олександрович.</b> До співвідношення понять «правоздатність», «суб'єктивне цивільне право» та «секундарне право» .....	178
<b>Гришина Ірина Ігорівна.</b> Відповідальність акціонерного товариства та її особливості.....	182
<b>Гужва Антон Миколайович.</b> Захист інтересу покупця у випадку евікції за римським правом.....	184
<b>Жорнокуй Валентина Григорьевна.</b> Особенности реализации правомочия на получение информации в акционерных обществах.....	188
<b>Карнаух Богдан Петрович.</b> Філософія вини в приватному праві.....	191
<b>Ковальов Іван В'ячеславович.</b> Види перетворення акціонерних товариств за законодавством України.....	195
<b>Кочин Володимир Володимирович.</b> Удосконалення законодавства про громадські організації: перспективи визначення суспільно корисних товариств.....	198
<b>Пустова Юлія Миколаївна.</b> Діяльність ОВС України є підприємницькою (комерційною) чи некомерційною? .....	202
<b>Хоменко Михайло Михайлович.</b> Особливості цивільно-правової відповідальності держави за деліктними зобов'язаннями.....	204
<b>Чайковська Анастасія Володимирівна.</b> Цивільно-правова відповідальність за шкоду завдану незаконними діями органу дізнання, попереднього слідства, прокуратури та суду...	208
<b>Черняк Олена Юріївна.</b> Захист прав споживачів у сфері телекомунікації: порівняльно-правовий аспект.....	210
<b>Шалиганова Анна Сергіївна.</b> Релігійна самотутність фізичної особи.....	214
<b>ВЕЩНОЕ ПРАВО</b>	
<b>Дзера Олександр Васильович.</b> Принцип непорушності права власності вимагає додаткових законодавчих гарантій.....	219
<b>Аврамова Ольга Євгенівна.</b> Реквізиція, як підстава позбавлення права приватної власності: цивільно-правовий аспект.....	226
<b>Антонюк Олена Ігорівна.</b> Момент виникнення у добросовісного набувача права власності на майно, яке не може бути у нього витребувано.....	231
<b>Глушкова Дарина Георгіївна.</b> Набувальна давність як спосіб набуття права власності за законодавством Квебеку.....	235
<b>Кириченко Юлія Миколаївна.</b> Проблеми визначення та реалізації права комунальної власності.....	237
<b>Маковій Віктор Петрович.</b> Захист володіння за Цивільним кодексом України: питання теорії та практики.....	241
<b>Маньковский Игорь Александрович.</b> Содержание права собственности: современная научная интерпретация.....	244
<b>Нагнибіда Володимир Іванович.</b> Обмежені речові права сервітутного типу за законодавством Німеччини.....	248

<b>Рабінович Сергій Петрович.</b> Вилучення майна в особи, яка не є його власником: національні та міжнародно-правові механізми балансування публічних і приватних інтересів.....	255
<b>Соловійов Олексій Миколайович.</b> К вопросу о понятии права собственности.....	258
<b>Гаврилов Евгений Владимирович.</b> Комплексное понимание права собственности.....	264
<b>Гостев Антон Володимирович.</b> Право власності на об'єкт незавершеного будівництва.....	268
<b>Литвиненко Олена Миколаївна.</b> Зміст права державної власності: проблеми удосконалення правового регулювання.....	271
<b>Менджул Марія Василівна.</b> Окремі проблеми права власності на майно загальносоюзних громадських організацій колишнього СРСР.....	276
<b>Орловський Володимир Володимирович.</b> Світогляді і теоретичні передумови розширення інструментарію захисту права власності у Цивільному кодексі України.....	280
<b>Пахомова Ірина Анатоліївна.</b> Емфітевзис як засіб реалізації речових прав згідно цивільного законодавства України.....	282
<b>Польщикова Анна.</b> Часть вещи как объект права.....	286
<b>Савченко Аріна Сергіївна.</b> Актуальні проблеми визначення критеріїв нерухомого майна.....	294

## ДОГОВОРНОЕ ПРАВО

<b>Боднар Тетяна Валеріївна.</b> Деякі особливості договорів за участю органів державної влади та органів місцевого самоврядування.....	298
<b>Коссак Володимир Михайлович.</b> Особливості припинення нотаріально посвідчених договорів.....	302
<b>Апанасюк Микола Петрович.</b> Окремі недоліки порядку зміни цивільно-правового договору.....	307
<b>Батожська Олександра Василівна.</b> Сфера застосування відносин зі зберігання транспортних засобів та відмежування їх подібних правовідносин.....	309
<b>Бурханова Лейла Мариусовна.</b> Договор о возмездном оказании услуг: правовое регулирование по гражданскому праву Республики Узбекистан и некоторые вопросы совершенствования.....	311
<b>Вакулович Елла Валентинівна.</b> Особливості визначення істотних умов договору оренди..	315
<b>Голубева Неллі Юріївна.</b> Класифікація зобов'язань у цивільному праві.....	317
<b>Гриняк Андрій Богданович.</b> Окремі питання співвідношення об'єкта і предмета договору підряду.....	321
<b>Ковальчук Інна Валентинівна.</b> Проблеми правового регулювання страхування цивільної відповідальності авіаперевізників.....	325
<b>Кодинець Анатолій Олександрович.</b> Правова природа договорів на виконання науково-дослідних робіт або дослідно-конструкторських та технологічних робіт.....	329
<b>Мороз Микола Володимирович.</b> Щодо строку дії договору оренди майна державних підприємств.....	333
<b>Мороз Ольга Володимирівна.</b> Проблемні аспекти передачі майна наймачеві за договором найму.....	335
<b>Никифорок Володимир Михайлович.</b> Договір та договірне регулювання цивільних правовідносин.....	337
<b>Отраднава Олеся Олександрівна.</b> Срок, место и способ исполнения деликтных обязательств в гражданском праве Украины.....	341
<b>Панова Людмила Вячеславівна.</b> Застосування правової конструкції рамкового кредитного договору у банківській діяльності.....	345
<b>Пахомова Анна Олександрівна.</b> Договірні відносини в сфері реалізації сільськогосподарської продукції як невід'ємна частина формування ринкової економіки.....	351
<b>Посполітак Володимир Володимирович.</b> Договір ренти як приватно-правовий інструмент перерозподілу фінансових активів.....	354
<b>Процьків Наталія Миколаївна.</b> Розірвання договору управління майном.....	358
<b>Таш'ян Роман Іванович.</b> Відмежування договору транспортування трубопроводами від договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу.....	361
<b>Туницька Євгенія Олександрівна.</b> Система позикових зобов'язань за законодавством України.....	366
<b>Ханик-Посполітак Роксолана Юріївна.</b> Відповідність норм договору позики в цивільному кодексі України нормам договору позики за Common Frame of Reference.....	370
<b>Янишен Віктор Петрович.</b> Послуги «подвійного призначення» у контексті законодавства про фінансові послуги.....	372

<b>Янкова Олена Степанівна.</b> Об участии территориальной громады в обязательственных правоотношениях.....	377
<b>Абросімов Сергій Анатолійович.</b> Державні закупівлі як пріоритетна сфера адаптації цивільного законодавства України до законодавства ЄС.....	381
<b>Аляб'єва Наталія Вікторівна.</b> Розвиток та загальна характеристика інтернет-аукціонів в Україні.....	386
<b>Грейдин Олег Игоревич.</b> Проблемы доверительного управления ценными бумагами в Украине.....	388
<b>Смельянчик Сергій Олександрович.</b> Договір надання послуг доступу в Інтернет серед інтернет-договорів.....	393
<b>Желіховська Юлія Віталіївна.</b> Стягнення заборгованості за векселями, опротестованими нотаріусами в установленому порядку нотаріусами.....	396
<b>Музикантова Юлія Дмитрівна.</b> Ознаки управління активів як фінансової послуги.....	402
<b>Семенова Анна Павловна.</b> Предмет договора проката транспортных средств.....	405
<b>Суц Олена Петрівна.</b> Система договорів що опосередковують діяльність з корпоративного інвестування та їх класифікація.....	408
<b>Шандра Марина Юрьевна.</b> Особенности правового регулирования договора розничной купли-продажи лекарственных средств в РФ.....	411
<b>Шкварок Лідія Володимирівна.</b> Правовий договір в контексті творення громадянського суспільства.....	418
<b>Щерба Любов Романівна.</b> Поняття та класифікація договорів колективного управління майновими авторськими та суміжними правами за законодавством України.....	422

## ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

<b>Кохановська Олена Велеоніівна.</b> Розвиток теорії права інтелектуальної власності в Україні.....	427
<b>Луць Володимир Васильович.</b> Строки (терміни) у правовідносинах інтелектуальної власності.....	431
<b>Харитонова Олена Іванівна.</b> Правовідносини інтелектуальної власності та цивільні правовідносини: проблеми співвідношення.....	436
<b>Амангельды Айжан Амангельдыкызы.</b> Субъекты исключительных прав в сфере интеллектуальной собственности.....	440
<b>Васильєва Елена Николаевна.</b> Исключительное право: особенности оборота.....	444
<b>Гоголь Богдан Миколайович.</b> Деякі проблеми співвідношення права на інформацію та виключних прав автора.....	448
<b>Дідук Алла Григорівна.</b> Недобросовісна конкуренція як спосіб захисту комерційної таємниці.....	451
<b>Спіфанова Юлія Сергіївна.</b> Право автора на сакрарезацію твору.....	456
<b>Жилінкова Олена В'ячеславівна.</b> Комерційна таємниця як об'єкт права інтелектуальної власності.....	458
<b>Комзюк Леонід Трохимович.</b> Проект европейського кодексу авторського права: Quo Vadis.....	461
<b>Крат Василь Іванович.</b> Сутність прав на нетипові засоби індивідуалізації невідприємницьких товариств.....	465
<b>Кривошеїна Інга Валеріївна.</b> Картографічні твори: правове регулювання та охорона за законодавством України.....	467
<b>Макода Володимир Євгенович.</b> Захист авторського права та суміжних прав. Аналіз судової практики.....	472
<b>Носік Юрій Володимирович.</b> Теоретичні проблеми припинення правової охорони комерційної таємниці.....	476
<b>Потоцький Микола Юрійович.</b> Право інтелектуальної власності: предмет, метод, функції.....	480
<b>Харченко Вадим Борисович.</b> Призначення, жанр та мета як ознаки твору в цивільному та кримінальному праві.....	485
<b>Чурпіта Ганна Вікторівна.</b> Щодо юридичної природи права доступу до твору образотворчого мистецтва.....	489
<b>Якубівський Ігор Євгенович.</b> Проблеми законодавчого закріплення майнових прав інтелектуальної власності.....	493
<b>Бажанов Валентин Олександрович.</b> Ознаки та форма авторських договорів.....	497

<b>Васькова Ірина Костянтинівна.</b> Особливості цитування наукових творів в контексті авторського права.....	500
<b>Волощенко Ольга Михайлівна.</b> Про деякі «проблемні» норми ЗУ «Про охорону прав для товарів та послуг» від 15.12.1993 року.....	502
<b>Плевако Наталія Володимирівна.</b> Природа права на комерційне (фірмове) найменування.....	504
<b>Садикова Яна Михайлівна.</b> До питання про презумпції в авторському праві.....	506

## **СЕМЕЙНОЕ ПРАВО. НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО. ЛИЧНЫЕ НЕИМУЩЕСТВЕННЫЕ ПРАВА**

<b>Жилинкова Ірина Владимировна.</b> Особенности договорного регулирования семейных отношений.....	509
<b>Красицька Лариса Василівна.</b> Батьки як законні представники своїх малолітніх та неповнолітніх дітей.....	514
<b>Кухарев Олександр Євгенович.</b> Окремі питання закликання до спадкування спадкоємців за законом четвертої черги.....	518
<b>Зайцев Олексій Леонідович.</b> Час відкриття спадщини.....	520
<b>Пономаренко Оксана Михайловна.</b> Некоторые аспекты нормативного регулирования договорных семейных отношений.....	521
<b>Розгон Ольга Володимирівна.</b> Ім'я дитини: огляд сучасного цивільного та сімейного законодавства.....	527
<b>Татаринцева Елена Александровна.</b> Усыновление ребенка без согласия родителей как форма государственного вмешательства в семейную жизнь по законодательству Российской Федерации, Великобритании и США.....	531
<b>Труба Вячеслав Іванович.</b> Приватне право і публічний інтерес — проблеми взаємодії (на прикладі сімейного законодавства).....	535
<b>Горобець Наталія Олександрівна.</b> Право на захист права на недоторканність житлового простору.....	539
<b>Давидова Наталія Олександрівна.</b> Приватна та публічна складова у праві на індивідуальність.....	542
<b>Євко Вікторія Юріївна.</b> Застосування лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій до іноземців в Україні.....	547
<b>Жидкова Олена Степанівна.</b> Право на недоторканність ділової репутації — особливе суб'єктивне немайнове право.....	551
<b>Сліпченко Святослав Олександрович.</b> Деякі питання характеристики імені фізичної особи, як об'єкта цивільного права.....	555
<b>Ворсуть Вероніка Костянтинівна.</b> Реалізація інтересів в шлюбі sine manu.....	559
<b>Клименко Тат'яна Євгенівна.</b> Развитие наследственного права: первообщинный строй — наше время.....	562
<b>Ковальчук Альбіна Миколаївна.</b> Суб'єкти права на обов'язкову частку майна у спадщині.....	567
<b>Немьонова Світлана Валентинівна.</b> Рецепція правової природи заповідального відказу..	574
<b>Ромат Тетяна Євгенівна.</b> Основні проблеми захисту торговельних марок в сучасних умовах.....	576
<b>Доценко Олена Михайлівна.</b> Співвідношення права на особисте життя та права на сімейне життя фізичної особи.....	579
<b>Карнаух Тетяна Петрівна.</b> Розвиток особистих немайнових прав юридичних осіб в Українській державі (1991–2011 рр.).....	581
<b>Нор Жанна Володимирівна.</b> Зміст особистих немайнових прав органів внутрішніх справ як юридичних осіб публічного права.....	585

## **ГРАЖДАНСКОЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО**

<b>Кройтор Володимир Андрійович, Сліпченко Олександр Іванович.</b> Про необхідність включення до предмета доказування у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди визначення самого розміру відшкодування такої шкоди.....	589
<b>Лічман Леонід Григорович.</b> Щодо необхідності дослідження проблеми суддівського розсуду (цивільно-процесуальний аспект).....	594
<b>Бондаренко Зелінська Надія Леонтіївна.</b> Медіація як перспективний спосіб вирішення цивільно-правових спорів: постановка проблеми.....	597
<b>Бортнік Оксана Григорівна.</b> Правова природа зловживання процесуальним правом.....	600

<b>Степаненко Тетяна Володимирівна.</b> Способи судового захисту прав невизначеного кола осіб.....	602
<b>Буга Володимир Васильович.</b> Нова редакція статті 294 «Строки апеляційного оскарження» ЦПК України.....	604
<b>Мельник Ярослав Ярославович.</b> Морально-етична складова цивільних процесуальних обов'язків осіб, які беруть участь у справі.....	606
<b>Руденко Олександр Миколайович.</b> Особливості цивільно-правової відповідальності боржника у виконавчому провадженні.....	610
<b>Умецька Ганна Олександрівна.</b> Окремі питання допустимості доказів в справах про визнання правочинів недійсними.....	612

Наукове видання

**ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ**

*за результатами міжнародної науково-практичної конференції  
«Актуальні проблеми цивільного права»  
(м. Харків, 13-14 травня 2011 року)*

---

---

Підписано до друку 11.05.2011 року. Формат А4.  
Гарнітура UkrainianSchoolBook.

---

---

Комп'ютерне складання — *Черняк О. Ю., Садома О. С.*  
Відповідальний за випуск — *Стефанчук Р. О.*

---

---

61024, м. Харків, вул. Пушкінська, буд. 70  
тел./факс: (057) 704-92-98  
Ел. адреса: [civilconf1305@gmail.com](mailto:civilconf1305@gmail.com)  
[www.civilconf.at.ua](http://www.civilconf.at.ua)