

КИЇВСЬКИЙ РЕГІОНАЛЬНИЙ ЦЕНТР
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

ВІДДІЛЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ НАУК
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

РОБОЧА ГРУПА З ПІДГОТОВКИ ЗАКОНОПРОЕКТУ
З РЕКОДИФІКАЦІЇ (ОНОВЛЕННЯ)
ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

ВСЕУКРАЇНСЬКА ГРОМАДСЬКА ОРГАНІЗАЦІЯ
«АСОЦІАЦІЯ ЦИВІЛІСТІВ УКРАЇНИ»

НА ШЛЯХУ ДО ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

Збірник матеріалів XI Міжнародного цивілістичного форуму

Київ
2021

УДК 341.9(4)(063)
Н12

*Рекомендовано до друку Вченою радою
Київського регіонального центру
Національної академії правових наук України
28 жовтня 2021 року, протокол № 10*

Редакційна колегія: Н. С. Кузнєцова, О. О. Кот, О. В. Кохановська,
В. І. Шаkun, А. Б. Гриняк, М. М. Великанова, Н. В. Міловська,
М. М. Хоменко

Відповідальний редактор: А. Б. Гриняк

Н-12 **На шляху до європейського приватного права:** збірник
матеріалів XI Міжнародного цивілістичного форуму. Київ:
Київський регіональний центр НАПрН України 2021. 180 с.

12–13 жовтня 2021 року у Київському регіональному центрі НАПрН України проведено XI Міжнародний цивілістичний форум «На шляху до європейського приватного права», в якому прийняли участь міжнародні експерти, науковці, викладачі, практикуючі юристи. До збірника увійшли тези доповідей закордонних та вітчизняних учених з питань модернізації цивільного законодавства за чотирма напрямками: 1) погляд іноземних експертів; 2) перспективи модернізації речового права; 3) рекодифікація договірних зобов'язань; 4) рекодифікація недоговірних зобов'язань.

Видання адресоване науковим та науково-педагогічним працівникам, аспірантам, докторантам, суддям, адвокатам, нотаріусам та всім, хто цікавиться актуальними проблемами взаємодії людини, держави та громадянського суспільства.

УДК 341.9(4)(063)

© Київський регіональний центр
Національної академії правових наук України, 2021
© автори, 2021

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА

РОЗДІЛ 1. ОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ПОГЛЯД ІНОЗЕМНИХ ЕКСПЕРТІВ

The commercial code – symbol of a Ukrainian malaise Rolf Knieper	10
О концепции рекодификации Гражданского кодекса Украины Сулейменов М. К., Карагузов Ф. С.	20
Co(reco) dification of private law in 21 st century: some examples from lithuanian experience Valentinas Mikelėnas	26
Владение: сравнительный анализ концепции обновления Гражданского кодекса Украины с положениями Гражданского кодекса Республики Молдова Биешу Сержиу	38
Suggestions for securing claims to the transfer of ownership of existing and yet-to-be-built real estate Richard Bock	44
Материальное и коллизионное регулирование юридических лиц в контексте обновления Гражданского кодекса Беларуси и Украины Салей Е. А.	50
Интеллектуальная собственность: тенденции и перспективы Ландо Д. Д.	57

РОЗДІЛ 2. РЕЧОВЕ ПРАВО

Фідучіарний фонд: правова природа та види Буяджи Г. В.	61
Перспективи модернізації речового права Довгерт А. С.	63
Речове право: чим замінити право господарського відання та оперативного управління? Зубар В. М.	66

Речові права на чуже майно в контексті рекодифікації Цивільного кодексу України Коссак В. М.	69
Переосмислення загальної частини речового права в умовах європеїзації та рекодифікації Майданик Р. А.	71
Деякі міркування щодо оновлення положень чинного вітчизняного речового права Яроцький В. Л.	78
РОЗДІЛ 3. РЕКОДИФІКАЦІЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ	
Нові підходи до дефініції договору будівельного підряду Біленко М. С.	82
Оновлення Цивільного кодексу України: до проблеми недійсних та неукладених правочинів (договорів) Борисова В. І.	85
Ефективність як умова застосування способів захисту цивільних прав, прямо не передбачених законом або договором Великанова М. М.	91
Заведення у Цивільний кодекс України нових поіменованих договорів Герц А. А.	97
Узгодження положень статті 625 Цивільного кодексу до норм про «законні проценти» в країнах Європейського Союзу Голубєва Н. Ю.	102
Основні напрями модернізації сучасного договірної права Гриняк А. Б.	107
Особливості участі держава Україна та територіальних громад на стороні замовника в договорі підряду на проведення пошукових робіт Гуцуляк В. К.	111
Переддоговірні відносини Кохановська О. В.	116
Порівняльно-правовий аналіз способів захисту суб'єктивних прав учасників договірних відносин за Цивільним та Господарським кодексами України Мартинюк Ю.В.	121

Оновлення цивільного законодавства України в аспекті правового статусу учасників договірних відносин із надання страхових послуг Міловська Н. В.	125
Інноваційний підхід в рекодифікації відносин з надання послуг в контексті європейського приватного права Федорченко Н. В.	130
Механізм укладення договору у світлі положень Draft Common Frame of Reference Цюра В. В.	137
РОЗДІЛ 4. РЕКОДИФІКАЦІЯ НЕДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ	
Умови деліктної відповідальності: переосмислення на часі Карнаух Б. П.	142
Генеральний делікт і система спеціальних деліктів: перспективні результати рекодифікації Орзів Ю. Г.	147
До питання про оновлення системи деліктних зобов'язань Пленюк М. Д.	153
Рекодифікація недоговірних зобов'язань: запитова позиція національних судів Погрібний С. О.	157
Спільна батьківська відповідальність: назріла необхідність нових підходів в Україні Простибоженко О. С.	164
Основні напрями удосконалення правового регулювання недоговірних відносин у процесі рекодифікації Цивільного кодексу України Хоменко М. М.	167
Співвідношення договірної та деліктної відповідальності Юркевич Ю. М.	171

ПЕРЕДМОВА

Оновлення ЦК України в якості однієї з основних передумов передбачає оновлення законодавчих підходів до предмету правового регулювання ЦК України.

Дублювання регулювання загальних положень приватного права через наявність у ГК України положень, які віднесені до його загальної частини, створює значні перешкоди для розвитку приватного права в Україні відповідно до принципів європейського приватного права.

Як це не парадоксально, ГК України, перенасичений різноманітними атавізмами радянських часів, став регулятором підприємницьких відносин. За своєю природою підприємницькі відносини – це відносини, в які держава за загальним правилом, не повинна втручатися (винятками можуть бути ситуації, коли цього вимагають публічні інтереси або захист інтересів споживачів або слабкої сторони договору). У свою чергу ЦК України, який закріплює основні принципи приватного права (ст. 3 ЦК України «Загальні засади цивільного законодавства» відносить до них неприпустимість позбавлення права власності, свобода договору, свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом, судовий захист цивільного права та інтересу, справедливість, добросовісність та розумність) в силу законодавчих приписів сьогодні мають застосовуватися до підприємницьких відносин лише у частині, що не врегульована Господарським кодексом.

Саме тому оновлення цивільного законодавства України в якості об'єктивної передумови визнання таким, що втратив чинність, Господарського кодексу України. Відповідний вектор закріплено у п. 1.1. Концепції оновлення Цивільного кодексу України, а також у проекті Закону України «Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період» (реєстр. № 6013 від 09 вересня 2021 р.).

Основною метою рекодифікації є оновлення цивільного законодавства з урахування п'ятнадцятирічного досвіду

застосування ЦК України, критичний перегляд усіх змін, внесених до тексту ЦК у контексті їх системності та відповідності принципам приватного права – потрібно переглянути у тому числі всі «штучні нарости» на тілі багатотраждального ЦК: це зміни до первісного тексту ЦК, яких він зазнав до набрання чинності – а вони у своїй більшості пов’язані з паралельним прийняттям разом з ЦК України і Господарського кодексу.

З урахуванням вимог сьогодення потребують актуалізації і основні інститути цивільного права. Висока ефективність цивільно-правового регулювання, що забезпечується сьогодні положеннями чинного ЦК України, бурхливий розвиток суспільних відносин, у тому числі підприємницьких, корпоративних, інформаційних відносин, поява низки абсолютно нових об’єктів цивільних прав, а також інші чинники, що впливають на розвиток європейського приватного права, з неминучістю зумовлює необхідність оновлення положень Цивільного кодексу України. Таке оновлення (або актуалізація правового регулювання) стосуватиметься не тільки предмету цивільно-правового регулювання, але й об’єктів цивільних прав, правочинів тощо.

Ідеологія змін щодо правового регулювання юридичних осіб полягає в наступному. ЦК України як основоположний акт приватного права, що регулює в тому числі і загальні положення про юридичних осіб як суб’єктів цивільного права, має визначати вичерпний перелік їх організаційно-правових форм з одночасною відмовою від конструкцій юридичних осіб, притаманних радянському праву.

В частині регулювання правового статусу юридичних осіб варто повернутися до концепції, запропонованої розробниками ЦК України ще під час підготовки його первісного проекту, який був ухвалений Верховною Радою України у першому читанні у 1996 р.

Нагадаємо, що конструкція юридичної особи забезпечує відокремленість майна, яке може здійснюватися як разом з об’єднанням осіб, так й без нього. Тому цілком логічно зберегти підходи до диференціації організаційно-правових форм, закріплених у ст. 83 ЦК України.

Певною мірою дискусійним залишається питання щодо непідприємницьких товариств. Ст. 85 ЦК України передбачає

можливість існування і невідприємницьких товариств, утім доцільність збереження цього різновиду наразі не є очевидною.

Ну і головне. ЦК України у первісно підготовленому розробниками проекті не передбачав можливості існування інших організаційно-правових форм. Натомість одночасне прийняття в 2003 році ЦК України і ГК України призвело до появи у ст. 83 ЦК України відкритого переліку організаційно-правових форм юридичних осіб. Наголошуємо, що ЦК повинен містити вичерпний перелік організаційно-правових форм юридичних осіб, що матиме вплив на визначеність і єдину практику застосування його положень в цьому аспекті.

Управління будь-якою юридичною особою здійснюється відповідно до правил, встановлених статтями 97–103 ЦК України. Така прозорість щодо управління юридичною особою, на думку розробників проекту ЦК України, є однією з основних гарантій захисту прав усіх суб'єктів економічного обороту.

Щодо підприємницьких товариств, зокрема господарських товариств, вважаємо за потрібне поряд із спеціальними законами – «Про акціонерні товариства», «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» – відновити в ЦК відповідні статті, в яких будуть закріплені загальні положення щодо таких видів господарських товариств, та окремо зазначити про наявність спеціального регулювання у зазначених спеціальних законах з тим, щоб ЦК містив основні положення щодо усіх закріплених форм юридичних осіб.

З урахуванням реалій нашого часу слід зазначити, що українська економіка відповідно до прийнятих нашою державою міжнародних зобов'язань об'єктивно має відповідати усталеним світовим підходам не лише до організаційно-правових форм юридичних осіб, але й до відносин власності.

Положення ЦК України не тільки детально регламентують право власності (закріплюють поняття, гарантії, підстави набуття, переходу, припинення тощо), але й встановлюють загальні підходи щодо користування чужим майном – йдеться передусім про оренду та довірче управління. Варто підкреслити, що інститут управління майном, який став однією із новел ЦК України, є абсолютно зрозумілим для країн з розвинутою економікою та може повноцінно виконувати функції інструмента з передачі

майна власником (зокрема, і державою) юридичним особам публічного права для виконання ними відповідних функцій.

Іншими словами – інститут управління майном за умови внесення незначних юридико-технічних змін до його регулювання Цивільним кодексом України здатний, на наш погляд, повністю замінити застарілі радянські атавізми на кшталт «права господарського відання» та «права оперативного управління».

*Директор Київського регіонального центру
Національної академії правових наук України,
д.ю.н., професор, член-кореспондент НАПрН України,
заслужений юрист України
Олексій Кот*

РОЗДІЛ 1. ОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ПОГЛЯД ІНОЗЕМНИХ ЕКСПЕРТІВ

THE COMMERCIAL CODE – SYMBOL OF A UKRAINIAN MALAISE

Rolf Knieper

*Professor, Doctor of Law, international arbitrator,
Frankfurt am Main, Germany*

I. Introduction

On 2 February 1998, Professor Valentin K. Mamutov, a respected legal scholar and academician, invited me to visit him in Donetsk and discuss the codification of a ‘Civil’ Code and a ‘Commercial’ or ‘Economic’ Code for Ukraine.

At the time, I was one of the ‘team-leaders’ at the «Ukrainian-European Policy and Legal Advice Centre» (UEPLAC), which had been set up by the Ukrainian government and the European Union (TACIS) to accompany the legal and judicial reforms and the transition to democracy, the rule of law and a market economy. One of UEPLAC’s priorities was to assist a Ukrainian working group during the last phases of the elaboration of the Civil Code [1]. In March 1997, during an international conference in Bremen/Germany, the then Minister of Justice of Ukraine, Serhiy Holovaty, had insisted vigorously that the Civil Code and its implementation were crucial requirements for legal reform [2].

Relying on my written notes of the meeting [3], I recollect that Professor Mamutov and with him a whole school of thought on complex economic law was displeased with this development. The school strongly believed that the Commercial Code was the most relevant piece of codification, not only for a modern Ukrainian society but universally, for all developed States. It conceded that Civil Codes might still be relevant for day-to-day consumer transactions but

insisted that they had lost their economic significance that they had in the 19th and at the beginning of the 20th centuries, when the secular codifications in France, Austria, Germany and Switzerland were accomplished.

The theory of economic law believes that the reason for this development is the evolution of the mode of production and the material base of the political economy to which the legal superstructure has to adapt. In the early phases of capitalist production and distribution of commodities, in the absence of monopolistic enterprises and active intervention of the State into the market mechanism, transactions of goods against money could be organized on a horizontal level, guided and formed by Civil Codes. This historical phase, it argues, has been left behind. The emergence of monopolistic enterprises and powerful financial institutions on the one hand side, and the necessity of the States to intervene into the market mechanism and to act on the market on the other hand side, has definitely transcended the classical separation of a strictly private and a strictly public sector.

As a consequence, both the hitherto private and public sectors must now be considered to be intertwined and organically interdependent in what is called a «mixed economy». This is not only evidenced by the State acting as buyer and seller on the market and also intervening into the economy by fiscal, monetary, social etc. policies. It is equally evidenced by big, often global corporations that are able to manipulate the market and exercise social and political influence.

In this conception, the «mixed economy» is the material base which must be mirrored in mixed superstructures such as complex codifications, which combines the elements of private and public law. Adam Smith's metaphor of the «invisible hand of the market» is definitely out of use.

Professor Mamutov explained that Ukrainian scholars had drafted the Commercial Code as a milestone of complex codification and submitted the text to the Verkhovna Rada in 1996, that the Minister of Justice had delayed the consultations on the Code to favour the Civil Code, that the Verkhovna Rada had set up a special commission in May 1997 to examine and compare both the Commercial and Civil Codes without a constructive result. He complained about the partisan attitude of UEPLAC in favour of the Civil Code and was particularly upset by

the fact that I as a German did not support the Commercial Code despite the fact that Germany had enacted a Commercial Code combining private and public law in reflection of the mixed economy.

II. Systematic Flaws

The meeting was cordial and friendly. However, none of Prof. Mamutov's arguments convinced me, and my arguments did not convince him. We agreed to disagree.

In the end, the Ukrainian legal reform was seriously damaged by a foul compromise, when on 16 January 2003 a Civil Code and a Commercial Code were adopted in parallel thus creating a confusing and ambiguous legislative situation which decreased legal certainty and hindered a sustainable economic development. A number of systematic flaws characterize this codification process.

II. 1. The German type Commercial Code

To a certain extent, the roots of the German Commercial Code reach back to the mercantilist concept of a special merchant Estate, which was different from the nobility and also from the third Estate. In 1673, the French Minister Colbert had enacted an 'Ordonnance sur le Commerce' to regulate the relations between merchants. Despite its origins in the *ancien régime*, the Ordonnance was maintained after the French Revolution, and confirmed in 1807 as 'Code de Commerce'.

Before its unification in 1871, the different German independent States elaborated a 'General Commercial Code' in knowledge of the 'Code de Commerce'. It was enacted in the North German Confederation, Austria, and Liechtenstein between 1863 and 1869. It survived the German unification in 1871 mostly because the German Reich did not have the legislative competence from the beginning of its existence to enact a Civil Code [4].

Thus, the reason for the persistence of a Commercial Code in Germany side by side to the Civil Code was of a technical nature and not at all due to structural specificities of a commercial sphere as opposed to a private sphere of legal relations. On the contrary, the French as well as the German-Austrian-Liechtenstein Codes were strangely out of date when they were enacted in 1807 and 1863-1869 as copies of the Ordonnance of 1673: they were entrenched in concepts of merchants' guilds and estates that had been abolished together with the *ancien régime*, instead of reflecting the necessities of industrial production and markets.

It is true that in the 1920ies and 1930ies some authors propagated a specific economic law, particularly in France and Germany. They were inspired by ideas of an organic nation where every member of the nation has its predefined place and where ethnic ties and bonds should be stronger than individualism and private rights and transactional obligations. Such ideologies gained some prominence in German fascism. They were abandoned after 1945 without ever having led to legislative acts.

Therefore, it comes as no surprise that modern codifications from the early 20th century onwards succeeded to include all subject matters that were separated in Germany into one unique Civil Code. Indeed, the separation had not been structural but was artificial. That started in 1904/1911 with the Civil Code and the Law of Obligations of Switzerland, and found its latest successful results in the Civil Code of Quebec of 1991 and the Civil Code of the Netherlands as from 1992 onwards, not to forget the Civil Codes of the post-soviet newly independent States, where some jurisdictions such as Uzbekistan flirted for a while with the idea of a Commercial Code, only to abandon it correctly, and the Civil Code of the PRChina, which went step by step, partly due to constitutional constraints with respect to private property of land, but leaves no doubt that, once completed, will be comprehensive, without additions in a Commercial Code.

That does not mean that civil codes do not distinguish between certain classes and groups of subjects in certain regards. Certain rights and obligations may be specific for entrepreneurs or for consumers, as they have always been for minors, seniors and/or mentally retarded persons. Fortunately, the distinction between men and women with respect to legal capacity has disappeared by now. That is a matter of legal policy, legislative technique and explicit provisions but not one of guild, estate or corporatist privilege as in the *ancien régime*.

In any event, the commercial codes, where they still exist outside Ukraine, are purely private law with a special focus on business and market transactions. They did not and do not even try to reflect a «mixed economy» and abstain from mingling the sphere of private law from the sphere of public law.

The last codification which does not distinguish between public and private law is the «General State Law for the Prussian State» or «PrALR» of 1794, evidently not to reflect the evolution of capitalist

production but in recognition of the corporatist structure of the Prussian society in the 18th century.

Therefore, the denomination of the Ukrainian code as ‘Commercial Code’ is a terminological fallacy.

II. 2. The amalgamation of public and private law

The idea that an evolution of the material base of the political economy, from a simple production and distribution of commodities to a high accumulation of capital in global monopolies and integrated and complex networks of distribution, should be mirrored in a complex legal superstructure emerges from a school of thought that labeled itself as dialectical materialism. It was less an analysis of historical developments and their complexities but a mechanical model that predicted an inevitable ever higher concentration of capital resulting in a final breakdown of the system and the triumph of a new society.

The school of thought had a «western» equivalent, equally inspired by Hegelian dialectics, that alleged that history had moved forward in the three-step waltz ‘thesis – antithesis – synthesis’ to ever higher stages of social developments and had finally reached «The End of History» [5] in liberal democracies (and not, as Hegel himself had thought, in the State of Prussia).

Both schools of thought have failed dramatically in their analysis of reality. History itself has demonstrated that it is neither a mechanical clockwork nor a path to ever better stages of civilization, and its course has contradicted the prediction of both ideologies.

In the «eastern» prism of dialectical materialism, the production is organized by monopolies and oligopolies that defy the ‘logic’ of the market and play a direct political role; the State intervenes directly into the sphere of production and distribution of commodities; and the spheres of the private and the public are blurred. All that must be reflected in a legal superstructure, which can no longer maintain a separation of the private and public law. This concept does not stand the test of reality.

Of course, I do not deny that more than once powerful and unscrupulous business people usurp political positions and use the public instruments of the State to foster their private interests. That is not restricted to the transitional societies of the post-soviet world, as well documented by the examples of Italy and the USA at certain

moments. Equally, I do not deny that unscrupulous politicians hijack private enterprises and force them to foster their political goals.

However, this is not an expression of systemic or dialectical logic. On the contrary, it demonstrates that the interrelation between the public and the private spheres and their respective institutions, which guarantee the sustainability of the production of wealth and social relations, is violated and in disorder. We can observe that, whenever and wherever a business ‘tycoon’ usurps political power or when politicians usurp business in non-respect of the spheres of private production and public policy, a sustainable economic, social and cultural development is seriously crippled.

I strongly believe that this is the main reason for the sluggish development of many national economies in Africa, Latin America and the post-soviet world, despite their high potential of natural and human resources.

III. The proper places of private and of public economic law

III. 1. Private Law

In private law, the objective of civil codes is to establish a balanced frame and an equal playing field for commercial and non-commercial actors on the market and in other horizontal, non-hierarchical relationships. Contracts of sale of goods against money and other synallagmatic transactions and transactions without consideration are as much their subject matter as the confirmation of a wide set of property rights *erga omnes*, the establishment and the performance of rights and obligations, compensation for damages and restitution, relations between members of a family and generations, and the definition, recognition and legal capacity of persons themselves, be they physical or legal.

All these subject matters can be included and embedded in one comprehensive piece of codification. However, more often than not and particularly in jurisdictions where the codes are of a certain age like in France, Austria, Germany and Switzerland, the core codes may be supplemented and amended by special statutes with respect to certain subject matters. They may appear as practical necessities or have a particularly close connection to international relationships. Statutes on company law or on modern types of contracts are cases in point.

Another reason for specific statutes is a choice in subject matters that have close connotations to both private and public law. A prominent

example is the decision of the Dutch legislator that had originally planned to integrate patent law into the new Civil Code but has finally abandoned this approach because patent law is necessarily marked by both private law – the protection and use of the property rights – and public law – the creation and functioning of the patent office.

III. 2 Public Law

In public economic law, a variety of subject matters is covered. Perhaps they are connected best by the recognition that – against neoliberal propaganda – *«the market does not do it all»*. Sustainable market interaction cannot exist without a complementary public sector and public law represented, enacted and implemented by the State. This awareness has accompanied the emergence of market economies and the modern territorial State from its very beginning in the 15th century. Authors from Niccolò Machiavelli via Jean Bodin to Adam Smith and Karl Marx have analyzed the necessity of the State to organize, regulate and finance public expenditures that *«in the highest degree advantageous to a great society are, however of such a nature that the profit could never repay the expenses to any individual or small number of individuals»*, and must be financed by unilateral mandatory contributions – taxes – which according to Adam Smith have to be paid progressively in function of individual wealth [6].

This is not a paralyzing intermingling in the sense of a mixed economy and a complex superstructure. Rather, there is a functional complementarity where the different spheres have their contours, contents and competence that must not be blurred.

For heuristic purposes, I present some elements of public economic law which I find of crucial importance:

a) the constitutional and administrative law of infrastructure, which prevents discretionary decisions when physical infrastructure such as roads, ports, airports and railroads or social infrastructure such as schools, universities, hospitals are built and maintained;

b) the organization of State and other public bodies (such as the Central Bank or the patent office);

c) the procedures to be employed by administrative and other public bodies for rendering a decision or taking any other action, which is not in the logic of the market (but may favour profit-oriented activities of market participants) as well as administrative and/or judicial recourse against such decisions and actions. I underline that such laws are binding

on the administrative bodies, which have to act on their basis and within their scope: the revocation of a business license, a measure of monetary policy, an expropriation or a confiscation, all such administrative acts are only legal when based on law;

d) the regulatory requirements which have to be fulfilled by any physical or legal person, be it private or public, that wants to enter the market and act lawfully in the economic sphere. The core of these rules and regulations concern notification, licensing and supervision of general and special business, i.e., the whole range of activities, including hairdressers, restaurants, banks, insurances, producers, manufacturers. I underline that the administrative bodies have a duty to grant the notification, license etc. if the requirements are met and are not entitled to ask for anything more.

III. 3. The interrelation of private and public law

While private law protects the freedom of property and sets the frame for transactions, public law might require a license to start a business. Where property is not protected, a business license will be of little practical value. Conversely, well-developed provisions on the freedom of contract and protection of property may by without value if licenses are granted or refused arbitrarily or against illicit payments and bribes.

Both spheres are of crucial importance, both need their specific institutions and procedures of enforcement, be it before courts of general jurisdiction, administrative courts or before arbitration tribunals.

The spheres are clearly distinguishable. The Civil Code may provide for the frame of transactions between banks and private persons, and a specific law on banking supervision will cover the public law aspects of licensing, capital requirements and control of banks. The Civil Code or a specific statute of private law may provide for the frame of transactions between insurers and clients, and a specific law on insurance supervision will cover the public law aspects of the insurance companies.

It would be confusing to mix the spheres. They follow different rationales.

Private law is concerned with horizontal relations and the freedom of participants. When the aspect of freedom is obviously distorted by an unequal distribution of market power, the legislator will enact

private law provisions to compensate the material inequality and restrict the freedom of contract by mandatory norms in protection of the weaker party.

Public law establishes the frame for vertical relations between the State and physical and legal persons of private law where the State exercises its *puissance publique*, its right to order unilaterally when and to the extent public law authorizes it to do so. Discretion and the freedom to act are limited.

The idea to confound the spheres in mixed or complex legislative acts such as the Commercial Code of the Ukrainian type entails necessarily negative consequences for the rule of law and confuses responsibilities of both the State and private persons.

IV. The State in Civil Relations

The State has a Janus face in most jurisdictions of the world, including in Ukraine. As said further up, it is the holder of public and sovereign power, of *puissance publique*, and at the same time: «*In civil relations the state shall act on equal rights with other participants to these relations*» (Article 167.1 Ukrainian Civil Code (UCC)). In this vein, Article 2.2 UCC enumerates the State and other subjects of public law as potential participants of civil relations; it is liable with its property (Article 174 UCC), which it owns – with certain qualifications – not differently from other legal persons (Article 326 UCC). Like any other person, the State may create and incorporate legal persons of private law (Article 167.3). Its double face and role appear in Article 167.2 UCC, which reserves the capacity to create legal entities of public law to the State.

Thus, the State exercises its public power to regulate the economy by binding laws and other normative acts, including vertical administrative acts. At the same time, it acts on a horizontal playing field like any other physical or legal person within the limits of its authority, established by the constitution and law. As participant in civil relations, the State submits itself to these laws, acts and statutes when it enters into market transactions, for instance by executing a contract of purchase and sale of office equipment for a ministry. These latter relations are normal business relations where the State will not be authorized to exercise its public power but where it enjoys the freedom of contract.

There is nothing spectacular about the provisions of the UCC. They correspond to a standard which is observed in most civil codes and/or national jurisprudence. The distinction between sovereign acts of public law and commercial transactions under private law by the State corresponds also to modern international law, as documented in the 'UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property'.

Their appropriate systemic understanding would be impeded by the concept of 'complex' codification of the Ukrainian Commercial Code type. Public and private law must not be confounded but distinguished, as convincingly done in the UCC: when the State acts in its capacity as holder of public power and regulates the economy, public, i.e., constitutional and administrative law applies; when the State acts as participant in civil relations, the Civil Code applies.

Again, there is no conceptional and even less a legislative need for a specific economic law to regulate the participation of the State and the other public bodies in transactions on the market. Rather, it provides further evidence that, indeed, the Commercial Code of Ukraine is a legislative error and should be repealed.

References:

1. For a detailed analysis of the codification process, which had started in 1992, I refer to A. Dovgert/N. Kusnetsova, *Konzeption und Struktur des Entwurfs des Zivilgesetzbuches der Ukraine*, in: M. Boguslawskij / R. Knieper, *Wege zu neuem Recht*, 1998, Seiten 99-126 (in German and Russian).

2. S. Holovaty, *Der Aufbau des neuen Rechtssystems in der Ukraine*, in: M. Boguslawskij/R. Knieper, *Wege zu neuem Recht*, 1998, Seiten 97-98 (in German and Russian).

3. His thoughts are also expressed in V.K. Mamutov, *Die Konzeption eines Wirtschaftsgesetzbuches der Ukraine*, in: *Monatshefte für osteuropäisches Recht*, 1994, S. 373 ff.

4. For the legislative history I refer to R. Knieper, *Gesetz und Geschichte – ein Beitrag zu Bestand und Veränderung des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 1996.

5. That is the title of a famous book of Francis Fukuyama, written in 1989, which was adored for some years only to have fallen into oblivion by now.

6. Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, Book V, Chapter 1; I am aware that this is inadmissibly short. For a fuller analysis, I have to refer to R. Knieper, *Nationale Souveränität – Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung*, 1991, pages 64 ss.

О КОНЦЕПЦИИ РЕКОДИФИКАЦИИ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА УКРАИНЫ

Сулейменов М. К.

д.ю.н., профессор, директор

*Научно-исследовательского института частного права,
академик Национальной академии наук Республики Казахстан*

г. Алматы, Республика Казахстан

Карагусов Ф. С.

д.ю.н., профессор, главный научный сотрудник

*Научно-исследовательского института частного права
Каспийского университета, член Международной академии
сравнительного правоведения (IACL)*

г. Алматы, Республика Казахстан

1. В нашем совместном докладе предлагается краткий анализ основных идей, содержащихся в Концепции обновления Гражданского кодекса Украины, подготовленной в рамках проводимой работы по рекодификации гражданского законодательства Украины, (далее – «Концепция»). Концепция предоставлена для ознакомления организаторами XI-го Международного цивилистического форума «На пути к европейскому частному праву» (г. Киев, Украина).

Осуществленное нами сравнение Концепции и предлагаемых нашим Институтом частного права основных направлений развития гражданского законодательства Казахстана [1] в некоторых случаях включает описание каких-то особенностей казахстанского законодательства и/или некоторых подробностей его предлагаемой модернизации, поскольку это представляется

важным для нахождения «точек сближения» модернизируемого законодательства Казахстана и Украины. В других случаях лишь подчеркивается интерес к предлагаемым в Концепции идеям и их перспективность в контексте модернизации казахстанского гражданского законодательства.

2. Целый ряд важных обстоятельств, которые лежат в основе проводимой рекодификации гражданского законодательства Украины, обращает на себя особое внимание.

Во-первых, эта работа нацелена на системное обновление Гражданского кодекса («ГК») Украины. Во-вторых, проведение этой работы обосновывается содержащейся в Концепции совершенно ясной оценкой текущего состояния и перспектив социально-экономического развития украинского общества и государства, включая развитие такого важного компонента, как национальная правовая система. Следует подчеркнуть обусловленность этой работы *«евроинтеграционной направленностью всех компонентов общества»*, что позволило авторам Концепции придерживаться однозначной логики предлагаемой правовой реформы (с учетом логики трансформации всего общества), а также определить обоснованные и четкие ориентиры и методику реформирования.

Очень важным также является то, что вся работа по созданию Концепции проведена ведущими учеными Украины, являющимися признанными специалистами в области гражданского права и международного частного права, во главе с профессорами А. С. Довгертом и Н. С. Кузнецовой. В том числе, это обстоятельство позволяет нам констатировать обоснованность, стройность и содержательность Концепции.

Мы всячески поддерживаем то, что авторы Концепции полагают развитие гражданского права Украины в рамках континентальной правовой семьи, то есть как системы гражданского кодекса, причем – с учетом современного опыта рекодификации гражданских кодексов Франции и Германии как *«бастионов частного права»* и примеров правового развития в других странах Европейского Союза, а также принимая во внимание именно европейские модели правового регулирования частноправовых отношений, включая «Принципы, определения и модельные правила Европейского частного права» проект Общей

системы координат (DCFR), Принципы Ландо – Принципы европейского контрактного права (PECL), Принципы европейского деликтного права (PETL) и другие источники. Такой подход позволит сохранить целостность национальной правовой системы, а также обеспечит обоснованность и перспективность дальнейшего развития правовой культуры в согласовании с культурным и правовым развитием государств Западной Европы.

И, наконец, серьезным фактором успеха проводимой реформы гражданского законодательства в Украине видится то, что работа по рекодификации проводится при прямой поддержке государства. Создание рабочей группы по рекодификации гражданского законодательства постановлением Кабинета Министров Украины свидетельствует не только о том, что важность реформы признается центральной государственной властью, но также о том, что эта власть предпринимает конкретные шаги по проведению такой реформы.

3. Мы с огромным интересом изучили Концепцию. Масштаб работы впечатляет. Подготовка Концепции и предлагаемое проведение рекодификации гражданского законодательства основаны на глубоком и всеохватывающем анализе опыта развития в течение прошедших после принятия ГК Украины десятилетий, результатов судебной и деловой практики, научных исследованиях и выводах украинских правоведов, а накопленный потенциал именно отечественной частноправовой науки специально выделяется в числе основных факторов и предпосылок рекодификации.

Авторами Концепции проведена ревизия всего гражданского законодательства, изучены кодификации стран континентального права, на основе этого переработаны практически все разделы ГК Украины. Мы думаем, что девиз форума: *«На пути к европейскому частному праву»* нашел полное воплощение в Концепции.

Со многими положениями Концепции (можно даже сказать – с их подавляющим большинством) мы согласны.

Это касается, в частности, раздела о вещных правах (мы тоже предлагаем выделить в Гражданском кодексе Республики Казахстан раздел «Вещное право» с главами об общих

положениях, праве собственности и ограниченных вещных правах), раздела о сделках (особенно предложения о переносе в этот раздел положений о договоре), об обязательствах.

Мы рады, что ГК Украины остается таким же в отношении интеллектуальной собственности, и Концепцией не предполагается пойти по пути России, где в ГК включили все специальные законы, нарушив тем самым частноправовую направленность ГК включением в него норм публичного права.

Мы согласны с намерениями разработчиков Концепции включить в ГК Украины нормы семейного права. В 1990-ые годы при разработке казахстанского ГК у нас тоже было такое намерение. И тогда это можно было сделать. Но просто сил не хватило. Цивилистов было мало, и мы с трудом справлялись с написанием ГК.

Мы приветствуем также возвращение международного частного права (МЧП) в лоно ГК Украины. Единственное, против чего мы возражаем – это включение в ГК норм о международном гражданском процессе. Эти нормы у нас в казахстанском праве содержатся в Гражданском процессуальном кодексе (ГПК), и там они и будут оставаться.

4. Об отмене Хозяйственного кодекса Украины. Тот факт, что условием системного обновления гражданского законодательства Украины (и не только ГК) называется *полная отмена Хозяйственного кодекса Украины*, вызывает полную поддержку. Необходимость этого шага со всей однозначностью обоснована в Концепции.

Это предложение родилось не на пустом месте. С 2003 года украинские цивилисты ведут ожесточенную борьбу за ликвидацию Хозяйственного кодекса. Профессор А. С. Довгерт почти так же, как в свое время римский сенатор о необходимости разрушения Карфагена, любое свое выступление заканчивал примерно так: *«А кроме того, я полагаю, что Хозяйственный кодекс должен быть отменен!»*.

Цивилисты Казахстана целиком и полностью поддерживают содержащееся в Концепции предложение отменить Хозяйственный кодекс Украины.

Это важно для развития правовой системы не только Украины, но и других государств, поскольку, например, в ходе

«многострадального процесса» (по выражению М. К. Сулейменова [2]) разработки Предпринимательского кодекса Казахстана его авторами в качестве примера приводился факт существования Хозяйственного кодекса Украины, и в качестве экспертов активную роль по продвижению этой неразумной идеи сыграли некоторые юристы из Донецка и Одессы (как и из Екатеринбурга).

К сожалению, в 2015 году Предпринимательский кодекс был принят в Казахстане.

Гражданские юристы Казахстана вместе с Н. С. Кузнецовой организовали издание многостраничного издания: *«Правовое регулирование предпринимательской деятельности в постсоветский период»*, где украинские и казахстанские гражданские юристы детально проанализировали тексты Хозяйственного кодекса Украины и Предпринимательского кодекса Казахстана и наглядно показали всю вредность и опасность для хозяйственного оборота параллельного регулирования его двумя кодексами, один из которых основан на ложной методологической посылке [3].

И самое печальное заключается в том, что этот Предпринимательский кодекс (будучи таким образом скомпилированным из десятков различных действовавших до его принятия специальных законов, что в результате отразилось на обоснованности или целостности правового регулирования отдельных аспектов), в действительности, вносит путаницу, создавая трудности для предпринимателей и самого государства (государственных органов и судов), например, при применении норм этого кодекса о запрете доминирующего положения на рынке.

Мы также считаем, что отмена Предпринимательского кодекса в Казахстане будет способствовать более эффективной и разумной модернизации отечественной системы частного права.

5. Концепция представляет собой очень значимый для развития права комплексный документ одновременно научного, аналитического и программного характера по вопросам содержания и развития гражданского права и международного частного права.

Содержание Концепции основано на всеобъемлющем, глубоком и весьма детальном анализе накопленного в Украине опыта применения гражданского законодательства, судебной и

деловой практики, научных исследований и разработок, а также документов международного характера, иностранного законодательства и признанных моделей регулирования различных аспектов частного и международного частного права.

Сама по себе Концепция является не только системным изложением внушительного комплекса идей по совершенствованию законодательства Украины, но также источником научных знаний и воззрений. Это заслуживающий серьезного и вдумчивого изучения документ, который может служить образцом настоящего сравнительно-правового исследования.

Что не менее важно, Концепция также является убедительным свидетельством эффективности и плодотворности коллективных интеллектуальных усилий, основанных на одной методологической и идеологической платформе и ориентированных на достижение одинаково понимаемого и представляемого результата.

Концепция содержит огромное количество идей и предложений по развитию и совершенствованию ГК и гражданского законодательства Украины. В настоящей статье представлен анализ лишь небольшой части этих идей и предложено видение о том, как они могут использоваться в процессе рекодификации гражданского законодательства Украины. Проанализировать таким же образом все содержание Концепции (или иным не поверхностным образом отреагировать на все предложенные в ней идеи) в одной статье не представляется возможным.

Мы желаем своим друзьям и коллегам успеха на этом исторически значимом пути рекодификации гражданского законодательства Украины! И благодарим их за образец и источник вдохновения в нашей деятельности по модернизации казахстанского частного права!

Литература:

1. Сулейменов М.К. Модернизация гражданского законодательства Республики Казахстан. Интернет-ресурс: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37103691#pos=6;-106 (дата доступа к Интернет-ресурсу – 29 июля 2021 г.).

2. Сулейменов М.К. Предпринимательский кодекс Республики Казахстан: много шума из ничего. Интернет-ресурс: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33440634#pos=1;-113 (дата доступа к Интернет-ресурсу – 29 июля 2021 г.).

3. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в постсоветский период: сб. науч. статей / Под общ. ред. Н. С. Кузнецовой и М. К. Сулейменова. Харьков: Право, 2018. 864 с.

CO(RECO) DIFICATION OF PRIVATE LAW IN 21ST CENTURY: SOME EXAMPLES FROM LITHUANIAN EXPERIENCE

Valentinas Mikelėnas

*LL.D., Professor, Professor at the Department of Private Law,
Faculty of Law at Vilnius University,
Lawyer of Ellex Valiūnas Law Firm
Vilnius, Lithuania*

The codification of private law is a historical, social and cultural phenomenon. Lithuania was not able to draw up its own Civil Code during the 1918–1940 independence period, even though a working group on its preparation was set up in 1937 and part of the draft Code was prepared. Unfortunately, the draft disappeared during the Second World War and has not been found until now. In 1944, many Lithuanian lawyers who worked on the draft Civil Code escaped to the West and continued to cherish the hope that Lithuania would regain its independence later or sooner. As a result, the diaspora's lawyers continued to call for work in this area. Well-known interwar Lithuanian lawyer P. Stravinskas, while in forced emigration, wrote in 1955 in the Lithuanian diaspora law newspaper «Lawyers' News», published in the USA, the article «Lawyers, let's not break». By endorsing the work of another famous interwar Lithuanian lawyer, Č. Butkys's proposal in 1953 – to start collecting material for the future Lithuanian Civil Code for Lithuanian diaspora lawyers, P. Stravinskas wrote: «... *the creation*

of an own code is a tremendous job. This work is not done by civilized nations for years, but sometimes for decades. Only a nation with a high culture can create a good own code. First of all, you must have the material for the code, because ex nihilo nihili fit.... When we rise up in our legal culture, when we prepare material for future codes, it is to be hoped that the Lithuanian genius of codification of law will also appear, as Justinian appeared to the Romans in the past, Portalis and Napoleon for the French, Zeiller for Austrians, Windscheid for Germans, Huber for the Swiss» [1]. This hope of Lithuanian diaspora lawyers could only come true after the 1990s, when Lithuania's independence was restored. The working group on the preparation of amendments and additions to the Civil Code of Lithuania of 1964, as well as on the preparation of a new Civil Code, was formed by the Decree of the Presidium of the Supreme Council (Parliament) of July 18, 1990 [2].

The history of private law codification shows that there are two types of codification. First, it is the creation of a systematic set of new rules, or codification in the material sense, when a *lex nova* is created. Secondly, it is the structuring of the existing rules, i.e. compilation or codification in the formal sense, where the rules in force are mechanically grouped according to a certain formal criterion, without modeling the rules themselves or creating new [3]. The Civil Code of Lithuania of 2000 as well as the Civil code of Ukraine of 2003 is undoubtedly an example of material codification, since it was necessary to create new rules that would correspond to the fundamentally changed conditions of economic, political, social, cultural, ideological, etc. life of society.

The codification of private law shows that codification is meaningful and effective only when it is objectively necessary. R.J. Pothier also wrote that Civil Code must be necessary, modern and efficient [4]. Historically, when analysing codification in Europe, it is clear that the Civil Code was usually the baby of one or another turning point in society – usually – the revival of society. The Civil Code appeared when society reached a qualitatively new stage of its economic, social and cultural development. For example, in France in 1804, the Civil Code is undoubtedly the baby of the French Revolution, the renaissance of the French nation. An analogous conclusion can be drawn about the Civil Code of Lithuania, which is the result of the

revival of the Lithuanian nation, which began in 1988 and later with fundamental political, economic and other changes. One of the reasons why the Civil Code was not drawn up in Lithuania during the period 1918–1940 is also economic. In 1918, there were no major economic changes in public life, the economy was based on market principles and private property, so there was no economic need to reform in 1918. At that time, the need of preparing the Civil Code was more for political, cultural (4 different private legal systems were applied in Lithuania during 1918–1940) rather than economic reasons. As you know, after 1990, the drafting of a new Civil Code was promoted by both political and economic and other reasons. That is why the Civil Code was drawn up relatively quickly.

Codification in the 21st century is undoubtedly different from codification in the 18th and 19th centuries. Napoleon's ability to create new civil law was practically not limited by external or internal factors. The 18th-19th state had absolute sovereignty over the creation of its national law. And the Head of State had practically unlimited opportunities to stifle opposition to reforms. Napoleon, for example, simply dismissed an official who opposed the draft Civil Code. In the 21st century, the situation is unfortunately different. The State does not have absolute sovereignty, because the modern state is bound by the obligations of international law, membership of various international and regional organizations. For example, during the preparation of the Lithuanian Civil Code, Lithuania signed an association agreement with the European Union in 1995. Therefore, it was necessary to transpose the European Union legal norms in force at that time into the future Civil Code. After Lithuania became a member state of the European Union, this process became permanent. Ukraine has also signed an association agreement with the European Union, and Ukraine will therefore have to transpose European Union law into the Civil Code or into special laws in order to become a member of the European Union. However, being in the European Union creates new problems. Would there be many who argue that the European Union's directives and regulations are drawn up using the legal technique of the highest level, written in the perfect legal language and are absolutely clear and comprehensible? I think that's not the case. And if Brussels bureaucrats are demanding that directives be transposed literally into national law, can national law be clear and perfect? It is not in vain to say that, given

the autonomy of the sources of European Union law, their transposition into national legal sources undermine the internal coherence of national legal system and disbalance it [5]. Therefore, today we can no longer expect the same logic and internal coherence from the Civil Code as it could be if the Code were merely a product of the national legislator. The modern codes of the European Union countries is characterized by the fact that they are full of so-called «islands» or «lagoons» [6], i.e. rules of European Union law and other sources of foreign law transplanted into the Civil Code. Moreover, codification in the 21st century is also complicated by the case law of constitutional and international courts. The Civil Code may be revisited not only by national constitutional courts, but also by the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union.

The main reason for the first wave of qualitative codification of private law in Europe was the abundance of sources of law and their incompatibility. Perhaps the most accurately situation in France in the XVIII century was described by Voltaire, who wrote that when traveling in France, the laws changes as quickly as horses change. Not in vain, he wrote, let us burn the laws and create new ones [7]. Therefore, codification was primarily intended to focus civil law on a single legal act, the Civil Code. In other words, an equal sign has been placed between civil law and the Civil Code. It is said that public life takes place cyclically, in circles. Therefore, subsequent generations do not know or forget the mistakes of earlier generations. This utopian goal to put all civil law into one Civil Code is also pursued when we are discussing the structure of the Civil Code [8]. For example, the original version of the Lithuanian Civil Code provided for as many as 8 Books – general provisions, persons, family law, real rights, law of succession, law of obligations, commercial law and intellectual property law. However, in the final version, only 6 Books remained – without commercial law and intellectual property. In Ukraine, the structure of the Civil Code continues to be the object of discussions, and family law and private international law are proposed to be incorporated into the Civil Code. I would support these proposals because both family law (Book 3 of the Civil Code) and international private law (separate part in Book 1) are incorporated into the Lithuanian Civil Code. However, I would like to stress that incorporation of family law into the Civil Code may hinder the reform

of the entire Civil Code. The example of Lithuania has shown that the family law is an area that is very important both for society and for separate groups of society, such as the Church. When the draft Civil Code was discussed, it was the family law that caused the most controversy in Parliament, and a number of compromises had to be made in order to adopt the Code as a whole. And some of the norms in Book 3 of the Civil Code have not yet entered into force, such as those governing partnership and gender reassignment.

The thesis that law is only what is in the Code was also invoked at the beginning of qualitative codification, i.e. when the transfer of the rules of conduct into a single set was aimed at qualitatively modifying them by creating new, better rules of conduct and laying them out in a certain rational, logical sequence, i.e. to systematize them. Legal historians distinguish between three periods of qualitative codification or waves of codification – the 18th century, a wave associated with the *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* of 1794 and the preparatory work for the future French Civil Code. In the 19th century, during the second wave Civil Codes were adopted in France, Austria, Italy, Spain, Louisiana, Quebec, the Netherlands, Germany and many other countries. In the 20th century Civil codes were adopted in Switzerland, Turkey, Brazil, Latvia. The wave of codification of the 20th century is also characterized by recodification, i.e. reform of existing Civil Codes, or adoption of the second Civil Code. For example, Italy adopted the second Civil Code in 1942, and after World War II alone, Civil Codes were adopted in more than 50 countries in the world, either new or revised [9]. The prophecies that the process of codification of civil law would end in the 20th century did not come true either. Codification and recodification continue in the 21st century. Following the fall of the socialist lager, new civil codes have been drawn up in the former post-socialist states of the Czech Republic, Romania, and, more recently, major reforms of the civil codes in Germany and France have taken place. The development and adoption of codes continues and continues – the Civil Code was drawn up by Israel and a new Civil Code was adopted by China in 2020.

The history of codification shows that in the codification process there have always been and are three main players – the professors of law, the courts and the legislator. The result of codification has always been sufficiently effective when all three of these driving codification forces

worked together. Of course, the legislator played a decisive role in this process. Indeed, the history of codification shows that the codification process is partly a tool for political struggle, a way to strengthen power, its concentration and independence. It is no coincidence that the old Civil Codes are named after the rulers who initiated or approved them (Justinian, Napoleon, etc.). The codification of private law was also one of the means of strengthening the power of a king or emperor and concentrating power in one hand on national, centralized states in Europe. Thus, the Civil Code (like any other legal norm) is one of the forms of expression of centralized power of the State, the result of political choice. A State whose legal system is based on the idea of codification, but which does not have its own Civil Code and uses the Civil Code of another State, cannot use all the powers of its political power, as these powers are constrained by old rules, often alien to society, but binding on it. Codification is therefore not just a legal process, it is a legal- political process. It was the political necessity of drafting and adopting the new Civil Code that was stressed by Vytautas Landsbergis, then Chairman of the Lithuanian Parliament. At Parliament's sitting on 18 July 2000 welcoming the adoption of the Civil Code, he said: «[...] now we finally have a complex solution – a completely new and truly Civil Code of the Republic of Lithuania. I see this achievement as a very important political fact. This is indeed a separation from the civil law system of the USSR, a final separation» [10].

Thus, the quality of the Civil Code, the speed at which it is drawn up and adopted largely depends on the political will to have an effective Civil Code. France adopted the Civil Code in 1804, partly because Napoleon was personally concerned about its preparation and adoption. For example, he attended as many as half of the Council of State meetings where the draft of the Civil Code was discussed. Not in vain, this Code is called the Napoleon's Code, and he himself considered the greatest achievement of his life not his military victories, but precisely the Civil Code [11].

I don't know if there is strong political support for recodification in Ukraine, but in Lithuania the our Working Group did not received proper political support when drafting the Lithuanian Civil Code. During the 10 years since the Civil Code was drawn up, three compositions of Parliament, ten Governments and eight ministers of justice have changed. The mere fact that, on 18 July 2000, the Minister

of Justice did not attend the plenary session when the Civil Code was adopted in the Parliament, says a lot.

Effective codification is not possible without well-developed legal doctrine and creative case law. The effectiveness and durability of the Civil Code in France and other Western European countries was determined by the legal doctrine developed before the Civil Code was drafted. The law in force was analysed in detail, its historical origins, comparative studies were written, etc. For example, it was insoluble for the drafters of the French Civil Code to prepare part of the law of obligations when the fundamental study of R.J. Pothier's obligations was published back in 1761 [12]. Unfortunately, when creating the Lithuanian Civil code, there was a reverse situation – we first created the Civil Code, before we started to develop legal doctrine. The former socialist states have been more or less isolated from the rest of the world for 50 years. Comparative legal research was practically unknown, and if any study on comparative law appeared, then it was based on ideological motives – everything that is in the West is bad and unacceptable. As a result, several generations of lawyers were separated from the process of unification and harmonization of law that took place in the West until the 1990s.

High-quality codification is not possible without creative and consistent case law. In order for the Civil code to function effectively, it is necessary for the courts to creatively develop its provisions and to ensure its uniform interpretation. Unfortunately, experience shows that courts are often passive, that case law in interpreting and applying the same rule is contradictory, etc. Although today the case-law of the court is *de facto* recognised as a source of law in many states of the civil law tradition, there are many who believe the opposite. Effective codification and recodification of private law is impossible not only without the doctrine of law, but also without judiciary with adequate qualifications and a corresponding cultural and legal mentality.

The history of codification shows that the law, like other areas of public life, has never existed, is not and will not be a closed bowl. Consequently, the codification of private law, in particular the codification in material terms, implies the creation of a qualitatively new national system by 'borrowing' rules or whole institutes from other national legal systems. That is, the famous Lithuania Statutes of 1529, 1566 and 1588 (which are described as «*surprisingly modern*» [13]) –

they were not and could not be a purely Lithuanian product. In the opinion of historians, the Statutes of Lithuania were a mixture of rules taken over from Magdeburg, Romans, Polish, Russian legal sources [14]. One of the reasons why the Civil Code was not drawn up in Lithuania until 1940 was that the Civil Code was imagined as a purely national product. Therefore, the Commission that drafted the Civil Code was officially prohibited from relying on the experience of foreign states [15]. One of the postulates of criticism of the new Lithuanian Civil Code is that it is not a purely national Civil Code, i.e. it is not a Lithuanian Civil Code [16]. However, these critics forget the simple fact that one of the essential features of modern codification is that the code ceases to be purely national legislation. The codification of private law today, living in a period of boom in international unification and harmonization of law, convergence of legal families, also implies the transformation of legal doctrines and ideas, entire legal institutes from foreign countries into national law (in A.Watson's words, «transplantation» [17]). It is important that this process is voluntary rather than coercive, so that it is creative, i.e. that the rules from other legal systems to national law are borrowed according to national peculiarities, in accordance with national language rules, etc.

The codification is not purely legal process. Many legal problems are also not purely legal. They lie in completely different roots, which lawyers sometimes underestimate. One such area is language. Not in vain, it is said that most legal disputes arise from words. The use of sources in different languages in the process of codification create a number of linguistic problems. There are many examples where one or another legal term known in one national legal system cannot be precisely defined by the aid of another language, since there is simply no adequate term in that language. The linguistic problems of codification is clearly illustrated by the translation of European Union legislation into national languages – not only ordinary persons, but also lawyers are not satisfied by the translation of European Union directives and regulations into Lithuanian language. This problem is exacerbated by Brussels bureaucrats demanding, for example, that directives be translated and transposed literally. Indeed, the codification is not merely an exclusive prerogative of lawyers. In order for this process to be effective, complex research in various scientific fields (economics, law, sociology, linguistics, culture, etc.) is needed,

and it is necessary to involve scientists from other fields and directions. Codification and recodification are also an excellent opportunity to improve the national legal language. The Working Group, which prepared the Lithuanian Civil Code, worked closely with Lithuanian language specialists and worked together to ensure high-quality wording of the Code.

It is often said that the adoption of a new Civil Code is a revolution. In the case of material codification, such a statement is correct and is confirmed by the experience of Lithuania – the adoption of the new Civil Code meant not only a significant jump in a positive law, but also a breakthrough in our minds. However, history shows that the revolution also gives birth to its own enemy, the counter-revolution. Naturally, not everyone is interested in the new legal regulation. Various interest groups are already trying to influence in one way or another during the code-making process in order to adopt rules that benefit them. Failure to do so during the drafting of the Code leads to a march to amend or interpret the Code that has just been adopted. Therefore, the Civil Code is constantly at the center of the battlefield of various interest groups (economic, political, professional, religious, etc.). Such resistance to the Civil Code in Lithuania was observed not only during the period of the preparation of the Civil Code and its adoption in Parliament, but also after its adoption. For example, despite the fact that a transitional period of one year was foreseen for the entry into force of the Code, attempts were made to postpone its entry into force even longer. So, you have to be mindful that the recodification process will not be easy.

It is argued that the Civil Code is distinguished from other legal acts by several of its features, which ensure its stability – completeness, freedom of contradictions, systemic approach. But can the Civil Code really remain stable in modern society? In Lithuania, 89 amendments were made to the Civil code during the twenty years of its validity. But is this just a problem of Civil code? The Code of civil procedure, for example, has been amended 66 times, and we already have a second Labour code in Lithuania during 30 years. However, unlike in Ukraine, the total revision of the Civil Code has not yet been called into question in Lithuania.

One of the arguments used by opponents of codification is the statement that due to the plethora of special laws, the significance of the Civil Code is diminishing, the process of decodification is

underway, so it is already possible to talk about the «death» of the Civil Codes [18]. Of course, the problem of the relationship between the Civil Code and the special laws is relevant. In Lithuania, attempts were made to resolve this issue by providing for a special rule in the Civil Code. Article 1.3(2) of the Civil Code provides that *«if there are conflicts between this Code and the other laws, the norms of this Code shall apply, unless this Code gives priority to the norms of other laws»*. It would be difficult to defend this norm in legal theory – why does the Civil Code have priority over another law? However, this rule saves little. There are many cases where special laws are adopted instead of filling in or amending the Civil Code. European Union legislation is often transposed into national law by means of special laws. As the principle of priority of European Union law over national law applies, such special laws generally provide for rules different from the Civil Code, thus extinguishing the priority of the Civil Code. By order of the Minister of Justice, a Civil Code Supervision Group has been set up with the task of ensuring the stability of the Code. However, the decisions of this group are of a purely recommendatory nature and are often not taken into account.

Another problem related to codification is the role of general clauses. Does the Code need to contain more principles or detailed rules? The twenty years of the application of the Lithuanian Civil Code has shown that principles (general clauses) are often abused. For example, courts, even if the Code rule is very clear, do not apply it, but resolve the case on the basis of an article 1.5 of a Civil Code that provides the principles of good faith, justice and reasonableness. Thus, of such general clauses in the Code, if abused, will only increase legal uncertainty and unpredictability.

I would like to draw attention to another important factor. The adoption of a new Civil Code does not automatically change people's mentality. In a couple or even thirty years, it is impossible to erase from people's memory the rules under which they lived for decades. Therefore, in the thinking of many lawyers who graduated from law during the Soviet period, we will find the remnants of the previous legal system and previous legal thinking for a long time to come. Only the younger generation, which had no connection to the previous soviet legal system, will escape this dualism.

Another important point in terms of the codification of private code in the post-Soviet space is the relationship of the new private law

system with Soviet civil. It is not uncommon to be heard that one or another norm of the new Lithuanian Civil Code is taken from the Civil Code of 1964, i.e. the new Civil code has remained «Soviet» in a certain sense. The answer for such «critics» is very simple: you don't know the history of private law. Basically, the history of private law is the history of the «borrowing» of rules. Both Western lawyers and modern Russian legal doctrine recognize that the Bolsheviks did not create a fundamentally new civil law. After all, Russia's Civil code of 1922 was not created on an empty space. Especially in the field of law of obligations, much has been taken over from Tsarist Russian civil law. On another hand, Tsarist Russian civil law was developed in accordance with the traditions of Western law [19]. For example, the definition of obligation – *obligatio est juris vinculum*, which came from Roman law, remained in Soviet civil law, and we understand the obligation in the same way today. Thus, the mere fact that the Civil Code of 2000 contains the same rule as the Civil Code of 1964 does not mean that the rule is «Soviet».

The Civil Code, like any other legal act, is just a systemic set of rules. Whether those rules will work in life, whether they are followed, or whether people will regard them as the norm in their mutual relations depends on society itself. If society is not ripe to live according to the rules of the Civil Code, the Code will not perform the functions that the legislator sought to adopt it. Therefore, the meaning of the Civil Code as a set of rules cannot be overestimated and cannot be fetishised. The success of the Civil Code does not depend on its rational system or elegant language, but on the people who interpret it, apply it, adhere to it. Thus, the success of the Civil Code is determined not by legal technique, but by the culture of society, its economic, social development, moral and legal mentality. In the Civil Code, every second article it is possible to record that the subjects of civil relations must act in good faith, but this will not have any positive effect if society is in total moral crisis, when the norm of its life will not be honesty, but vice versa – dishonesty. The Civil Code must consolidate society, ensure tolerance, fairness and other moral values, without which recognition and observance the society is doomed to moral degradation and, ultimately, to failure. However, this can only be done through society itself. The society itself should not tolerate politicians who openly claim that politics and morality are incompatible; should not tolerate politicians and businessman who openly claim that

business and fairness have nothing to do with it; should not tolerate dishonest and unqualified judges who have neither a moral nor a professional right to judge others, etc. Do we already have such societies in Lithuania and Ukraine?

References:

1. P. Stravinskas. Kaip ruošėme Lietuvos Civilinį kodeksą. Teisininkų žinios 1958/25–26, p. 15–16.
2. <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.385?jfwid=ld4gwo5xs>.
3. The Civil Code and Europe: Influences and Modernity. Proceedings of Colloquy. Council of Europe, Strasbourg, 2004, p. 17.
4. Ibid, p. 21.
5. Jan M. Smits. The Europeanisation of National Legal Systems: Some Consequences for Legal Thinking in Civil Law Countries. In Epistemology and Metodology of Comparative Law. Oxford: Hart Publishing, 2004. P. 229–245
6. J. P. Dawson. The Oracles of the Law. The University of Michigan LawSchool, Ann Arbor, 1968. P. 2.
7. G.Iudica. Lo Stato moderno e la codificazione. Napoli: Editoriale Scientifica, 2021. P. 26.
8. More in detail about problems related to structure of Civil Code see: The Scope and Structure of Civil Codes. Edited by Rivera J. C. Dordrecht: Springer, 2012.
9. About history of codification in more detail see: G.Iudica. Lo Stato moderno e la codificazione. Napoli: Editoriale Scientifica, 2021; R. Cabrillac. Les codifications. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
10. <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAK/TAIS.105669>.
11. G.Iudica. Lo Stato moderno e la codificazione. Napoli: Editoriale Scientifica, 2021. P. 63.
12. R. J. Pothiere. Treatment of obligations according to the rules of both the forum of conscience and the external forum. Paris, 1761.
13. R.Frost. The Oxford History of Poland-Lithuania. Vol.I: The Making of the Polish-Lithuanian Union. Oxford: Oxford University Pres, 2018. P. 541–542.
14. Edvardas Gudavičius. Short Survey of the First Statute of Lithuania. The Statute of Lithuania of 1529. Translated and edited by Karl von Loewe. BrielNV, Vilnius, 2002. P. 22.

15. P. Stravinskas. Kaip ruošėme Lietuvos Civilinį kodeksą. Teisininkų žinios 1958/25–26. P. 15–16.

16. R. Bakševičienė. Do we have our own codes? DELFI, 30 November 2004. <https://www.delfi.lt/news/daily/law/ar-turime-savo-kodeksus.d?id=5565911>

17. A. Watson. Legal Transplants. An Approach to Comparative Law. Scottish Academic Press, Edinburg, 1974. P. 4–5.

18. N.Irti. L'età della decodificazione. Milan:Giuffrè, 1999. P 74.

19. Новицкая Т. Е. Преемственность в регулировании гражданско-правовых отношений в Российском дореволюционном и советском законодательстве. Труды Института государства и права РАН. 2017. Том 12, № 5. С. 1–26.

ВЛАДЕНИЕ: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ КОНЦЕПЦИИ ОБНОВЛЕНИЯ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА УКРАИНЫ С ПОЛОЖЕНИЯМИ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА

Биешу Сержиу

д.ю.н., профессор,

заведующий департамента частного права факультета права

Молдавского государственного университета

г. Кишинев, Республика Молдова

В Республике Молдова Новый Гражданский кодекс вступил в силу 12 июня 2003 года, а в Украине – 1 января 2004 года. Наши страны были последними на постсоветском пространстве, где были приняты новые Гражданские кодексы. В Республике Молдова было представлено несколько точек зрения за и против того факта, что только через 12 лет после распада Советского Союза удалось принять новый Гражданский кодекс. Возможно, такие видения были и в Украине. Мы должны признать, что в то время Новый Гражданский кодекс Республики Молдова явно превосходил Гражданский кодекс 1964 года, и это также относится к Новому Гражданскому кодексу Украины. С тех пор прошло почти два десятилетия, и изменения, произошедшие в

последний период времени, справедливо потребовали возврата к содержанию положений гражданских кодексов, принятых в то время. Анализ новых Гражданских кодексов на постсоветском пространстве позволяет нам констатировать, что за последние годы Гражданские кодексы были значительно изменены и дополнены. То же самое произошло и в Республике Молдова.

Приказом министра юстиции № 519 от 3 декабря 2013 года была создана Рабочая группа по внесению изменений и дополнений в Гражданский кодекс. Эта рабочая группа совместно с Министерством юстиции подготовила проект закона, содержащий изменения к Гражданскому кодексу и к другим законодательным актам.

Рабочая группа осуществляла свою деятельность непрерывно с декабря 2013 года по апрель 2017 года, провела при этом более 70 заседаний, а также многочисленные заседания различных подгрупп для обсуждений. Рабочая группа совместно с Министерством юстиции разработала проект изменений и дополнений в Гражданский кодекс, а также в смежные законодательные акты. Проект закона о внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс представляет собой шаг вперед и масштабные усилия на пути модернизации отечественной правовой инфраструктуры и ее выстраивания в ряд передовых регулирующих норм, применяемых на международном плане, учитывая при этом проблемы толкования и применения Гражданского кодекса в действующей редакции. В этих целях были изучены и учтены последние законодательные изменения на международном и европейском плане, в частности: а) Проект Единого свода норм (Draft Common Frame of Reference) Европейского Союза, разработанный европейской научной средой и опубликованный в 2008 году; б) Гражданский кодекс Германии; в) Гражданский кодекс Франции, включая изменения, внесенные Ордонансом № 2016-131 от 10 февраля 2016 года об изменении порядка заключения договоров, общего режима и доказательства обязанностей (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations); г) Гражданский кодекс Италии; Нидерландов; законы о частном праве Эстонии; новые гражданские кодексы Чехии (2014 г.), Венгрии (2014 г.), Аргентины (2015 г.); е) новый Гражданский кодекс Румынии, вступивший в силу 1 октября 2011 года; ф) Гражданский кодекс

Российской Федерации, с изменениями, внесенными вследствие проведения реформы в период 2013–2015 гг.; г) европейское право – в частности, директивы в области частного права и защиты прав потребителей. Кроме того, учтены положения проекта Регламента Европейского Парламента и Совета о совместном европейском законодательстве в области продаж (Common European Sales Law Regulation – CESL), который, однако, не был принят на уровне ЕС.

Цель проекта – модернизация частного права в Республике Молдова, согласно последним европейским и международным тенденциям в этих сферах, придание гражданскому законодательству более точного и прогнозируемого характера, улучшение регулирования прав личности и их пределов, усовершенствование защиты действительности договоров, повышение ответственности управляющих юридических лиц частного права и др.

Изменения и особенно дополнения, внесенные в Гражданский кодекс Республики Молдова, вступили в силу 1 марта 2019 года. Эти изменения коснулись и института владения, который, на наш взгляд, имел относительно успешное регулирование, в том числе четыре последствия владения: презумпция права собственности, приобретение собственности добросовестным владельцем, защита владения и приобретательная давность. Конечно, новые дополнения, которые вступили в силу с 1 марта 2019 года, улучшили эти правила, поэтому далее мы сравним концепцию реформирования Гражданского кодекса Украины с положениями, содержащимися в Гражданском кодексе республики. Молдовы посвященное владение

Таким образом, в *Концепции обновления Гражданского кодекса Украины*, в § 3.7 обсуждается правовая природа владения, указывая, что «Понятие и место владения в системе национального права в значительной степени зависит от понимания правовой природы этого института, в частности, как фактического состояния, порождает правовые последствия, или вида вещного права. Гражданские кодексы большинства стран прямо не относят владения ни к фактическому состоянию, ни к праву, его толкование задачей юридической науки. Если поддержать идею, что владение является вещным правом, владение должно быть отражено в разделе «Ограниченные вещные права», в котором будут представлены такие вещные права, как: сервитут, в узуфрукт, эмфитевзис,

суперфиций, залог, ипотека, другие ограниченные вещные права. Заслуживает поддержку признания владения фактическим состоянием, порождает правовые последствия, а затем владения не относится к категории прав. Признание владения фактическим состоянием, порождает правовые последствия, приводит место этого института в системе вещного права и архитектонику книги третьей ГК. В этом случае владению должно быть отведено отдельный раздел, который будет следовать по разделу «Общие положения» и предшествовать разделам, посвященным вещным правам».

На наш взгляд, этот предмет заслуживает более глубокого анализа, поскольку в зависимости от сделанных выводов регулирование владения может иметь тот или иной контур. Вот почему мы намерены предоставить более подробную информацию по этому вопросу.

Вопрос о юридической природе владения, является одним из самых спорных в юридической литературе. В результате анализа этой литературы выделяются два направления. Так, одна группа авторов считает, что владение – это фактическое состояние, а другая группа – что владение является правом. Сложность толкования вопроса вытекает также из законодательных положений в связи с тем, что в некоторых гражданских кодексах владение считается правом [1], а в других – фактическим состоянием, при этом в большинстве кодексов оно не относится прямо ни к фактическому состоянию, ни к праву, а задача толкования отводится теоретикам [2].

Если сослаться на нормы Гражданского кодекса Республики Молдова на тему владения, напрашивается вывод, что оно является фактическим состоянием, порождающим правовые последствия. В поддержку этой позиции приводим следующие аргументы. Во-первых, статья 482 позволяет выявить «покров» фактического состояния владения. В действительности мы не можем с полной уверенностью утверждать, что владение является простым фактическим состоянием, так как в части 1 указанной статьи законодатель имеет в виду приобретение владения вследствие желаемого осуществления фактического обладания вещью, без указания того, что владение является фактическим состоянием. Во-вторых, статьи 482–499 того же кодекса не позволяют сделать однозначный вывод, что владение является вещным правом. В этом смысле является красноречивой архитектура второй книги Гражданского кодекса:

Раздел I – Имущество; Раздел II – Владение; Раздел III – Собственность; Раздел IV – Другие вещные права, в которой замечаем, что владению отведен отдельный раздел, при том, что вещные права регулируются соответственно в первом и третьем разделах. Если поддержать идею того, что владение является вещным правом, тогда, несомненно, оно должно быть отражено в разделе IV, в котором, однако, представлены следующие вещные права: право узуфрукта, право пользования, право проживания, право сервитута, право суперфиция, право залога. В таких обстоятельствах заключаем, что владение не относится к категориям вещных прав. В третью очередь, Гражданский кодекс регулирует четыре правовые последствия владения: презумпция собственности (статья 490); приобретение плодов добросовестным владельцем (статьи 310 и 311); защита владения при помощи владельческих исков [3] (стат. 497); приобретение владения вследствие приобретательной давности (статьи 498, 524–534), по которой причине считаем, что владение является фактическим состоянием, порождающим правовые последствия. В четвертую очередь, если утверждать, что владение является фактическим состоянием, порождающим правовые последствия, это не означает, что мы допускаем его и как фактическое состояние, и как право, и также не допускаем смешение между правовыми последствиями владения и его прерогативами в качестве элемента, входящего в состав юридического содержания определенного вещного права [4].

Касательно структуры раздела «Владение», Концепция обновления Гражданского кодекса Украины, предлагается материал раздела разделить на две главы: «Общие положения» и «Последствия владения», которые будут содержать положения о приобретении, осуществления и виды владения, преобразование вида владения, добросовестное владение, презумпции непрерывного владения и собственности, защита владения, последствия владения и прекращения владения». В этой связи мы хотели бы отметить, что эта практическая концепция аналогична положениям Гражданского кодекса Республики Молдова. Таким образом, Гражданский кодекс Республики Молдова регулирует владение в Книге второй, Вещные права, Раздел II, ВЛАДЕНИЕ, в котором содержится две главы.

Глава I «ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ», которая включают следующие статьи: Статья 482. Приобретение и осуществление

владения; Статья 483. Непосредственное и опосредованное владение; Статья 484. Владелец на правах собственника и владелец ограниченного права; Статья 485. Владение через уполномоченное лицо; Статья 486. Преобразование вида владения; Статья 487. Добросовестное владение; Статья 488. Презумпция непрерывного владения и Статья 489. Прекращение владения.

В Главе II «ПОСЛЕДСТВИЯ ВЛАДЕНИЯ», регулируются три последствия владения: презумпция права собственности, приобретение фруктов добросовестным владельцем и защита владения. Что касается приобретательной давности, то оно регулируется в разделе посвященным способами приобретения права собственности.

Относительно § 3.9. содержание владения, из Концепции обновления Гражданского кодекса Украины, как заявляют сами авторы Концепции, предлагается реализовать опосредованное и прямое владение, что прямо предусмотрено в Гражданском кодексе Республики Молдова в ст. 483 под названием «Непосредственное и опосредованное владение», который прямо предусматривает: 1) владение является непосредственным, если фактическое владение осуществляется владельцем лично или через его уполномоченное лицо; 2) владение является опосредованным, если фактическое владение осуществляется через владельца ограниченного права». После 1 марта 2019 года Гражданский кодекс Республики Молдова в этой связи был дополнен двумя статьями: Статья 484. Владелец на правах собственника и владелец ограниченного права и Статья 485. Владение через уполномоченное лицо, которые решают несколько ситуаций, возникших на практике, в частности, для выявления ситуаций, в которых лицо, хотя и владеет имуществом, не считается собственником, соответственно, не может воспользоваться всеми правовыми последствиями владения (статья 485 п. 2).

Литература:

1. См., к примеру, Гражданский кодекс Украины, в статье 395 которого прямо установлено, что владение является вещным правом.

2. Аналогичная ситуация наблюдается в гражданских кодексах Румынии и Республики Молдова.

3. В литературе по специальности встречаем и мнение, что правовые последствия владения и защита владения – это два разных аспекта. Поэтому не следует смешивать владение с его защитой. См.: Stoica, Valeriu. Drept civil, Drepturile reale principale, V. 1. București, 2004 с. 159.

4. Некоторые авторы считают неудачным синтез владения как фактическое состояние с его правовыми последствиями. См.: Stoica, Valeriu, Drept civil. Drepturile reale principale, V. 1. București, 2004 с. 148.

SUGGESTIONS FOR SECURING CLAIMS TO THE TRANSFER OF OWNERSHIP OF EXISTING AND YET-TO-BE-BUILT REAL ESTATE

Richard Bock

*Honorary Notary, General Representative of the Federal Chamber
of Notaries of Germany for International Affairs
Berlin / Brussels, Germany / Belgium*

I. Problem.

The choice of my topic is based on two articles of the «Concept of Updating the Civil Code of Ukraine» which has been made available to the participants at today's meeting. This Concept has been perfectly elaborated for further discussion of the planned amendment. It made it much easier for me to dive into Ukrainian civil law, which I had merely known in its basic features so far and only regarding real estate law.

The first Article, Section 3.16, concerns a Real Right of Expectation. These are considerations to enshrine a right that does not yet fully correspond to the ownership of a classic right in rem, for example property. However, this new Right of Expectation is supposed to be a kind of right in rem, which is already largely substantiated and gives the holder powers that go beyond the mere claim to the transfer of the full right under the law of obligations.

The second article, Section 5.15, deals with the protection of claims under the law of obligations. In this respect, general collaterals, pledges, mortgages and retention as an encumbrance are mentioned.

My lecture concerns the question of the extent to which it is possible to implement in Ukrainian real estate law a legal institution allowing to secure claims under the law of obligations for the transfer of ownership or for the granting of other rights in rem to real property. In the first part of my presentation, I will start with the example of the purchase of an undeveloped or developed plot of land in notarial practice. In the second part, I will try to apply the suggestions arising from this example to the purchase of properties yet to be built. Finally, I will examine the impact of failures during the fulfilment of the purchase contract on the new legal institution to be created.

II. Securing the buyer's claim to the transfer of ownership of an undeveloped or developed plot of land.

According to Ukrainian property law, the conclusion of a purchase contract for a developed or undeveloped plot of land – I will refer to this as real estate – does not result in a change of ownership in rem, but only in the instance of a claim of the buyer under the law of obligations as regards the transfer of ownership. As I understand, in notarial practice in Ukraine, the parties usually conclude a preliminary contract first. Based on this preliminary contract, the buyer already pays a part of the purchase price. This creates a problem, namely that the buyer provides an unsecured advance to the seller. Actually, the advance is unsecured in two respects. Firstly, the seller could refuse to conclude the final purchase contract at all. Secondly, if he does conclude the purchase contract, the buyer nevertheless remains unsecured until the transfer of ownership in the land register. Unsecured means: the seller could sell the property several times and collect the paid part of the purchase price each time. He could become insolvent until the ownership is transferred with the consequence that the partial purchase price paid falls into the insolvency estate. Or he could die with the consequence that the heirs are not known or cannot be found and the money paid in as an advance is no longer available in the estate. It was also reported that in the event of the buyer's death, it is questionable whether, under Ukrainian inheritance law, the buyer's claim under the preliminary contract for the conclusion of the purchase contract passes to the heirs. However, this problem is not the subject of my lecture.

How can the buyer's situation be improved? One can imagine that the problem of the buyer's unsecured advance payment I have outlined, exists in all legal systems in which ownership does not already pass on to the buyer with the conclusion of the purchase contract, but only with

the transcription in the land register. If one were to choose a legal regulation according to which ownership already passes on to the buyer upon conclusion of the purchase contract, one would have the same problem inversely, so to speak: in this case, the seller would have to fear that he would not receive the purchase price after the ownership had already passed on to the buyer. We would then have an unsecured advance delivery on the part of the seller.

If, therefore, as would be recommended from a legal and practical view, one decides to keep the previous regulation – transfer of ownership at the time of transcription in the land register – it would be necessary to create a security for the buyer for the time between the conclusion of the preliminary contract or purchase contract until the time of transcription of ownership.

Which securities would be appropriate? If we look at the securities listed in Section 5.15 of the Updating Concept to secure claims under the law of obligations, we have to conclude that these securities are not suitable for the buyer's claims of fulfilment based on purchase contracts or preliminary contracts. Pledges and mortgages can only secure payment claims. These may be primary contractual payment claims – for example for purposes of a loan reimbursement – or claims for damages due to non-fulfilment of other contractual obligations, but not primary claims for fulfilment of a purchase contract or a preliminary contract. To secure the buyer's claims under such contracts, it is necessary to have another means of security.

The German Civil Code (BGB) already provided for such a means of security in its original version from 1900, namely the so-called prior notice (*Vormerkung*). This legal institution is regulated in six short sections in the part of the BGB dealing with property law. Its legal nature is not defined. Initially, it is only a securing note in the land register. In terms of substantive law, it is a hybrid legal instrument with elements of real property law and the law of obligations, but it has no legal quality of its own. In practice, the prior notice is used as a special type of security instrument. It confers certain effects in rem on the claim arising from the transaction under the law of obligations, in particular vis-à-vis third parties not involved in the legal transaction.

Therefore, if a prior notice for the buyer is entered in the land register on the basis of a preliminary contract or a purchase contract, his claim to acquisition of ownership is secured with effect in rem, i.e. against any third party. Thus, the seller cannot sell the property to

anyone else. Creditors of the seller who were not previously secured by a mortgage in the land register no longer have access to the property.

If the buyer pays the purchase price and the other conditions agreed in the purchase contract for the transcription of ownership in the land register are met, the buyer becomes the owner. No one can ever take this right away from him.

Conversely, the prior notice loses its protective effect if the buyer's claim under the purchase contract lapses. For example, if the seller withdraws from the purchase contract due to non-payment of the purchase price. The legal fate of the prior notice is therefore inseparably linked to the claim under the law of obligations. We use the term «accessoriness» for this. Consequently, accessoriness also means that the prior notice shares the fate of the claim to transfer of ownership under the law of obligations upon the death of the purchaser. If this claim passes to the heirs, they automatically inherit the prior notice as well.

The registration of a prior notice in favour of the buyer immediately after the authentication of the purchase contract is common practise for us. The buyer can waive this, which is rare and only occurs if there is a pre-existing personal relationship of trust between the parties.

What happens to the prior notice if the buyer does not pay the purchase price and the seller withdraws from the purchase contract? The prior notice loses its effect, as I have explained, and must be deleted from the land register. For this purpose, the notary usually provides for a power of attorney in the purchase contract.

III. Protection of the buyer in a purchase contract on a flat yet to be built by the seller.

The legal position of the buyer is particularly at risk when concluding a purchase contract on a flat yet to be built. The uncertainty is twofold if the purchase price is paid in full or in part immediately: firstly, there are the same risks as I have described for the purchase or preliminary contract in relation to an existing property (developed or undeveloped), i.e. multiple sales, insolvency of the seller, etc. But beyond that, there is also the risk that the seller does not build the sold flat at all, builds it differently or does not build it completely.

The safest option for the buyer would be for the parties to first enter into a preliminary contract, whereby the buyer agrees to purchase and pay for the property upon completion. The schedule for the purchase of developed real estate I have just presented to you would then apply.

Economically, however, this security concept does not work out. The seller needs the buyer's funds during the course of the construction of the flat. Otherwise, they would have to pre-finance the object of purchase through a bank loan, which is unlikely to succeed.

In these cases, too, the conclusion of a purchase contract and the registration of a prior notice for the buyer serves the mutual interests of the parties. The only difference to the contractual arrangement for the sale of an already developed plot of land is the fact that the buyer does not pay the purchase price immediately in one sum after registration of the prior notice, but in instalments according to the progress of construction. The instalments specified in the purchase contract must correspond to the state of construction. Their amount is regulated in Germany by a corresponding consumer protection regulation.

I was told that there is actually another register in Ukraine for properties under construction in addition to the real estate register. Irrespective of whether this continues to be the case or whether the two registers will be merged at a later stage, there is no legal reason against a statutory regulation which permits to enter for the time being a prior notice in the register for properties under construction.

Contracts of this kind, which are called property development contracts in our country, involve a high-risk potential for the buyer. In property development contracts, the acquisition of ownership by the buyer must be secured by prior notice and the compliance with a legally prescribed payment schedule must be agreed in order to avoid damages. For reasons of uniformity of the entire transaction, i.e. the building obligation and the obligation to transfer the ownership, and for reasons of consumer protection, both have to be authenticated by a notary. Property development contracts concluded in private are null and void.

In the construction industry, not everyone likes this, even in our country, although people have been used to it for many years. Ultimately, the consumer protection rules and their reliable enforcement through notarial authentication also serve the construction industry. In fact, they help to clean up the market by excluding market participants who are engaged in unfair practices. Consumer protection regulations in property development contract law have been in force in our country since 1982. And there have been no notable cases of damage so far.

IV. The effect of the prior notice in the event of disruptions in the fulfilment of purchase contracts.

Finally, I would like to comment on the effect of the prior notice if the fulfilment of purchase contracts is compromised. I mentioned at the beginning that the acquisition of ownership, which is secured by prior notice in the land register, can no longer be thwarted by anyone, except, of course, by the buyer themselves. So, no one can take that right away from him.

What does that mean? Let me summarise the most important effects of the prior notice in four points:

1. It is true that the seller can in principle conclude further purchase contracts for the same property. However, such purchase contracts cannot be executed because the prior notice has a blocking effect.

2. The prior notice actually prevents the seller from encumbering the property afterwards with mortgages after the moment when the application for registration of the prior notice was filed with the land registry.

3. The prior notice is insolvency-proof. This means that a possible insolvency of the seller after the filing of the application for the prior notice with the land registry does not have any consequences on the execution of the purchase contract.

4. The prior notice impedes any exploitation of the plot of land by creditors of the seller, who apply for the registration of a security mortgage on the sold property based on an enforceable judgement after the application for registration has been filed in favour of the buyer with the land registry.

For the sake of completeness, I would like to add the following:

Apart from claims to the acquisition of ownership, claims to other rights in rem to real estate, for example a claim to the registration of a usufructuary right, can also be secured in the land register by prior notice. The registration has a so-called rank-preserving effect. This means that if the reserved right is registered later, it is given the same rank in the land register as the prior notice had initially, i.e. it is not given rank after the rights registered in the meantime.

V. Closing remarks.

I'd like to close my lecture by returning to the legal nature of the prior notice:

According to some commentaries on the BGB, the prior notice is a hybrid right. I do not share this opinion. Although this fact is certainly correct from the legal point of view, it does not adequately describe its function. I would prefer to describe the prior notice as a preventive legal instrument. It secures the purchaser who acquires property or another right against damages in the course of the settlement of the transaction under the law of obligations and guarantees contractual fulfilment. In the framework of the notariat, the prior notice is the most important legal instrument to ensure trouble-free and damage-free real estate transactions. In this way, it serves the interests of citizens, especially consumers. The prior notice relieves the courts and thus the state budget, and it strengthens social stability and peace.

Coblenz/ Berlin, 30th September 2021

МАТЕРИАЛЬНОЕ И КОЛЛИЗИОННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ В КОНТЕКСТЕ ОБНОВЛЕНИЯ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА БЕЛАРУСИ И УКРАИНЫ

Салей Е. А.

*к.ю.н., доцент, доцент кафедры гражданского права
Белорусского государственного университета
г. Минск, Республика Беларусь*

1. С начала 2018 года Гражданский кодекс Республики Беларусь, принятый в 1998 году, находится в режиме сквозного сущностного пересмотра, в рабочем варианте именуемым реновацией [1]. По истечении почти трех лет с момента представления на публичное обсуждение летом 2021 года проект Закона о внесении изменений в кодексы (далее – проект Закона об изменении ГК) представлен в Парламент. Одной из официально поставленных задач обновления ГК изначально определялась *унификация гражданского законодательства в рамках евразийской интеграции* [2]. Причем следует заметить, что данный вектор носит односторонне инициативный характер, поскольку не основан на разработанной концепции или общем

плане действий всех государств-членов ЕАЭС по гармонизации национального гражданского права.

Представленная для обсуждения концепция обновления Гражданского кодекса Украины в рамках работы по рекодификации гражданского законодательства нацелена на *гармонизацию частноправового регулирования, предопределенную ориентацией на европейскую интеграцию*, в том числе в части материального и коллизионного регулирования юридических лиц.

2. Анализируя Общую оценку гражданской кодификации 2004 г. и последующих изменений ГК Украины, предложенную разработчиками Концепции, обращает на себя внимание то, что «книга первая ГК Украины в целом сохранила стабильность: никаких изменений за все время действия ГК не было внесено в главы 1 и 2, что следует считать позитивом, учитывая, что именно в этих главах закреплены важнейшие положения, касающиеся гражданских отношений в целом и их видение разработчиками ГК Украины, начиная с определения гражданских отношений...». В сравнительном плане ст. 1 ГК Республики Беларусь «Отношения, регулируемые гражданским законодательством» оказалась одной из самых уязвимых с позиции обеспечения стабильности закрепляемых базовых положений. За период действия ГК в статью 1 десять раз вносились изменения, при этом ключевой вопрос об определении критериев отнесения отношений к гражданским так и остался не решенным (в том числе с учетом проекта Закона об изменении ГК).

Констатация множественности изменений норм ГК о юридических лицах, даже на уровне общих понятий и положений, характерна как для Беларуси, так и Украины. Так, статья 44 ГК Беларуси «Понятие юридического лица» шесть раз подвергалась изменениям. В статью 46 ГК «Коммерческие и некоммерческие организации», закрепляющую систему юридических лиц и ее содержательное наполнение, изменения вносились восемь раз.

Касательно юридических лиц, в Концепции обновления ГК Украины и Приложениях к ней выделены три ключевых направления совершенствования их материально-правового регулирования, являющимися актуальными и для Беларуси: закрепление закрытого перечня организационно-правовых форм юридических лиц, обеспечение единства правового

регулирования на основе Гражданского кодекса, идентификация публичных юридических лиц с установлением общих особенностей их гражданско-правового статуса.

3. Обратим внимание на то, что изначально перед Рабочей группой по реновации ГК Беларуси была поставлена задача создания закрытого перечня организационно-правовых форм юридических лиц. Предпринятая попытка [3] осталась безрезультатной, поскольку основывалась не на сущностной оценке и пересмотре, а на выборке действующего законодательства, и, с нашей точки зрения, при таком подходе изначально была обречена на неудачу. В представленном проекте Закона об изменении ГК (новая редакция ст. 46) сохранены пять из существующих ныне шести организационно-правовых форм коммерческих организаций: хозяйственные товарищества исключены как невостребованная практикой форма; при этом сохранены унитарные предприятия (государственные и частные) и государственные объединения с сопровождающими их рудиментарными институтами хозяйственного ведения и оперативного управления, а также крестьянские (фермерские) хозяйства. Устоявшаяся, не изменяемая с момента принятия ГК, видовая классификация хозяйственных обществ (открытые и закрытые акционерные общества, общества с ограниченной ответственностью и общества с дополнительной ответственностью), подвергаемая критической оценке в специальных источниках, сохранена. Предлагаемый перечень из десяти организационно-правовых форм для некоммерческих организаций остался открытым. Тем самым вопрос оптимизации и упорядочения субъектного состава гражданских отношений сохраняется. А наряду с вопросами конкуренции системной идентификации юридических лиц [4] и специфики национальной системы гражданского законодательства [5] актуализирует и вопрос о роли и значении ГК как основополагающего законодательного акта в сфере частноправового регулирования, призванного обеспечивать единство правового регулирования юридических лиц. Неготовность законодателя к концептуальным изменениям института юридических лиц распространяется и на проблематику юридических лиц публичного права [6].

4. Имеющиеся различия в организационно-правовых формах юридических лиц и их правовом статусе не препятствуют

развитию интеграционных процессов. Как показывает опыт функционирования ЕС, право юридических лиц государств-членов ЕС продолжает сохранять национальную идентичность в части организационно-правовых форм организаций – субъектов права. Единство организационно-правовых форм государствам оказалось проще реализовать путем внедрения наднациональных форм компаний, нежели посредством унификации национального права в этой части. ЕС избрал путь гармонизации отдельных положений, обеспечивающих эффективную и равную защиту участников оборота, что реализовано, в частности, относительно правил о предоставлении информации в регистрационный орган и юридической силе ее публикации, действительности обязательств обществ, недействительности общества [7].

Считаем, что в качестве ключевой задачи при обновлении законодательства о юридических лицах на национальном уровне следует рассматривать не стремление к унификации (как это официально заявлено), а создание внутренне согласованной, прозрачной и эффективной в работе системы юридических лиц, с ориентацией на интеграцию, международный опыт, но с учетом национальной специфики. Право юридических лиц как предмет гармонизации требует внимания, в первую очередь, с позиции обеспечения правовой безопасности трансграничного гражданского оборота, что на данном этапе развития интеграционных процессов возможно посредством обеспечения максимальной транспарентности в вопросах создания и деятельности юридических лиц [8].

5. В соответствии с Концепцией «отдельным направлением обновления украинской кодификации МЧП должно стать переформатирование текста Закона о МЧП в завершающую книгу модифицированного ГК Украины», что, на наш взгляд, является логичным и последовательным шагом в целях обеспечения полноценной частноправовой кодификации.

В Беларуси, в отличие от Украины, имеет место отраслевая кодификация МЧП. Общие положения МЧП, а также коллизионное регулирование для определения права применимого к гражданским отношениям осуществляется на основе норм, содержащихся в разделе VII ГК Беларуси «Международное частное право», который по своему наполнению весьма архаичен (с момента принятия ГК четыре раза

подвергался изменениям, которые не затрагивали существенных моментов коллизионного регулирования).

6. На примере коллизионного регулирования юридических лиц очевидно, что действующее коллизионное законодательство Беларуси явно не соответствует современным реалиям, не отражает региональных и мировых тенденций развития такого законодательства, отстает от развития национального материального права, что явилось основаниями для его существенного пересмотра.

И в этой связи с удовлетворением следует заметить, что сформулированные разработчиками Концепции обновления ГК Украины направления совершенствования коллизионного регулирования, в том числе такие как совершенствование инструментов балансирования между правовой определенностью и гибкостью коллизионных норм, расширение сферы применения «автономии воли», материализация коллизионного права, находят выражение и в проекте Закона об изменении ГК Беларуси в части коллизионного регулирования юридических лиц.

В проекте Закона об изменении ГК предлагается закрепить содержание личного статута юридического лица [10] (ст. 1112 проекта), тем самым устранив существенный проблем в действующем законодательстве, а также изменить подходы к определению права, применимого к договору о создании юридического лица с иностранным участием и к договору, связанному с осуществлением прав участника юридического лица (ст. 1127¹ проекта) [9].

Думается, обсуждение данных вопросов является актуальным и для Украины, даже с учетом последних изменений в Закон о МЧП от 17 июля 2021 года, расширивших коллизионное регулирование договорных отношений. В ст. 46 Закона закреплено право сторон корпоративного договора на выбор применимого к их отношениям права. Вместе с тем специальной формулы прикрепления при отсутствии такого волеизъявления не установлено, остался открытым вопрос и о пределах автономии воли с учетом содержания императивных норм права, применимого к юридическому лицу на основе личного закона, сфера действия которого в Законе Украины также не определена.

Новые положения о коллизионном регулировании корпоративных соглашений в проекте Закона об изменении ГК

Беларуси и их содержательное наполнение в совокупности с легализацией сферы действия закона юридического лица соответствуют общемировым современным тенденциям развития международного частного права и позволяют характеризовать совершенствование национального коллизионного законодательства о юридических лицах как сущностное, направленное на поддержку материального регулирования, обеспечивающее правовую определенность для участников гражданского оборота в части соотношения сферы действия личного закона юридического лица со сферами действия иных статутов, затрагивающих деятельность юридического лица, единообразность толкования сферы действия личного закона юридического лица.

Литература:

1. Салей Е. А Совершенствование гражданского кодекса: очередные изменения или реновация? Рекодифікація (оновлення) цивільного законодавства України: концепція, напрями, перспективи: збірник статей і тез: Х Міжнародны цивілістичны форум Київ, 2020. С. 41–44.
2. Об утверждении плана подготовки законопроектов на 2018 год: Указ Президента Респ. Беларусь, 10.01.2018. № 9. URL : https://pravo.by/upload/docs/op/P31800009_1515790800.pdf (дата обращения : 10.09.2021).
3. О внесении изменений в некоторые кодексы Республики. URL : http://forumpravo.by/files/nczpi_zakon_proekt_izmenenija_v_kodeksi.pdf (дата обращения : 10.09.2021).
4. Салей Е. А. Институт юридического лица в Гражданском кодексе Республики Беларусь: состояние и перспективы развития. Журнал Белорусского государственного университета ПРАВО. 2019. № 1. С. 23–31.
5. Салей Е. А., Ландо Д. Д. Гражданское законодательство Республики Беларусь: состояние и перспективы развития. 20 лет Гражданскому кодексу: взгляд в будущее: сб. статей Междунар. круглого стола, посвящ. 95-летию заслуженного юриста Респ. Беларусь, проф. В. Ф. Чигира, Минск, 5 нояб. 2019 г. / Белорус. гос. ун-т; ИППК судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции БГУ; редкол.: В. Н. Годунов и [др.]. Минск: РИВШ, 2020. С. 204–215.

6. Салей Е. А. Публичные юридические лица: понятие и критерии квалификации в качестве таковых. Правовое регулирование деятельности некоммерческих юридических лиц / С. М. Ананич [и др.]; под ред. С. М. Ананич. Минск: Белпринт: Бизнесофсет, 2015. С. 65–78.

7. Директива (ЕС) 2017/1132 Европейского парламента и Совета от 14 июня 2017 г., касающаяся определенных аспектов корпоративного права (кодификация). URL : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex %3A32017L1132](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32017L1132) (дата обращения: 10.09.2021).

8. Salei A., Tsarova L. Initiatives for renovation of Belarusian corporate law. East European Scientific Journal. 2021. № 1 (65). С. 41–47.

9. Салей Е. А., Царева Л. В. Совершенствование коллизионного законодательства о юридических лицах в свете реформирования Гражданского кодекса Республики Беларусь. Право. 2018. № 4. С. 18–22.

10. В рамках ЕАЭС содержание личного закона юридического лица определено только в ГК РФ. В странах ЕС сфера действия применимого к компании права легализована в Бельгии, Болгарии, Венгрии, Италии, Литве, Нидерландах, Польше, Чехии, Эстонии и ряде иных государств, при этом не является идентичной. Европейской группой экспертов по МЧП (GEDIP) разработан проект правил регулирования права, применимого к компаниям и другим учреждениям, в которых предлагается перечень вопросов, определяющих сферу действия применимого к компании права (ст. 5) // REGULATION X ON THE LAW APPLICABLE TO COMPANIES AND OTHER BODIES (3rd DRAFT) [Electronic resource] / European group for private international law // URL: <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2016/09/Societe-TxtSousGroup-1.pdf> (дата обращения : 10.09.2021).

ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ: ТЕНДЕНЦИИ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Ландо Д. Д.

*к.ю.н., доцент, доцент кафедры гражданского права
Белорусского государственного университета
г. Минск, Республика Беларусь*

Ориентиры для правового регулирования отношений в сфере интеллектуальной собственности, существующие в Республике Беларусь и Украине, различаются. В Республике Беларусь одной из целей подготовки проекта Закона Республики Беларусь, которым вносятся изменения в Гражданский кодекс Республики Беларусь, провозглашается унификация гражданского законодательства государств-членов Евразийского экономического союза. Концепция обновления Гражданского кодекса Украины (далее – Концепция) ориентирована на адаптацию законодательства к праву Европейского союза.

Несмотря на очевидную разницу в подходах, законодатели указанных государств ставят перед собой задачу учитывать потребности современного гражданского общества. Вместе с тем, предлагаются нетождественные варианты решения такой задачи.

Концепция предполагает определение новых объектов гражданских прав (например, автономные роботы, искусственный интеллект, цифровой контент). В Республике Беларусь имеет место весьма поступательное отражение в законодательстве факта существования искусственного интеллекта. Самым ярким примером является Декрет Президента от 21 декабря 2017 г. № 8 «О развитии цифровой экономики», согласно которому резидентам Парка высоких технологий было предоставлено право осуществлять деятельность в сфере искусственного интеллекта.

Положения об искусственном интеллекте планируют включить в Стратегию Республики Беларусь в сфере интеллектуальной собственности на 2021–2030 годы. Анонсируется, что появление систем искусственного интеллекта подрывает основы современного права интеллектуальной собственности,

основывающегося на таких понятиях как «автор» и «творческая деятельность». В главе 3 проекта указанной Стратегии фактически признается охраноспособность результатов, создаваемых искусственным интеллектом, в качестве объектов интеллектуальной собственности и ставится задача определить их правовую природу. По мнению разработчиков дополнительно возникнет необходимость пересмотра законодательно закрепленных понятий, таких как «автор», «композитор», «изобретатель», «права на объекты интеллектуальной собственности». Мы полагаем, что наиболее важным является установление лица, ответственного за применение созданных искусственным интеллектом результатов, и перечня прав, которыми законодатель готов наделить такого субъекта.

Понимая стремление украинских коллег отразить в Гражданском кодексе Украины развитие цифровых технологий, применение технологии искусственного интеллекта, отметим, что в Республике Беларусь продолжающийся процесс совершенствования Гражданского кодекса тоже предопределяется объективными факторами динамично развивающихся общественных отношений. При этом ряд белорусских цивилистов сходятся во мнении о том, что изменения в Гражданский кодекс не должны затрагивать его систему и структуру, влечь сущностные изменения его категориального аппарата, что является гарантией обеспечения стабильности гражданско-правового регулирования [1].

Концепция определяет еще одно направление обновления Гражданского кодекса Украины: конкретизация особенностей осуществления и защиты личных неимущественных прав создателя объекта интеллектуальной собственности. В Республике Беларусь обсуждалась необходимость совершенствования предлагаемой в Гражданском кодексе системы личных неимущественных прав автора [2]. Проблема заключается в том, что на уровне кодифицированного нормативного правового акта предлагается установить, что к личным неимущественным правам относится право авторства (право признаваться автором результата интеллектуальной деятельности), а также иные личные неимущественные права в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом и иными законодательными актами. Полагаем, что

предлагаемое решение по детализации одного личного неимущественного права на результаты интеллектуальной деятельности (права авторства) не способствует пониманию и корректному отражению существующей системы личных неимущественных прав. Поскольку на уровне иных законодательных актов (законов) содержится исчерпывающий перечень личных неимущественных прав конкретного субъекта, нужно либо отказаться от определения каких-либо личных неимущественных прав на уровне Гражданского кодекса, либо привести весь перечень, избегая отсылочных норм.

Концепция предусматривает конкретизацию содержания имущественных прав интеллектуальной собственности. В Республике Беларусь разработчики изменений в Гражданский кодекс считают достаточным раскрыть содержание имущественных прав указанием на то, что к ним относятся исключительное право, а случаях, определенных законодательными актами, также иные имущественные права. При этом даже примерный перечень иных имущественных прав в тексте Гражданского кодекса отражен не будет. В обосновании изменений приводятся следующие примеры: право на получение вознаграждения, право следования, право на получение патента.

В ряде случаев указанные выше различия в ориентирах для правового регулирования интеллектуальной собственности могут быть компенсированы за счет политики Республики Беларусь по заключению международных договоров на универсальном уровне. 22 октября 2020 г. для Республики Беларусь вступает в силу Марракешский договор об облегчении доступа слепых и лиц с нарушениями зрения или иными ограниченными способностями воспринимать печатную информацию к опубликованным произведениям. 15 апреля 2021 г. Беларусь присоединилась к Женевскому акту Гаагского соглашения о международной регистрации промышленных образцов 1999 г. Вместе с тем, следует учитывать активность Республики Беларуси и на региональном уровне (действие принципа регионального исчерпания права на товарный знак, географическое указание; легализованная возможность зарегистрировать товарный знак, знак обслуживания или наименование места происхождения товара одновременно на территориях государств-членов ЕАЭС

путем подачи одной заявки; поступательное движение к признанию охраны евразийских промышленных образцов на территории Республики Беларусь).

Уровень подготовки и обсуждения Концепции дает основания предполагать достижение высокого результата при обновлении Гражданского кодекса Украины. Гражданский кодекс Республики Беларусь подвергся сквозному сущностному пересмотру, который не может претендовать на уровень модернизации [3]. Республика Беларусь ожидает внесения изменений в Гражданский кодекс более 3 лет, однако обсуждение изменений с представителями научного цивилистического сообщества было осуществлено в весьма сжатые сроки.

Литература:

1. Годунов В. Н. Кодификация гражданского законодательства Республики Беларусь: состояние и перспективы. Юрычная навука і адукацыя ў Беларускім дзяржаўным універсітэце: гісторыя і сучаснасць: да 95-годдзя юрыдычнага факультэта : зб. навук. прац / рэдкал.: Т.М. Міхалёва (гал. рэд.) [і інш.] ; пад рэд. Т. М. Міхалёвай [і інш.]. Мінск : БДУ, 2020. С. 260.

2. Ландо Д. Д. Интеллектуальная собственность в контексте реформирования Гражданского кодекса Республики Беларусь. Гармонізація приватно-правового законодавства України із законодавством країн ЄС. Збірник статей і тез: Матеріали ІХ Міжнародного цивілістичного форуму, Харків 11–12 квітня 2019 рік. Київ.: ТОВ «Знання», 2019. С. 68.

3. Салей Е. А. Гражданское законодательство Республики Беларусь: состояние и перспективы развития. 20 лет Гражданскому кодексу Республики Беларусь: взгляд в будущее : сб. ст. Междунар. круглого стола, посвящ. 95-летию заслуженного юриста Респ. Беларусь, проф. В. Ф. Чигира, Минск, 5 нояб. 2019 г. / Белорус. гос. ун-т; ИППК судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции БГУ ; редкол.: В.Н. Годунов [и др.]. Минск : РИВШ, 2020. С. 204–214.

РОЗДІЛ 2. РЕЧОВЕ ПРАВО

ФІДУЦІАРНИЙ ФОНД: ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ВИДИ

Буяджи Г. В.

*д.ю.н., доцент, професор кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
заслужений юрист України
м. Київ, Україна*

1. Наприкінці 2020 року побачила світ Концепція рекодифікації цивільного законодавства, підготовлена групою вчених-цивілістів. Одним із принципових питань, що постало перед робочою групою, було уведення трасту або іншої трастоподібної конструкції у право України. Після тривалих обговорень було прийнято рішення про можливість уведення у право України *фідучіарного фонду*, що стане основою для «оновлення» існуючих фідучіарних правових титулів – довірчої власності та управління чужим майном. Пропонується, що під поняттям фідучіарного фонду розумітиметься *цільове майно (тобто визначеного метою)*, що передається в довірчу власність управителя або в управління іншій особі. Отже, результатом напрацювань робочої групи стала пропозиція уведення у право України нового поняття, яке наповнить конструкцію довірчої власності та управління майном абсолютно новим змістом та наблизить (за певних умов) до трастів, що успішно функціонують в інших країнах.

2. У зв'язку із наведеним виникла низка питань: 1) щодо співвідношення поняття фідучіарного фонду з поняттям цільового майна, що лежить в основі класичного англо-американського трасту та інших трастоподібних конструкцій, що існують у країнах континентального права, наприклад, фідучії, що діє у Франції та Молдові, та 2) щодо визнання трасту та трастоподібних конструкцій в Україні. Паралельно із цим перед членами робочої групи вкотре постало питання ратифікації Україною Конвенції про право, що застосовується до трастів та їх визнання, від 1 липня 1985 року (далі – Конвенція та/або Конвенція про трасти). Слід нагадати, що

Конвенція містить колізійні норми, які дають підстави для визнання трастів без обов'язкового уведення їх у національне право держави. Крім того, Конвенція про трасти створює передумови для визнання трастів як відокремлених цільових фондів, а також запроваджує уніфіковані правила до визначення права, що підлягає застосуванню до відносин, пов'язаних із передачею майна у траст або управління.

3. За задумом робочої групи, в Україні фідучіарний фонд повинен мати наступні ознаки. По-перше, фідучіарний фонд – є цільовою майновою масовою, відокремленою від власності довірчого власника або довірчого управителя. По-друге, можна говорити, що майно передається «під контроль» довірчого власника або довірчого управителя. Тільки у першому випадку фідучіарний фонд передається іншій особі у довірчу власність (тобто первісний власник втрачає право власності на передане майно), а у другому випадку – в управління (власником залишається первісний власник фідучіарного фонду). У будь-якому випадку «контроль» над фідучіарним фондом має бути достатнім та реальним, що означає можливість довірчого власника або довірчого управителя вирішувати юридичну долю речі (звісно, у межах, визначених договором про передачу фідучіарного фонду). По-третє, довірчий власник або довірчий управитель зобов'язані управляти фідучіарним фондом на користь вигодонабувача або з метою досягнення певної суспільно корисної мети згідно з умовами договору та вимог закону.

Отже, фідучіарний фонд може за певних обставин (залежно від того, як конкретно будуть виписані положення цивільного законодавства, які його регулюватимуть) стати основою для визнання довірчої власності та управління майном «аналогами трасту», які можуть потрапити під сферу дії Конвенції про трасти у разі її ратифікації Україною.

4. Умовно можна виділити кілька різновидів фідучіарного фонду:

1) фідучіарний фонд, що передається у довірчу власність (тобто при переході права власності від первісного до довірчого власника з одночасним припиненням права власності первісного власника на майном та виникненням обов'язків з управління майном на користь вигодонабувачів у довірчого власника);

2) фідучіарний фонд, що передається в управління іншій особі (тобто при передачі майна в управління довірчому власнику);

3) фідучіарний фонд, що передається у власність довірчого власника в забезпечення виконання зобов'язання первісним власником (або третьою особою).

Підкреслю, що даний поділ є вельми умовним, оскільки в усіх трьох наведених випадках фідучіарний фонд є цільовою майновою масою, тобто «просто» майном, яке на різних умовах і підставах передається від первісного власника до довірчого власника або управителя. І внаслідок такої передачі виникають різні за своєю правовою природою відносини, проте статус «цільової майнової маси» не змінюється.

5. Усе вищевикладене є лише роздумами над подальшими шляхами реформування речового права в Україні та залежить від того, що саме та як буде сформульовано у кінцевому результаті у тексті закону. Зі свого боку, я, підтримуючи ідею введення у право України поняття «фідучіарний фонд», залишаюся прихильницею підходу, що у праві України має бути введено єдиний фідучіарний інститут (який, наприклад, називатиметься траст або фідучія), який би міг би визнаватися аналогом трасту та виконувати його функції. Таким шляхом пішла Франція, Молдова, а також такий підхід свого часу ліг в основу DCFR (Принципи, дефініції та модальні правила Європейського приватного права).

ПЕРСПЕКТИВИ МОДЕРНІЗАЦІЇ РЕЧОВОГО ПРАВА

Довгерт А. С.

*д.ю.н., професор, професор кафедри міжнародного
приватного права Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
заслужений юрист України, член-кореспондент
Національної академії правових наук України
м. Київ, Україна*

1. Під час підготовки проекту Концепції оновлення Цивільного кодексу України (*Концепція*) численні питання *Речового права* викликали тривалі та найзапекліші дискусії серед членів урядової Робочі групи. Це й не дивно. Для цього було багато причин.

2. По-перше, під час кодифікаційних робіт на зламі століть ця сфера права зазнала «атак» різних політичних течій і наукових шкіл. Так, в результаті некомпетентного вторгнення у цю сферу начебто «реформаторів» від законодавців, проект ЦК України

1996–2000 років у цій частині був спотворений (наприклад, ліквідована сама назва книги «Речеве право», викреслена ціла глава «Загальні положення про речеве право», інститут *Володіння* із фактичного стану перетворився у речеве право, до невпізнанності змінилося поняття права власності тощо).

3. По-друге, незрозуміле для фахівців втручання продовжувалося й надалі. Наприклад, після прийняття ЦК України несподівано для всіх вносилися доповнення до відповідних статей кодексу щодо так званої «довірчої власності» без законодавчого пояснення суті цього інституту. Зрозуміло, що цей інститут лишився «мертвим» в Україні, він не працював навіть у сфері фінансування будівництва, заради якого він, начебто, був створений. Така ж доля спіткала і щойно запроваджений інститут довірчої власності у якості способу забезпечення виконання зобов'язання.

4. По-третє, найбільша сучасна законодавча трагедія, що полягала у прийнятті Господарського кодексу України (ГК України), також позначилася на сучасному «портреті» *Речового права*. Права оперативного управління та господарського відання залишали країну фактично «однією ногою в соціалізмі».

5. По-четверте, невідповідність вітчизняного *Речового права* ринковим відносинам та правовій традиції континентальної Європи уособлювалась не тільки реліктами опублічених речових прав – права оперативного управління та права господарського відання. Ця невідповідність стосувалася загального розуміння речі, майна й речових прав, їх системи та захисту, невизначеності щодо низки фактично існуючих «прихованих» речових прав тощо.

6. По-п'яте, вітчизняна приватноправова доктрина була найменш розвинута та найбільш віддалена від західних науки і практики саме у сфері *Речового права*. Пояснюється це тим, що увесь цей час країна знаходилася у «режимі розграбування». Проте, варто відмітити, що з часу набуття чинності ЦК України у цій ділянці проведено важливі дослідження всіма цивілістичними школами України (Р. Майданик, Г. Харченко, В. Цюра, С. Погрібний, В. Носік, В. Нагнибіда, Г. Буяджи, інші). Під час створення та вже після опублікування *Концепції* відбулися дуже важливі наукові заходи з обговорення проблем *Речового права*.

Серед них не можу не згадати, зокрема: Правові читання «Речове право: пріоритети та перспективи» (Київ, 22 березня 2019 р.); Матвеевські цивілістичні читання «Траст і трастоподібні конструкції: глобалізація та перспективи» (Київ, 6 листопада 2020 р.); Круглий стіл «Обговорення концепції оновлення Цивільного кодексу України: проблеми реформування речового права» (Львів, 31 березня 2021 р.).

7. В *Концепції* широкими «мазками» запропоновано 31 напрям рекодифікації *Речового права* (найбільша кількість пропозицій, враховуючи невеликий розмір Книги третьої). Ці напрями у майбутній новій структурі Книги можна розділити на дві групи: 1) шляхи оновлення двох наявних Розділів чинного ЦК (Право власності, Речові права на чуже майно 2) нові розділи і конструкції. До останніх віднесено фідучіарний фонд та загальні положення речового права. Не всі ідеї наведених цих розділів та конструкцій знайшли однозначне схвалення на пленарних засіданнях Робочої групи.

8. Приймаючи до уваги вищенаведене, на цій панелі заплановано для обговорення дві доповіді щодо нових розділів і конструкцій (загальна частина речового права та фідучіарний фонд). Третю доповідь хотілось би присвятити обґрунтуванню необхідності позбавлення реліктів опублічених речових прав. У наступних доповідях можна було б зупинитися на модернізації деяких існуючих положень вітчизняного *Речового права*.

9. Виходячи з цього, ми попросили виступити з відповідними доповідями шановних колег-цивілістів, як членів Робочої групи, так і представників найбільших наукових центрів країни – Львова, Одеси, Харкова.

РЕЧОВЕ ПРАВО: ЧИМ ЗАМІНИТИ ПРАВО ГОСПОДАРСЬКОГО ВІДАННЯ ТА ОПЕРАТИВНОГО УПРАВЛІННЯ?

Зубар В. М.

*к.ю.н., доцент, доцент кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»
м. Одеса, Україна*

1. Проблема речових прав державних юридичних осіб на майно завжди привертала увагу цивілістів. Драматичні дискусії 20-30-х років минулого століття породили велику кількість теорій і поглядів щодо цієї теми. В силу перш за все політичних та ідеологічних причин майже всі вони були в подальшому відкинуті і вже в 40-50-ті роки сформувалася нова концепція про те, що єдиним носієм права державної власності є держава, а майнові правоможності державних органів були названі новою юридичною категорією – поняттям права оперативного управління майном. Автором зазначеної концепції був А. В. Венедиктов і її основні положення були втілені у цивільне законодавство тодішнього Радянського Союзу та республік. Слід визнати, що до кодифікації запропонована конструкція оперативного управління піддавалася серйозній критиці з боку науковців. Наприкінці 80-х років у зв'язку з впровадженням госпрозрахункових відносин і розробкою законодавства про оренду державного майна для державних підприємств була запропонована конструкція «права повного господарського відання». Фактично на той час ці два титули були найпоширенішим правовими титулами щодо майна юридичних осіб. При цьому був відсутній детальний обсяг повноважень та обмежень прав юридичних осіб на майно за цими титулами. Більш того виникали вони на підставі адміністративного акту.

2. З переходом до ринкових відносин і формування нового цивільного законодавства України у 90-х роках минулого століття відпала низка чинників, які були необхідними умовами наявності квазіречових прав на державне майно. Це відмова від планового підходу, адміністративних методів управління, обмеження

відповідальності державних юридичних осіб (за певних виключень), тощо. Основною проблемою стало питання про цивільно-правовий статус держави та інших публічно-правових утворень (1) та правовий режим публічної власності (2). На мій погляд, перше питання є відправним пунктом для аналізу усього кола відносин, щодо державної та комунальної власності. Пережитком радянської правої системи залишилася конструкції державних (комунальних) юридичних осіб – невластників майна, яка перейшла в Господарський кодекс України.

3. Розробники діючого Цивільного кодексу України запропонували відому у багатьох країнах світу конструкцію юридичної особи публічного права. Фактично через зазначені юридичні особи держава (територіальні громади) мають можливість приймати участь у цивільному обігу. Слід визнати, що передбачена ЦК України категорія юридичної особи публічного права широко використовується у антикорупційному законодавстві, законодавстві про реєстрацію юридичних осіб, про органи державної влади, податковому законодавстві тощо. Парадоксальним є те, що запропонована в ЦК України правова конструкція юридичних осіб публічного права безпосередньо у цивільному законодавстві використовується з певними обмеженнями або фактично ігнорується. Наприклад, не зважаючи на умови ст. 329 ЦК України, яка передбачає, що юридична особа публічного права набуває право власності на майно, фактично ця норма не працює. Поки що застосування положень ст. 329 ЦК України є обмеженим, оскільки нині ГК України, інші закони передбачають закріплення майна за державними та комунальними підприємствами на праві господарського відання та праві оперативного управління (зокрема, статті 73–76, 78 ГК).

4. На думку Р. А. Майданика взамін цих квазіречових прав відповідні відносини мають регулюватися схожими за функціональним призначенням, але загальноновизнаними цивілізованими правопорядками речовими правами – правом узупинку, довгострокової оренди, управління, довірчої власності. При цьому сам Р. А. Майданик у своїх роботах схиляється до ідея фідусіарної (довірчо-правової) природи здійснення повноважень управління чужим майном у чужому інтересі. Отже, державні та комунальні унітарні підприємства

можуть розглядатися як фідуціари (управителі) у правовідносинах з управління публічною власністю, в яких фідуціантом (довірителем) виступають держава, або територіальна громада. Звідси випливає, що зазначені фідуціарні правовідносини діють у приватно-правовій сфері, але в публічних інтересах довірителя.

5. Розробники законопроекту № 6013 «Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період» у доповідній записці пропонують здійснити заміну квазіречових прав «право господарського відання» та «право оперативного управління» на зрозумілі та передбачувані приватноправові конструкції користування (оренди) та управління чужим майном. При цьому як компроміс пропонується зберегти на перехідний період існуючі квазіречові права. Розуміючи, що запропонований механізм є певним політичним компромісом, все ж таки хочеться висловити певне занепокоєння тією обставиною, що в наступні роки залишаться дві взаємовиключні моделі, більш того у цивільне законодавства буде імплементована (поновлена) стара радянська конструкція.

6. Усі запропоновані теорії («довірчої власності», «користування», «розділеної власності» тощо) виходять з протиставлення прав юридичної особи на майно правам держави (територіальної громади) на це саме майно, що фактично породжує проблему юридичних осіб – невласників майна. Слід зазначити, що в сучасній вітчизняній цивілістиці саме професор Р. А. Майданик запропонував найбільш обґрунтовану концепцію заміни квазіречових прав. Але все ж таки вважаю за доцільним зберегти та привести норми законодавства у відповідність до існуючого у ст. 329 ЦК України підходу щодо визнання права власності за юридичними особами публічного права.

7. Визнаючи юридичних осіб публічного права власниками майна, законодавець закріплює форму участі держави у цивільному обігу. При цьому існує великий набір правових інструментів, що дозволяє державі забезпечити збереження та ефективне використання цього майна. Це перш за все, всілякі обмеження, які можуть бути передбачені законодавством і статутом юридичної особи (значні правочини та правочини

з заінтересованістю, створення наглядових рад як органів, що формують волю та волевиявлення юридичної особи, погодження певних правочинів з іншими державними органами (наприклад, Фондом державного майна), заборона приватизації та відчуження певного майна, виключення певного державного майна з цивільного обігу, застосування до таких юридичних осіб правил законодавства про публічні закупівлі тощо). Створюючи для управління своїм майном юридичні особи публічного права і визнаючи за ними право власності, держава не позбавляє себе права власності на це майно на користь іншого суб'єкта, вона лише створює особливу форму своєї участі цивільному обігу. Лише у цивільному обігу держава виступає у вигляді юридичної особи публічного права, що визнається власником цього майна.

РЕЧОВІ ПРАВА НА ЧУЖЕ МАЙНО В КОНТЕКСТІ РЕКОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Коссак В. М.

*д.ю.н., професор, завідувач кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка,
заслужений юрист України
м. Львів, Україна*

1. Відхід від концепції абсолютності права власності диктували зміну та розширення переліку речових прав, який в сучасний період не може вважатися закритим. В ЦК України підкреслюється, що законом можуть встановлюватися інші речові права на чуже майно. Трактуючи це положення можна дійти до висновку, що перелік речових прав, визначений в ст. 395 ЦК України встановлюється законом, а не домовленістю учасників речових відносин.

2. *Володіння* є обов'язковим елементом виникнення права власності за набувальною давністю. Набуття права власності за набувальною давністю пов'язується з певними обставинами: добросовісність, відкритість, безперервність, що знаходить свій

вираз в конкретному юридичному факті (юридичному складі), що підтверджується правовстановлюючим документом. Для набуття права власності за набувальною давністю достатньо відкритості та безперервності володіння. Тому необхідно виключити з ст. 344 ЦК України вимогу «добросовісності».

3. В аспекті давнісного панування термін «володіння» слід розуміти як окреме суб'єктивне цивільне право у вигляді правомочності фактичного владарювання над річчю. Відмінність цього права від передбаченого Цивільним кодексом України «Права володіння», як речового права на чужу річ, полягає у відсутності належного титулу до настання обставин, визначених законом, які є юридичним складом набуття права власності за набувальною давністю.

4. *Сервітут*, як правова конструкція, надає можливість права обмеженого користування чужою річчю, допускаючи реалізацію окремих правомочностей, належних власнику щодо володіння та розпорядження. В цьому сенсі сервітут обтяжує абсолютне право власника на майно. Таким чином, встановлення сервітуту не позбавляючи власника речі суб'єктивного права володіти, користуватися та розпоряджатися річчю, обтяжує право власності, змістом якого є перелічені правомочності.

5. Власник житла може мати кілька житлових приміщень, проживаючи тимчасово в кожному з них, маючи водночас одне зареєстроване місце проживання. Члени сім'ї власника можуть проживати в одному з приміщень як разом з власником, так і у разі його відсутності. Останнє не повинно впливати на правовий режим особистого житлового сервітуту. Тому ч. 1 ст. 405 ЦК України доцільно викласти в такій редакції: «Члени сім'ї власника житла, які постійно чи тимчасово проживають разом з ним, мають право на користування цим житлом відповідно до закону».

6. Передання земельної ділянки, яка є предметом договору *суперфіцію* між власником і користувачем, на підставі укладення нового договору іншій особі повинно здійснюватися за згодою власника. Тому ч. 2 ст. 413 ЦК України доцільно викласти в такій редакції: «Право користування земельною ділянкою, наданою для забудови, може передаватися землекористувачем на підставі договору за погодженням із власником земельної ділянки».

Передання користувачем земельної ділянки, наданої йому на умовах суперфіцію іншій особі, зумовлює зміну його статусу як забудовника. Наслідком є внесення змін до дозвільної документації на об'єкт будівництва та декларацій. Враховуючи приведене необхідно внести зміни до ст. 415 ЦК України, доповнивши її частиною шостою в такій редакції: «Перехід права користування земельною ділянкою під забудову від суперфіціарія іншої особі після початку будівництва можливий за умов наявності (переоформлення) дозвільних документів у набувача на здійснення будівництва відповідного будівельного об'єкта».

7. Заборона передавання права користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб в заставу повинна стосуватися всіх випадків *емфітевзису* незалежно від виду власності земельної ділянки. Тому з ч. 3 ст. 407 ЦК України необхідно виключити словосполучення «передано у заставу». Натомість доповнити названу ст. 407 ЦК України частиною четвертою такого змісту: «Право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) не може бути передано в заставу».

ПЕРЕОСМИСЛЕННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ РЕЧОВОГО ПРАВА В УМОВАХ ЄВРОПЕЇЗАЦІЇ ТА РЕКОДИФІКАЦІЇ

Майданик Р. А.

*д.ю.н., професор, професор кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
академік Національної академії правових наук України
м. Київ, Україна*

Вступ

Право України потребує переосмислення загальної частини речового права в умовах європеїзації та рекодифікації на засадах методології європеїзації шляхом впровадження правових норм, формування правозастосовної практики і доктрини права, які забезпечують застосування речових прав відповідно до прийнятних для національного права європейських стандартів і

практик. Істотна зміна об'єктного складу і функціонального (сутнісного) розуміння речового права зумовлюють напрями модифікації вітчизняного речового права. «Транзитний» (перехідний) стан вітчизняного права від галузево-правового (поділ на галузі права – однорідні й комплексні) до дуалізму права (поділ права на приватне та публічне) характеризує фрагментарність і несистемність цивільно-правового регулювання в сфері речового права, що виявляється, зокрема, у відсутності повноцінної загальної частини речового права, визнанні зобов'язальними правами традиційних для європейського розуміння права забезпечувальних речових прав (застава, іпотека, притримання), наявності невідомих розвиненим європейським правопорядкам «опублічених» речових прав – право господарського відання і право оперативного управління.

Зазначеним зумовлена необхідність відмови від залишків радянськості і впровадження концепції регульованих речових прав, формування збалансованого співвідношення закритого переліку (*numerus clausus*) та відкритого переліку (*numerus apertus*) речових прав, системне впровадження широкого розуміння речі і переліку речових прав.

1. Пострадянськість і методологія європеїзації вітчизняного речового права

Вітчизняне право, в тому числі й речове право, загалом характеризує пострадянськість, що визнається як транзитний період між радянськістю та європейськістю, із властивими правовій системі пострадянськими правовими цінностями, судовою практикою і доктринальними дискурсами, які все ще є досить поширеними та стоять на заваді європеїзації національного правопорядку. Європеїзація положень вітчизняного речового права має на меті впровадження правових норм і формування правозастосовної практики, які забезпечують правову безпеку, гнучкість і захист речових прав відповідно до прийнятних для України загальновизнаних стандартів і найкращих практик у цивільно-правовому просторі Європейського Союзу.

2. Широке розуміння речі: визнання нематеріальних речей vs поширення правового режиму речі на майнові нематеріальні об'єкти

В умовах цифрового суспільства методологічну основу оборотоздатності майнових нематеріальних об'єктів становлять

два різні концептуальні підходи: перший передбачає визнання нематеріальних об'єктів різновидом речі; другий – поширення правового режиму речі, тобто прирівнення їх до речі.

За своїм змістом поширення правового режиму майна на майнові нематеріальні об'єкти, які входять до складу майна особи (дематеріалізовані види енергії – газ, електроенергія тощо, криптовалюта й інші віртуальні активи, майнові права, цінні папери, безготівкові гроші та інше нематеріалізоване майно), переважно передбачає виникнення, припинення та оборот таких нематеріальних майнових об'єктів відповідно до положень ЦК про речі, з певними винятками, зазначеними в законі.

За своєю юридичною природою поширення правового режиму майна на зазначені нематеріальні об'єкти покликане прирівняти їх до речей із застосуванням юридичного методу, який передбачає створення власного індивідуального правового режиму під кожний майновий нематеріальний об'єкт, що нерідко призводить до дублювання, правових колізій, прогалин і вимушеного застосування аналогії в праві при визначенні правового режиму зазначених нематеріальних об'єктів.

Існування різних неузгоджених із річчю правових режимів майнових нематеріальних об'єктів, які є частиною майна особи, зумовлює необхідність уніфікації поняття речі та правового режиму прирівнених до неї майнових нематеріальних об'єктів шляхом впровадження в ЦК України поділу речей на матеріальні (тілесні) та нематеріальні (безтілесні); останніми є речі, які сприймаються лише свідомістю, а не доступними людині почуттями, наскільки вони є складовими частинами майна особи.

Методологічно положення ЦК про нематеріальні (безтілесні) речі ґрунтуються на єдиному (уніфікованому), функціональному підході щодо розуміння речі як об'єкта цивільних прав, згідно з яким на будь-які майнові матеріальні і нематеріальні об'єкти, які є частиною майна особи і здатні перебувати в пануванні особи, поширюються всі положення ЦК про речі, якщо інше (тобто, винятки із загального правила) не передбачено в законі або не впливатиме із сутності об'єкта цивільних прав. Уніфіковане розуміння речі надасть можливість створити загальні правила щодо існування (присвоєння) та оборотоздатності всіх майнових об'єктів, які функціонально є речами з точки зору цивільного права, що сприятиме формуванню єдиного цивільно-правового простору речей.

3. Віртуальний актив як цифрова річ

Сучасний етап речового права характеризується появою нових видів «нематеріального» майна, які мають характеристики товару (віртуальні активи, криптовалюта, «віртуальна власність» («кібервласність») тощо), що ставить до порядку дня питання щодо їх природи та місця в системі об'єктів цивільного права.

Передбачене доктриною і законом України «Про віртуальні активи» розуміння віртуальних активів як нематеріального блага не адекватно відображає правову сутність цього об'єкту цивільних прав. Визнання віртуального активу майном, яке не є річчю і майновим правом, залишає без відповіді питання щодо правового режиму криптовалюти, зокрема існування та оборотоздатність цього об'єкту цивільних прав.

Криптовалюта є нематеріальним товаром, що існує лише у формі цифрового коду (запису) в системі блокчейн і характеризується особливою функціональною спрямованістю – використання як універсального засобу обміну, однак без можливості виконання функцій засобу платежу, має цифровий вираз вартості, який не випускається державним органом, але є оборотоздатним об'єктом права власності, який може передаватися, зберігатися або продаватися в електронному вигляді.

З огляду на їх оборотоздатність та функціональну спрямованість, на правовідносини, пов'язані з оборотом криптовалют доцільно поширювати правовий режим речових прав, віртуальні активи (криптовалюти) доцільно класифікувати як цифрову річ, яка є різновидом нематеріальної речі (*res incorporeales*), тобто речі, яка сприймається не доступними людині почуттями, а лише свідомістю.

При цьому заслуговує уваги визнання цифровою річчю особи також цифрового контенту, на який вона має право, обліковий запис електронної пошти, в мережі або інший онлайнний обліковий запис, на який вона має право.

4. Загальне розуміння речового права та співвідношення концепцій *numerus clausus* і функціонального (сутнісного) розуміння речових прав

Панування над річчю як майновим об'єктом є заснованою на автономії волі визначальною ознакою речового права, визначальним фактором для прогнозування перспектив речового права, незмінним в умовах постійного розширення сфери інтересів, які задовольняються через речові права. Властива

сучасному речовому праву тенденція до переходу від концепції автономії волі, визначеної законом, до концепції регульованих речових прав, ґрунтується на ідеї сутнісного (функціонального), а не формально визначеного законом розуміння речових прав. Концепція сутнісного (функціонального) розуміння речових прав передбачає визнання речовими правами як прямо визначених законом, так і непоіменованих у законі прав, які за своєю сутністю є речовими правами (так звані «приховані» речові права).

5. Принципи речових прав у контексті європеїзації та рекодифікації

Речовим правам властиві принципи абсолютності, слідування, визначеності законом переліку і змісту речових прав (*numerosus clausus*), переваги (старшинства), публічності. Однакове розуміння і дотримання принципів речового права у правозастосовній практиці потребує їх нормативного закріплення на рівні загальних норм (загальні положення про речові права) або спеціальних норм щодо окремих речових прав.

6. Впровадження принципу відносно відкритого (або відносно закритого) переліку речових прав

Актуальним є збалансоване впровадження у вітчизняне право принципу відкритого переліку речових прав (*numerosus apertus*) у вигляді принципу відносно відкритого (або відносно закритого) переліку речових прав, згідно з яким внесенню до державного реєстру прав на нерухомість підлягають не лише визначені законом речові права, але й інші права тієї самої природи, навіть якщо вони не зазначені в законі як речові права.

7. Впровадження принципу *superficies solo cedit*

Передбачений вітчизняним законодавством (ст. 120 ЗК України, ст. 377 ЦК України) принцип слідування юридичної долі земельної ділянки долі розміщеного на ній об'єкту нерухомості не відповідає вимогам вітчизняної практики і загальновизнаному у розвинених правовпорядках Західної Європи розумінню принципу *superficies solo cedit*.

Неефективність передбаченого у вітчизняному праві принципу єдиної долі земельної ділянки і споруджених на ній об'єктів нерухомості зумовлює актуальність впровадження визнаного країнами германського та романського типу права принципу *superficies solo cedit*, що ґрунтується на правилі прирощення. Згідно з цим правилом, у разі забудови земельної ділянки власником будівля перестає бути самостійним об'єктом прав, включається до

складу земельної ділянки і визнається її складовою частиною, що тягне за собою утворення єдиного майна, належного забудовнику на праві власності. У разі забудови земельної ділянки не її власником (орендарем чи суперфіціарієм) принцип прирощення не поширюється на споруджені на ній будівлі, які визнаються нерухомим майном внаслідок того, що основні властивості будівель не залежать від прав на земельну ділянку, а за забудовником визнається тимчасове право власності на споруджені ним будівлі в межах дії договору оренди чи суперфіцію. Із припиненням права оренди або забудови будівлі приєднуються до земельної ділянки і стають складовою частиною земельної ділянки, або визнаються майном, яке забудовник зобов'язаний демонтувати.

8. Визнання права забудови нерухомістю

Широке розуміння речових прав передбачає поширення речових прав на речі, майно, майнові права, над якими можливе встановлення правового панування.

На відміну від країн Західної Європи, право України дотримується вузького розуміння нерухомої речі. До нерухомих речей (нерухоме майно, нерухомість) належать земельні ділянки і розташовані на ній нерухомі об'єкти, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення (ч. 1 ст. 181 ЦК України).

Згідно з концепцією фікції права в країнах германського типу права (Австрія, Німеччина, Швейцарія) будівля стає складовою частиною не земельної ділянки, а обмеженого речового права забудови, прирівненого до нерухомого майна. Відповідно до концепції множинності об'єктів нерухомості європейських країн романського типу (Франція, Італія) до нерухомості відносяться: земельні ділянки, будівлі, інвентар, тварини, права тощо (статті 518, 520, 524 ЦК Франції).

З огляду на зазначений досвід європейських країн і тенденцію до широкого розуміння речі, заслуговує уваги ідея впровадження в ЦК України положень щодо визнання обмеженого речового права забудови нерухомим майном або прирівненим до нього, що тягне за собою застосування положень законодавства, які стосуються регулювання обороту нерухомості і внесення запису до державного реєстру речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень. Будівля, споруджена на підставі права забудови, визнається нерухомим майном. Припинення права забудови в імперативному порядку має

своїм наслідком приєднання будівлі до земельної ділянки і припинення права власності забудовника.

9. Тривала оренда для забудови земельної ділянки як обмежене речове право

Україна, як і європейські правопорядки романського типу права (зокрема, Франція, Італія), пішла шляхом визнання множинності об'єктів нерухомості, внаслідок чого має місце зближення правових становищ забудовників на підставі речового та зобов'язального права.

З огляду на значну цінність і тривалість відносин, поширення на тривалу оренду для забудови земельної ділянки основних принципів речового права, очевидно, має переважаюче значення для формування балансу інтересів орендаря та орендодавця, який таким чином отримує на тривалий час безпечного контрагента щодо майна, коло яких є порівняно обмеженим.

У зв'язку з цим заслуговує уваги поширення на тривалу оренду для забудови земельної ділянки правового режиму обмеженого речового права, у визначених законом межах, що відповідатиме потребам ринку і не порушуватиме балансу інтересів учасників цих відносин.

10. Система речового права

Систему речового права становлять загальні положення, речі, володіння, окремі види речових прав та публічний реєстр нерухомості. Загальні положення мають містити положення про поняття, принципи, захист і публічний (державний) реєстр нерухомого майна.

Речовими правами є право власності та обмежені речові права (тобто, речові права на чуже майно й інші речові права). Обмеженими речовими правами доцільно визнавати: право узуприбуття; право користування; право проживання; право забудови; право сервітуту; право фідучіарного управління чужим майном; речове право очікування; забезпечувальні речові права, включаючи заставу, іпотеку, притримання, переважне право на річ; інші права, яким законом надано такий характер.

Речові права в ЦК України доцільно регулювати положеннями окремої книги (Книга третя «Речові права») і послідовно закріплювати в окремих її розділах, а саме: загальні положення (Розділ I), речі (Розділ II), володіння (Розділ III), власність (Розділ IV), обмежені речові права (Розділ V), фідучіарний фонд (Розділ VI), державний реєстр нерухомого майна (Розділ VII).

ДЕЯКІ МІРКУВАННЯ ЩОДО ОНОВЛЕННЯ ПОЛОЖЕНЬ ЧИННОГО ВІТЧИЗНЯНОГО РЕЧОВОГО ПРАВА

Яроцький В. Л.

*д.ю.н., професор, завідувач кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, заслужений діяч науки і техніки,
член-кореспондент Національної академії правових наук України
м. Харків, Україна*

1. Аксіоматично, що одними з найбільш поширених у цивільному обороті об'єктів суб'єктивних речових прав є речі, гроші та цінні папери. У цивілістиці їх традиційно відносять до матеріальних об'єктів цивільних прав, розглядаючи як різновид матеріальних благ. Положення ст. 177 ЦК України визначають у якості однієї з основних категорій об'єктів цивільних (зокрема, речових) прав «речі, включаючи гроші і цінні папери». Наявне законодавче закріплення такого співвідношення основних категорій матеріальних об'єктів речових прав у такій редакції змушує вкотре наголосити на неприпустимості «включення» до складу речей таких самостійних об'єктів речових прав як цінні папери та гроші. У цьому аспекті в нормативних положеннях оновленого Цивільного кодексу варто втілити більш виважений та доктринально обґрунтований науковий підхід щодо визначення правового режиму речей, цінних паперів і грошей як об'єктів речових прав, що обґрунтовується наступним.

2. Загальновідомо, що правовий режим речей в Україні основною мірою визначений нормативними приписами речового права, закріпленими у положеннях Книги третьої чинного Цивільного кодексу України. Вказані положення забезпечують переважно правове регулювання статички правовідносин, що виникають стосовно більшості різновидів рухомих речей. Виключення становлять окремі види рухомих речей (наприклад, індивідуальні засоби самозахисту, мисливська зброя тощо), правовий режим яких припускає необхідність застосування додаткових положень, визначених нормативними приписами спеціального законодавства України. Разом з тим, положення

речового права в загальному масиві норм, що становлять нормативну основу механізму правового регулювання суспільних відносин, що виникають з приводу речей, відіграють важливу, але все ж не завжди домінуючу роль. Цей висновок обумовлений тим, що положення речового права є тільки частиною загального нормативного масиву, що забезпечує правове регулювання розглядуваних відносин.

3. Правовий режим цінних паперів, на відміну від порядку правового регулювання відносин, що виникають з приводу більшості рухомих речей, передбачає віднесення до положень, що становлять їх нормативну основу, поряд із нормами речового права і комплексу нормативних приписів, установлених актами спеціального законодавства України. При цьому регламентаційну основу механізму правового регулювання цієї групи цивільних відносин становитимуть положення актів як загального, так і спеціального законодавства України. Нормативні приписи, у яких закріплюються конкретні особливості правових режимів окремих видів і форм випуску цінних паперів, містяться переважно в актах спеціального законодавства України. Незважаючи на це, оновлений Цивільний кодекс України, як основний акт вітчизняного цивільного законодавства, повинен обов'язково містити перелік груп, видів і форм випуску цінних паперів. Причому цей перелік повинен бути відкритий, оскільки зі впливом часу може виникати потреба щодо випуску нових груп та видів цінних паперів.

4. Одна з особливостей правового режиму цінних паперів як об'єктів речових прав полягає в тому, що через різноманітність їх видів складно визначити коло норм, котрі поширюють свою дію на всю сукупність розглядуваних відносин. Це обумовлено тим, що встановлений для всіх різновидів обох можливих форм (як документарної, так і бездокументарної) випуску та обігу цінних паперів правовий режим припускає використання для регулювання досліджуваних відносин положень речового, зобов'язального і спеціального законодавства України. Зокрема, коло загальних положень (зокрема, положень речового права, закріплених у Книзі третій чинного Цивільного кодексу України), що поширювалися на всю їх сукупність, скоротилося із закріпленням у цивільному законодавстві України можливості

випуску та обігу бездокументарних цінних паперів. Порядок регулювання відносин у сфері випуску і обігу бездокументарних цінних паперів має істотні особливості. Вони проявляються в тому, що специфіка фіксації майнових прав шляхом випуску цінних паперів у бездокументарній формі не завжди дає змогу використовувати загальні, усталені, традиційні в розглядуваній сфері правового регулювання законодавчі підходи. Норми, положення яких стосуються бездокументарної форми випуску досліджуваних об'єктів речових прав, органічно доповнюють положення, що забезпечують загальний порядок правового регулювання, встановлений для документарних цінних паперів. З урахуванням зручності, практичності й заснованої на цьому перспективи їх використання в цивільному обороті цінні папери, випущені в бездокументарній формі, порівняно з документарними, мають суттєві переваги.

5. Одна із основних відмінностей правових режимів речей та цінних паперів, що визначає ці переваги, полягає в нормативному закріпленні тісної правової залежності форми і змісту цінного папера. Це визначає цілу низку характерних правових ознак, які впливають і на специфіку реалізації виражених у них майнових прав. Йдеться про їхню оборотоздатність, автономність прав носіїв речових прав на цінні папери, більш оптимальний, ніж у зобов'язальних правовідносинах, порядок розподілу фінансових (або інших майнових) ризиків. Важливу роль має також можливість застосування способів захисту, характерних для абсолютних правовідносин (наприклад, віндикації), і т. ін. Зазначене ще раз доводить доктринальну недоцільність беззастережного розгляду цінних паперів як різновиду речей і об'єкта речових прав.

6. Виходячи з аналізу положень речового права, закріплених на рівні чинного Цивільного кодексу України, цінні папери і гроші на законодавчому рівні не розглядаються як самостійні об'єкти суб'єктивних речових прав, оскільки віднесені до різновидів речей. Важливо зазначити, що в ст. 310 першої редакції проекту ЦК України був запропонований більш виважений вітчизняний законодавчий підхід до визначення співвідношення даних категорій матеріальних об'єктів цивільних прав. Відповідно до положень зазначеної статті у вказаній редакції «об'єктом речових

прав може бути рухоме і нерухоме майно тільки у вигляді речей (сукупності речей, цілісних майнових комплексів), цінних паперів і грошей». Така редакція наведеної норми давала можливість розглядати речі, цінні папери і гроші як окремі види майна і, як наслідок, визнавати їх окремими різновидами матеріальних об'єктів речових прав. З урахуванням всіх сучасних тенденцій формування положень речового права в оновленому Цивільному кодексі України варто обов'язково розмежувати нарешті правові режими відомої тріади основних об'єктів речових прав – речей, грошей та цінних паперів.

РОЗДІЛ 3.

РЕКОДИФІКАЦІЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

НОВІ ПІДХОДИ ДО ДЕФІНІЦІЇ ДОГОВОРУ БУДІВЕЛЬНОГО ПІДРЯДУ

Біленко М. С.

*к.ю.н., в.о. старшого наукового співробітника
відділу забезпечення інтеграції академічної та університетської
правової науки та розвитку юридичної освіти
Київського регіонального центру
Національної академії правових наук України
м. Київ, Україна*

Незважаючи на вражаюче зростання обсягів будівництва по всій країні, сучасний стан розвитку суспільства все ще характеризується як застійний. Глибока економічна криза, яка породжена політичними катаклізмами й сплеском COVID-19, стимулюють необхідність перегляду та оновлення нормативно-правових аспектів та відносин, які формуються під час реалізації договірних відносин в сфері будівництва. На жаль, у сучасних умовах існує значна кількість проблем та ризиків, пов'язаних з регулюванням взаємодії учасників будівництва. Однією з існуючих проблем є відсутність справедливого розподілу ризиків і відповідальності через неоднозначність правового статусу замовника будівництва як суб'єкта містобудівної діяльності та сторони договірних відносин.

Категорія цивільно-правового договору є, напевно, однією з найбільш досліджуваних у цивілістичній науці, однак і такою з приводу чого і сьогодні точаться гарячі дискусії та суперечки. Так, сьогодні положення щодо цілої низки договорів одночасно закріплені у статтях Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України, які далеко не завжди складаються в чітку та послідовну систему регулювання, що зумовлено відсутністю нормативного визначення самого

господарського договору й наявністю принципових розбіжностей між певними загальними положеннями про договір за ЦК та ГК України. Аналізуючи чинне законодавство та доктрину під цивільно-правовим договором можна вважати виражений у відповідній формі вольовий акт, який відображає в єдиному волевиявленні загальну волю суб'єктів договору, спрямовану на досягнення певних цивільно-правових наслідків (встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків).

Договір підряду був відомий ще римському приватному праву, в якому виділяли найм речей (*lokatio conductio rei*), найм послуг (*lokatio conductio operarum*) і найм роботи (підряд) (*lokatio conductio operis*). У даний час договір будівельного підряду є єдиною правовою підставою виникнення договірних зобов'язань у сфері будівництва. ЦК України розглядає договір будівельного підряду в якості виду договору підряду. Регулюванню відносин у сфері виконання робіт присвячено гл. 61 ЦК України, яка містить загальні положення про підряд загалом і про його окремі види, зокрема, § 3 гл. 61 ЦК України присвячений будівельному підряду, та гл. 33 ГК України стосується особливостей капітального будівництва.

Згідно з ЦК України сторонами договору будівельного підряду є замовник і підрядник, права і обов'язки яких аналізуватимуться нами у розділі 2 даного дослідження. Відповідно до п. 1 Положення про підрядні контракти у будівництві України замовником є учасник контракту, який визначає умови складання контракту, приймає закінчені роботи і здійснює розрахунки за них з підрядником. У свою чергу, підрядником є учасник будівництва, який зобов'язаний на свій ризик і за обумовлену ціну виконати передбачені договором роботи і передати їх замовнику у встановлені строки. Крім того, у відносинах будівельного підряду, зважаючи на тривалість, складність, а також значну вартість робіт, що виконуються, можуть брати участь і інші особи – інвестори, гаранті тощо.

Предметом договору підряду 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. Більшість авторів ототожнюють предмет і об'єкт договору. Вони вважають, що

предметом договору є в основному активні дії сторін: виконання відповідних робіт та отримання їх результату, передання товару у власність і його прийняття тощо. В. В. Вітрянський вважає, що предметом договору є дії (бездіяльність), які повинна вчинити (або від вчинення яких повинна утриматися) зобов'язана сторона [1, с. 22]. М. І. Брагінський називав предметом договору підяду виготовлення або переробку речі (обробку) та виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові [1, с. 47–48].

До цих пір неоднозначно ставляться вчені до проблеми співвідношення об'єкта і предмета договору будівельного підяду. Одні стверджують, що об'єкт необхідно розглядати як складову частину предмета відповідного договору, інші співвідносять об'єкт і предмет як загальне і окреме. У ЦК України немає окремої статті про предмет договору будівельного підяду. Висновок про його сутність і зміст можна зробити шляхом вивчення та аналізу тексту ст. 875 ЦК України.

Отже, аналізуючи всі наукові підходи до наведеної проблеми, можна підтримати позицію, відповідно до якої хоча робота та її результат у договорі будівельного підяду звичайно відокремлені у часі (спочатку виконується робота, а потім виникає її результат), однак вони тісно пов'язані між собою і складають єдиний предмет договору будівельного підяду. Робота, що виконується, передбачає певний результат, досягти якого неможливо без роботи, що йому передує. Таким чином, первинною є робота, що і виражено в термінології ЦК України: про роботу йдеться у всіх випадках, у той час коли результат згадується не завжди. Виходячи з цього, можна зробити висновок про те, що предметом договору будівельного підяду є виконання підрядником будівельних та інших робіт з переданням їх результату замовникові.

Водночас, визначаючи співвідношення об'єкта та предмета договору будівельного підяду як загального і окремого робимо висновок, що якщо предметом договору будівельного підяду є виконання підрядником будівельних та інших робіт з переданням їх результату замовникові, то об'єктом договору будівельного підяду виступає об'єкт будівництва, тобто будинки, будівлі, споруди будь-якого призначення, їх комплекси, лінійні об'єкти інженерно-транспортної інфраструктури.

В контексті наведеного, опираючись на власні попередні дослідження, пропонуємо у ч. 1 ст. 875 ЦК України відобразити характерні ознаки договору будівельного підряду, виклавши її у такій редакції: *«За договором будівельного підряду підрядник зобов'язується на свій ризик своїми силами і засобами збудувати і здати у встановлений строк об'єкт або виконати інші будівельні роботи відповідно до проектно-кошторисної документації, а замовник зобов'язується надати підрядникові будівельний майданчик (фронт робіт), передати затверджену проектно-кошторисну документацію, якщо цей обов'язок не покладається на підрядника, прийняти об'єкт або закінчені будівельні роботи та оплатити їх».*

Література:

1. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. «Статут», 2007. 1088 с.

ОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ДО ПРОБЛЕМИ НЕДІЙСНИХ ТА НЕУКЛАДЕНИХ ПРАВОЧИНІВ (ДОГОВОРІВ)

Борисова В. І.

*к.ю.н., професор, завідувач кафедри цивільного права № 1
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого,
член-кореспондент Національної академії правових наук України
м. Харків, Україна*

1. Цивільний кодекс України 2003 р. (далі – ЦК), для системи цивільного законодавства має основоположне значення. Він містить основні правила, згідно з якими здійснюється регламентація приватноправових за своєю природою відносин. Разом із тим в сучасних умовах ЦК потребує оновлення (рекодифікації), оскільки цивільне законодавство, як і будь-яке інше, не може претендувати на вичерпність правового

регулювання, цивільні відносини знаходяться у постійному розвитку, а тому не виключається можливість виникнення ситуацій, які або не охоплюються дією чинних правових приписів, але потребують правового упорядкування, або перегляду основних правил врегулювання. Не звертати увагу на це неможна. Тому ЦК потребує оновлення, а проблеми, які є актуальними, чекають упорядкування.

Так, актуальною залишається проблема недійсних правочинів (договорів), хоча науковці і приділяли і приділяють їй увагу. Достатньо зазначити, що її досліджували такі вчені, як М. М. Агарков, Ю. Г. Басін, М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський, В. С. Єм, О. О. Кот, Н. С. Кузнецова, Н. В. Рабінович, М. К. Сулейменов, Ю. К. Толстой, Д. О. Тузов, Б. Л. Хаскельберг, Ф. С. Хейфец, В. В. Ровний, В. П. Шахматов та багато інших, однак досягти однотайності у її вирішенні поки не вдається.

Останнім часом актуалізувалась і проблема неукладених правочинів (договорів).

2. Підтвердженням актуальності вищевказаних проблем є судова практика – рішення судів у конкретних справах, які містять правові зразки одноманітного та багаторазового застосування й тлумачення правових норм [1, с. 124]. Судова практика заповнює прогалини у правовому регулюванні, формує одноманітне розуміння правових приписів, впливає на формування єдиних правил поведінки тощо.

2.1. Аналіз судової практики щодо проблем, пов'язаних з недійсністю договору (правочину), дає можливість прийти до наступних висновків: недійсність покликана не допускати або прискіпати порушення цивільних прав та інтересів осіб або ж їх відновлювати.

Недійсним можна визнати лише договір як правочин на вимогу як однією із сторін договору, так і іншої заінтересованої особи, права та законні інтереси якої порушено вчиненням правочину. Між тим договір як документ, а також дублікат чи копії такого документу не можуть бути визнані недійсними [2]. Такий підхід узгоджується з положеннями ст. 16 ЦК, яка до способів захисту цивільних прав та інтересів відносить визнання правочину недійсним.

До недійсних договорів відноситься або нікчемний договір, або договір визнаний недійсним за рішенням суду. Нікчемним є

той правочин, недійсність якого встановлена законом і для визнання його недійсним не вимагається рішення суду (ч. 2 ст. 215 ЦК). Нікчемність правочину конструюється за допомогою «текстуальної» недійсності, оскільки вона існує тільки у разі прямої вказівки закону. З позицій юридичної техніки така пряма вказівка може втілюватися, зокрема, в термінах «нікчемний», «є недійсним».

За рішенням суду недійсним може бути визнаний так званий фраздаторний правочин. Термін «фраздаторний» не має нормативного визначення, але воно дається у висновку постанови Верховного Суду в складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 07 жовтня 2020 року в справі № 755/17944/18 (провадження № 61-17511св19). Виходячи з того, що однією із основоположних засад цивільного законодавства є добросовісність і дії учасників цивільних правовідносин мають бути добросовісними, тобто відповідати певному стандарту поведінки, що характеризується чесністю, відкритістю і повагою інтересів іншої сторони договору або відповідного правовідношення, не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. Звідси фраздаторний договір – договір, що вчиняється на шкоду кредиторам [4].

Слід зазначити, що судова практика виходить з того, що такий приватно-правовий інструментарій як ініціювання спору про недійсність договору (правочину) не для захисту цивільних прав та інтересів учасників цивільних відносин є недопустимим, він не повинен використовуватися учасниками цивільного обороту при вирішенні питань невиконання публічних обов'язків, звільнення майна з під арешту в публічних відносинах або створення преюдиційного рішення суду для публічних відносин.

2.2. Відносно визнання договору неукладеним судова практика виходить з того, що вимога про визнання договору неукладеним не є способом захисту особою свого особистого немайнового або майнового права та інтересу, який передбачений положеннями ЦК, не визначена відповідна вимога як такий спосіб і іншими законами України [5]. До того ж вимога про встановлення факту неукладення договору не призводить до поновлення порушених прав, така вимога не може бути предметом спору та самостійно розглядатися в окремій справі. Вимога про визнання договору

неукладеним є нічим іншим як встановленням факту, що має юридичне значення. Така правова позиція міститься у численних Постановах ВГСУ.

Існує і практика, коли судова інстанція відмовляє у виначенні договору як неукладеного. Так у постанові ВГСУ від 04 квітня 2012 р. у справі № 16/062-11 суд дійшов висновку, що договір оренди приміщення його сторонами виконувався; вказана обставина (виконання договору сторонами) виключає можливість визначення договору як неукладеного (такого, що не відбувся). При цьому суд посилався на те, що така правова позиція викладена і у постановах Верховного Суду України від 10.02.2009 у справі № 10/33/08 та від 25.06.2011 у справі № 7/221-09).

3. Зупинимось на тих положеннях Концепції оновлення Цивільного кодексу України (далі – Концепція) [6], які безпосередньо торкаються вищезначених проблем.

3.1. З метою оптимального та більш логічного структурування нормативного матеріалу стосовно конструкції договору Концепція виходить з того, що Розділ 1У Книги першої – «Правочини», а також Розділ П Книги п'ятої – «Загальні положення про договір» (ЦК має традиційну для України пандектну (німецьку) систему), потребують системних змін і суттєвих структурних новацій, уточнюючи, що це можливо виключно при позитивному вирішенні питання відносно виокремлення загальних положень про договір як одного з найважливіших і найпоширеніших правочинів.

З тим, що договір – правочин, важко не погодитись, однак який це правочин? Слід розрізнати такі поняття: правочин – юридичний факт, договір – юридичний факт, але – двосторонній (багатосторонній) правочин [7, с. 11–13]. Ми погоджуємося з тим, тим, що для сучасного поняття договору фундаментальною категорією є категорія домовленості (*consensus*), тобто договір – вираз двох зустрічних волевиявлень сторін, взаємна згода двох чи більше воľ [8, с. 57]. Проте, і правочин, і договір як юридичні факти породжують правовідношення, договір – договірне зобов'язання, а односторонній правочин – недоговірне.

3.2. Концепцією передбачено норми щодо поняття договору, його видів, а також форми договору, які містяться у ст. ст. 626, 633, 634, 635, 639 Розділу П Книги п'ятої ЦК, перенести до глави 16 Розділу 1У Книги першої ЦК, передбачивши в ній також і

положення про *недійсність* договорів, врахувавши рекомендації Проекту європейського приватного права (DCFR – глава 7 «Підстави недійсності» Книги П) та Принципи європейського контрактного права (PECL – розділ 4 – «Дійсність»). При цьому саме через положення про недійсність договору з урахуванням вимог розумності передбачається вирішуватися питання недійсності інших правочинів. Разом із тим змістовного наповнення положень про недійсність договорів не запропоновано.

3.3. Концепція виходить з необхідності розширення обігу нормативного регулювання переддоговірних відносин, з чим в цілому слід погодитися. Разом із тим, процес ведення переговорів не пропонується врегулювати у главі 16 Розділу 1 Книги першої ЦК, хоча не виключається, що при встановленні факту недотримання принципу добросовісності або конфіденційності під час процедури ведення переговорів з боку сторін, це може певним чином впливати на визнання укладеного договору недійсним з застосуванням заходів переддоговірної відповідальності. Переддоговірне правовідношення – волевиявлення сторін спрямоване на створення юридичного факту у вигляді укладеного договору. Волевиявлення – один з елементів фактичного складу укладеного договору, відсутність якого веде до визнання стану неукладеності договору. Волевиявлення повинно відповідати внутрішній волі суб'єкта, тобто повинно бути сформовано вільно.

3.4. В Концепції пропонується уточнити принципи, які віднесені до загальних засад цивільного законодавства (ст. 3 ЦК), зокрема принцип свободи договору сформулювати як принцип свободи правочину (§1.3, с. 8), хоча звертається увага на необхідність збереження положення про свободу договору (§5.30 глава «Підстави виникнення зобов'язання», с. 46).

Вважаємо це недоцільним, оскільки слід враховувати, що договір – це засіб правового регулювання. Зазначена категорія використовується для позначення правових явищ, які втілюються в інструментах (установах) та діях (технологіях), за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення соціально корисних цілей [9, с. 17]. Договір на відміну від правочину є тим правовим засобом, який дозволяє здійснювати як нормативне правове регулювання, встановлюючи

правила поведінки загального характеру, так і індивідуальне. Саме тому свобода договору визнана на рівні закону загальною засадою цивільного законодавства (ст. 3 ЦК), а на рівні доктрини - одним з принципів цивільного права [10, с. 27]. Ще І. О. Покровський називав цей принцип головною засадою цивільного права, одним із наріжних каменів усього сучасного цивільного устрою [11, с. 249–250], а видатний філософ права, професор Гарвардського університету і спеціаліст в галузі Договірної права Лон Льюїс Фуллер вважав договір законом у мініатюрі [12, с. 87].

Висновки:

1. Договір – двосторонній (багатосторонній) правочин.
2. Правочин і договір – юридичні факти. Як юридичні факти вони породжують правовідношення: договір – договірне зобов'язання; односторонній правочин – недоговірне зобов'язання.
2. Недійсний договір (правочин) і неукладений договір, не вчинений правочин – різні правові поняття. Неукладений договір – не є юридичним фактом. Тому в ЦК слід чітко визначитись з тим, за наявності яких умов договір вважається укладеним, а правочин – вчиненим, а також недотримання яким умов свідчить про неукладеність договору (правочину).

Література:

1. Загальна теорія права: підручник / [О. В. Петришин, Д. В. Лук'янов, С. І. Максимов, В. С. Смородинський та ін.] ; за ред. О. В. Петришина. Харків : Право, 2020. 568 с.
2. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 14 листопада 2018 року у справі № 161/3245/15-ц (провадження № 14-321цс18)] <https://verdictum.ligazakon.net/document/78192852>.
3. Категорія «недійсності» в судовій практиці. https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/prezentacia_nedijsnist_16_07_20_1.pdf.
4. Постанова Верховного Суду в складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 09 січня 2019 року у справі № 759/2328/16-ц (провадження № 61-5800зпв18)
5. Постанова Верховного Суду від 30 липня 2019 р. Справа № 907/804/17 <https://verdictum.ligazakon.net/document/83413044>.

6. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020, 128 с.

7. Сулейменов М.К. Недействительные сделки в Гражданском праве: Материалы междунаро. науч-практ. конф. в рамках ежегодных цивилистических чтений, посвященной 75-летию профессора Рольфа Книпера (г. Алма-Аты, 19-20 мая 2016 г.) / Отв. Ред. М. К. Сулейменов. Алма-Аты: НИИ частного права, 2017. 744 с.

8. Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. М.: Статут, 2006. 204 с.

9. Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юристъ, 2003. 250 с.

10. Цивільне право: підручник: у 2 т. (за ред. В. І. Борисова, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Х.: Право, 2014. Т. 1. 656 с.

11. Покровский, И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. 353 с.

12. Фуллер, Лон Л. Анатомія права. пер.з англ. Н. Комарова. К.: Сфера, 1999. 144 с.

ЕФЕКТИВНІСТЬ ЯК УМОВА ЗАСТОСУВАННЯ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ, ПРЯМО НЕ ПЕРЕДБАЧЕНИХ ЗАКОНОМ АБО ДОГОВОРОМ

Великанова М. М.

*д.ю.н., доцент, провідний науковий співробітник
відділу дослідження проблем взаємодії держави
і громадянського суспільства Київського регіонального центру
Національної академії правових наук України
м. Київ, Україна*

Зміна статусу інституту захисту цивільних прав в системі сучасного цивільного права, як і переосмислення підходів до його дослідження, відбулося після проведення кодифікації цивільного законодавства в Україні, що завершилася прийняттям у 2003 році

ЦК України. Зокрема, в ЦК України норми, що регулюють захист цивільних прав, розміщені в окремій главі – «Захист цивільних прав та інтересів», яка розпочинається ст. 15, де закріплюється право особи на захист порушеного, невизнаного або оспорюваного цивільного права чи інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства. Це створило передумови для вивчення питання про захист цивільних прав з позиції належного уповноваженій особі права на захист та дало поштовх дослідженням права на захист у матеріально-правовому значенні.

Стаття 16 ЦК України встановлює способи захисту цивільних прав та інтересів. Відповідно до ч. 1 ст. 16 ЦК України кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Перелік способів захисту прав та законних інтересів осіб визначено ч. 2 ст. 16 ЦК України.

На момент прийняття ЦК України ст. 16 містила надзвичайно прогресивну (якщо не революційну) норму, якою встановлювалося право суду застосувати інші, крім тих, що були прямо передбачені цією статтею, способи захисту: не тільки ті, що передбачені законом, а й ті, які були встановлені договором. Слід відмітити, що по завершенні пострадянської кодифікації цивільного законодавства у багатьох кодексах містилася вказівка на право суду застосувати інші способи захисту, але ті, які передбачені законом, як наприклад, це було встановлено ст. 12 Цивільного кодексу Російської Федерації. Натомість розробники ЦК України хотіли закріпити можливість встановити непоіменований спосіб захисту не тільки в законі, а й у договорі, надавши сторонам право самостійно обирати прийнятний спосіб захисту. За задумом авторів ЦК України, сторони, укладаючи договір, мали можливість, не обмежуючись визначеними законом способами захисту, передбачити ефективний, на їх думку, спосіб захисту прав у такій конкретній ситуації. Але на практиці ця ідея не спрацювала: укладаючи договір, сторони не заходили настільки далеко в управлінні договірними ризиками, щоб не тільки передбачити наслідки невиконання або неналежного виконання договору, а й мінімізувати їх, визначивши унікальний спосіб захисту. У кращому випадку, при укладенні договору

обмежувалися лише вказівкою на встановлені чинним законодавством способи захисту.

Не сприяла розвитку зазначеної ідеї й судова практика з питання застосування непоіменованих способів захисту, яка носила суперечливий характер. Наприклад, як зазначив Верховний Суд в аналізі практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України, у справах про спори, які виникають із договору підряду, де предметом позову є вимоги про зобов'язання відповідача (замовника) підписати акт здачі-приймання виконаних робіт і довідку про вартість виконаних робіт, одні суди м. Києва задовольняли такі позови, а інші – правильно відмовляли в їх задоволенні, указуючи, що такого роду способів захисту цивільних прав та інтересів ст. 16 ЦК не передбачає.

Подібне спостерігається в практиці вирішення судом позовів про визнання недійсними (незаконними, нечинними, скасування) відповідних документів (свідоцтв, актів, протоколів зборів у юридичних осіб тощо), зобов'язання передати майно в статутний капітал, припинення права власності у спільному майні (крім випадків, передбачених ст. 365 ЦК) тощо.

Така неоднозначна судова практика із застосування припису ч. 2 ст. 16 ЦК України дала поштовх негативній тенденції, що призвела до масових відмов у позовах у зв'язку з тим, що позивач, звертаючись до суду, обирав спосіб захисту, не встановлений законом або договором для захисту права чи інтересу, що порушене, невизнане або оспорюється.

Частково ситуація була виправлена у 2017 році, коли до процесуального законодавства, у тому числі й Цивільного процесуального кодексу України, були внесені зміни, які розширили можливості суду щодо захисту прав, свобод та інтересів осіб. У тому ж році, зокрема 3 жовтня, ч. 2 ст. 16 ЦК України була доповнена словами «чи судом у визначених законом випадках». Зараз ця норма звучить так: «Суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом чи судом у визначених законом випадках». Це покращило позиції осіб, що звертаються до суду за захистом свого порушеного права чи законного інтересу, оскільки таке правило спрямоване на реалізацію положень статей 55, 124

Конституції України і ст. 13 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – ЄКПЛ), відповідно до яких захист цивільного права має бути ефективним, тобто відповідати змісту порушеного права та характеру правопорушення, забезпечити поновлення порушеного права, а в разі неможливості такого поновлення – гарантувати особі можливість отримання нею відповідного відшкодування. Втім, досить гостро постало питання чи не призведе застосування судом способів захисту цивільних прав, що прямо не передбачені законом або договором, до порушення принципів змагальності та диспозитивності, коли суд фактично поставить позивача у переважне становище. Також потрібно вирішити чи достатньо закріплення в процесуальних нормах дискреції суду щодо визначення ефективного способу захисту, якщо закон або договір такого способу не встановлюють.

Концепцією оновлення Цивільного кодексу України [1, с. 8–9] у межах основних напрямів рекодифікації визначено, що уточненню підлягають формулювання глави 3 «Захист цивільних прав та інтересів», зокрема окремі положення ст. 16 ЦК України, яка закріплює загальні підходи до захисту цивільних прав та інтересів судом. Враховуючи зміни, які були внесені до Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) та Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) у контексті проведення судової реформи наприкінці 2017 року, положення зазначеної статті повинні бути уточнені у площині можливості застосування способів захисту, прямо не передбачених законом або договором. При цьому такі зміни повинні не просто повторювати відповідні положення ЦПК України та ГПК України, а враховувати останні тенденції розвитку приватного права щодо забезпечення особі права на застосування адекватних та ефективних способів захисту порушених суб'єктивних прав, як цього вимагає ст. 13 ЄКПЛ та практика її застосування Європейським Судом з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Відтак виникає потреба у визначенні такої умови застосування способів захисту цивільних прав, прямо не передбачених законом або договором, як ефективність.

Думається, що вирішуючи питання щодо ефективності того чи іншого способу захисту порушених прав, необхідно виходити з такого.

По-перше, враховувати не тільки співвідношення загальних та спеціальних способів захисту, а й вид порушення, специфіку правовідносин, можливість у такий спосіб реально відновити порушені права та інтереси особи.

По-друге, ефективним способом захисту прав буде такий, що забезпечить справедливий баланс між законними інтересами і правомірними очікуваннями однієї сторони і зустрічними їм інтересами другої сторони та третіх осіб. Дотримання цього балансу полягає в тому, щоб забезпечити задоволення вимог однієї сторони, не порушивши при цьому майнових прав та інтересів другої сторони та третіх осіб.

По-третє, у разі коли неможливо повністю уникнути шкоди, застосування такого способу захисту завдасть найменшу шкоду правам і законним інтересам сторін та третіх осіб.

Насамкінець хотілося б повернутися до питання про дискрецію суду щодо виходу за межі волі законодавця та сторін цивільних правовідносин при застосуванні способів захисту цивільних прав, що прямо не передбачені законом або договором. З внесенням змін у 2017 році до процесуальних кодексів та введенням норми, яка передбачає право суду захистити порушені права, свободи та інтереси осіб у спосіб, невизначений законом або договором, але такий, що є ефективним, виникло багато суперечок з приводу відповідності цього положення вимогам принципу диспозитивності.

Таке негативне сприйняття можливості застосування способів захисту цивільних прав, що прямо не передбачені законом або договором, пов'язане із неправильним тлумаченням відповідної норми. Стаття 5 ЦПК України, стаття 5 ГПК України, стаття 5 КАС України аж ніяк не закріплюють повноваження суду самостійно визначати ефективний спосіб захисту порушеного, невизнаного або оспореного приватного права чи інтересу за відсутності такої вимоги у позовній заяві. Системний аналіз чинного законодавства, зокрема ст. 16, 20 ЦК України, ст. 5, 12, 13, 81, 175, 263, 264 ЦПК України дає підстави стверджувати, що суд може застосовувати ефективний спосіб захисту цивільних прав, який прямо не передбачений законом або

договором, лише в разі, якщо має місце відповідне обґрунтоване звернення особи про застосування саме такого способу захисту порушеного права чи інтересу.

Як правило, таке звернення здійснюється у формі позовної заяви, яка відповідно до п. 4 ч. 3 ст. 175 ЦПК України повинна містити зміст позовних вимог, зокрема спосіб (способи) захисту прав або інтересів, передбачений законом чи договором, або інший спосіб (способи) захисту прав та інтересів, який не суперечить закону і який позивач просить суд визначити в рішенні.

Відсутність обґрунтування застосування способу захисту прав та інтересів, який не суперечить закону, як і відсутність конкретизації щодо самого способу захисту, є підставою для залишення позовної заяви без руху та відмови у судовому захисті. За власною ініціативою судом не може бути застосовано ефективний спосіб захисту права, якщо від особи, право якої порушено, не надійшло такого звернення.

Водночас, реалізуючи принцип переваги правосуддя та справедливості перед формальним розумінням права та виконуючи завдання судочинства щодо ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави, суд може роз'яснити учасникам цивільного процесу наслідки застосування того чи іншого способу захисту, його ефективність та належність, а також сприяти учасникам процесу в реалізації ними своїх прав та обов'язків.

Отже, ефективним способом захисту, на нашу думку, варто вважати такий, що реально відновлює порушені права та законні інтереси особи з урахуванням конкретних обставин чи гарантує можливість отримання відшкодування. Ефективність того чи іншого способу захисту (або навпаки – його неефективність) можна визначити лише з урахуванням конкретних обставин справи. Відтак, застосування судом ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного права, свободи чи інтересу особи, яка звернулася до суду, можливе, якщо: 1) закон або договір не визначають ефективного способу захисту; 2) особа звернулася до суду із заявою про застосування такого способу захисту; 3) ефективність такого конкретного способу захисту

доведена особою на підставі поданих або передбачених процесуальним законом витребуваних судом доказів.

Література:

1. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.

ЗАВЕДЕННЯ У ЦИВІЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ НОВИХ ПОІМЕНОВАНИХ ДОГОВОРІВ

Герц А. А.

*д.ю.н., професор, професор кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка
м. Львів, Україна*

Обґрунтованим вбачається імплементація до національного законодавства нових договірних конструкцій, які наразі відсутні у ЦК, але добре зарекомендували себе в цивільних кодексах інших держав.

Слід констатувати доцільність включення до ЦК України таких договірних конструкцій, як договір про надання туристичних послуг, договір про надання медичних послуг, договір персонального зберігання біологічних матеріалів в біобанку, договір про надання інформаційних послуг, договори ігрового ризику, договір про надання права на тимчасове користування приміщенням, брокерський договір тощо.

Договір про надання туристичних послуг. Недосконалість Закону України «Про туризм» і активний розвиток туризму призвів до необхідності розробки і прийняття нових правових актів, які регулювали б цивільно-правові відносини, що виникають у сфері надання туристичних послуг. Даний Закон став орієнтиром розвитку досліджуваного інституту цивільного права України, а не нормативним актом, який повинен комплексно регулювати окреслену сферу відносин. Загальні положення про надання послуг, визначені у ЦК України та в Законі України

«Про туризм», не в змозі забезпечити належне правове регулювання надання туристичних послуг через їх стрімкий розвиток та різноманітність. Відповідно, це все призводить до суттєвих розбіжностей судової практики.

За договором про надання туристичних послуг одна сторона (туроператор, який укладає договір безпосередньо або через турагента) зобов'язується надати за замовленням іншої сторони (туриста чи іншої особи) туристичні послуги, спрямовані на задоволення потреб туриста з метою оздоровлення, культурно-пізнавальною чи професійно-діловою цілями, а замовник зобов'язується оплатити їх.

Даний договір належить до договорів приєднання, є двостороннім, публічним, консенсуальним, оплатним.

Договір про надання медичних послуг. Цивільно-правовий договір про надання медичних послуг є підставою виникнення прав і обов'язків лікаря і пацієнта. Такий договір має термін чинності, визначає права і обов'язки сторін, базується на приватній автономії сторін, є формою опосередкування відносин між лікарем і пацієнтом, уможливорює договірну цивільну відповідальність лікаря (медичного закладу). Цим пояснюється необхідність впровадження нормативного регулювання цього типу договору в Цивільний кодекс України.

Здійснення операції чи медичної маніпуляції іншим фахівцем без згоди пацієнта – сторони договору, вважається порушенням умов останнього.

Вважаю, що договір про надання медичних послуг – це домовленість, згідно якої одна сторона (виконавець) зобов'язується надати відповідну медичну послугу за зверненням іншої сторони (пацієнта), спрямовану на відновлення та підтримання стану його здоров'я, а пацієнт зобов'язується сплатити за неї грошову суму, визначену в договорі.

Договір про надання медичних послуг є публічним, консенсуальним, оплатним, двостороннім.

Пропоную визначення медичної послуги як визначену в договорі дію чи комплекс дій послугодавців, спрямованих на діагностику, лікування або профілактику лікування захворювання, яке є самостійним виокремленим об'єктом і має вартісну оцінку.

Договір персонального зберігання біологічних матеріалів в біобанку. В процесі реалізації Національної стратегії реформування системи охорони здоров'я в Україні на 2015–2020 р. р. прийняття Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» докорінно змінило концептуальні підходи законодавця до питань використання анатомічних матеріалів людини для трансплантації та виготовлення біоімплантів.

За договором персонального зберігання біологічних матеріалів в біобанку установа (управитель) біобанку (виконавець) зобов'язується за плату надати послуги щодо зберігання біологічного матеріалу фізичній особі, від якої він був отриманий (замовника) на підставі добровільної поінформованої письмової згоди та зобов'язується на вимогу цієї особи повернути біологічний матеріал в стані, який придатний для подальшого особистого або родинного некомерційного використання і забезпечувати протягом дії договору належний захист персональних даних замовника.

Прийняття біологічного матеріалу на зберігання у складі біобанку посвідчується сертифікатом (паспортом зразка), який має містити його якісні та кількісні характеристики.

У випадку із зберіганням біологічного матеріалу дитини – є договором на користь третьої особи. Визначено правову природу договору персонального зберігання біологічного матеріалу, як договору про надання послуг. Послугою є зберігання біологічного матеріалу для особистого (сімейного) некомерційного використання.

Даний договір є двостороннім, консенсуальним, оплатним, договором приєднання, алеаторним, фидуціарним, строковим.

Договір про надання інформаційних послуг. Пропоную даний договір віднести до самостійного виду договорів про надання послуг, за яким одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати інформаційну послугу, яка отримується у процесі здійснення інформаційної діяльності з пошуку, отримання, зберігання та надання інформації, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором.

Інформація як об'єкт є нематеріальним благом. Даний договір укладається найчастіше щодо відкритої інформації, відповідно виконавцем є володілець певного інформаційного ресурсу або особа, що має право на надання доступу до інформаційного ресурсу. Даний договір є двостороннім, консенсуальним і оплатним.

Договори ігрового ризику. Договір, згідно якого (однією стороною) отримано, а (іншою стороною) погоджено зобов'язання відносно сподівання на ще невідому користь, є договором, заснованим на ризику.

До видів договорів ігрового ризику належать: парі, договір гри з ризиковим результатом, договір розіграшу лотереї. Дані договори є алеаторними договорами; оплатними; договорами приєднання.

1) **Договір парі.** За договором парі кожна із сторін (учасники парі) зобов'язуються перед іншою виплатити певну грошову суму, надати послугу, виконати роботу, передати певну річ, якщо її твердження відносно певної обставини виявиться невірним (сторона, що програла), а твердження іншої (тієї, що виграла) сторони – правильним. Якщо сторона, що виграла, була впевнена відносно результату (парі) і перед іншою стороною про це промовчала, то вона є винною перед іншою стороною в обмані, а парі – недійсним.

2) **Договір гри з ризиковим результатом.** Згідно договору гри з ризиковим результатом одна сторона (організатор гри) повинен сплатити грошову суму особі, яка виграла (гравцю) під випадкову обставину в обмін на внесену ним ставку до призового фонду на умовах, визначених та погодженими сторонами правилами гри. Гравець має право виявляти свою волю на участь у грі, а не змінювати умови гри, порядок виплати виграшу тощо.

3) **Договір розіграшу лотереї.** За договором розіграшу лотереї одна сторона (організатор) зобов'язується безоплатно передати у власність іншій стороні (гравцеві) приз у разі визнання такого гравця переможцем за випадковою вірогідністю відповідно до умов проведення розіграшу лотереї.

Договір про надання права на тимчасове користування приміщення. За договором про надання права на тимчасове користування приміщенням одна сторона (власник), за умови

сплати вартості всієї ціни, надає або зобов'язується надати другій стороні (споживачу) на строк не менше трьох років право на користування приміщенням протягом визначеного періоду часу в році, але не менше ніж на 7 днів. Дане право може полягати в можливості вибору приміщення для користування із комплексу декількох об'єктів нерухомості або його частини.

Нерухоме майно – це будь-яка споруда або частина споруди, призначене для використання в якості приміщення, до якого належить право, яке є предметом договору.

Договір про надання права на тимчасове користування приміщенням укладається в письмовій формі.

Брокерський договір. Згідно брокерського договору одна сторона (брокер) зобов'язаний здійснити дії фактичного та юридичного характеру, вчинені від свого імені або від імені другої сторони (принципала) в його інтересах, з компенсацією брокеру усіх витрат та винагороди.

Особа, яка обіцяє виплатити брокерську винагороду за надання можливості укласти договір або за посередництво в його укладенні, зобов'язана виплатити винагороду лише тоді, якщо договір буде укладений за посередництвом брокера.

Якщо розмір винагороди не встановлений, то погодженою слід вважати винагороду за встановленими цінами, при відсутності цін - звичайна винагорода.

Брокерський договір належить до групи цивільно-правових договорів про надання послуг.

Основним критерієм для включення вище зазначених договорів, очевидно, слід вважати їхню поширеність у цивільному законодавстві країн ЄС, зважаючи на необхідність гармонізації законодавства України з нормами європейського приватного права.

УЗГОДЖЕННЯ ПОЛОЖЕНЬ СТАТТІ 625 ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ ДО НОРМ ПРО «ЗАКОННІ ПРОЦЕНТИ» В КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Голубєва Н. Ю.

*д.ю.н., професор, завідувач кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»,
заслужений юрист України
м. Одеса, Україна*

Питанню протидії простроченням платежів багато приділяється уваги в ЄС, адже це є дуже важливим не тільки для контрагентів, а й для економіки країни в цілому, а самі засоби протидії прострочці платежів мають бути справедливими, як до кредитора так і до боржника, ефективними та швидкими.

Для відновлення прав кредитора є декілька шляхів: 1) відшкодування збитків; 2) стягнення неустойки. Крім того, у ЦК міститься окрема норма про відповідальність за грошовими зобов'язаннями – ст. 625. Не дивлячись на те, що в проекті ЦК України у дужках ці проценти були названі як неустойка, однак судова практика пішла іншим шляхом та допускає їх одночасне нарахування із неустойкою та вважає окремим способом захисту.

Виникає несправедлива ситуація коли за одне й те ж порушення – прострочку оплати боргу – застосовується дві санкції. Особливо несправедливо таке положення виглядає у судових справах щодо порушення кредитних договорів, в яких, як правило, передбачені великі розміри неустойки.

Коли у 2003 році був прийнятий ЦК, нам здавалось очевидним, що ст. 625 ЦК має на увазі «законні проценти», що стягуються, якщо неустойка сторонами не передбачена. Такі проценти традиційно передбачені у законодавствах інших країн та останнім часом узгоджені із Директивою 2000/35/ЄС, в якій передбачалось, що рівень відсоткової ставки за прострочений платіж має бути сумою відсоткової ставки, що застосовується Центральним Європейським Банком (далі – ЄЦБ) та щонайменше 7%). При наявності вини боржника – можна стягнути додаткові збитки. Названу Директиву замінила Директива 2011/7/ЄС. В ній визначається передбачений

законом відсоток за прострочення платежів, що дорівнює сумі ставки-орієнтиру та щонайменше 8 % [1].

Законодавства європейських країн про зобов'язання, як правило, передбачають встановленні «законні» проценти чи «проценти за замовчуванням»: 1) за користування коштами (що відповідають відсоткам передбаченим у ст. 536, 1048, 1057 ЦК); 2) за допущену прострочку виконання грошового зобов'язання (що мають ті ж функції як й відсотки передбачені у ст. 625, 549 ЦК). Такі висновки зроблені на основі аналізу цивільних норм Франції, Німеччини, Австрії, Румунії, Бельгії, Італії, Португалії, Польщі, Швеції, Фінляндії, Швейцарії, Нідерландів, Мальти, Принципів УНІДРУА, які ретельно були проаналізовані з досліджуваного питання [докладно див.: 2]. Всі ці нормативні акти схожі в одному: якщо є прострочка платежу, мають бути виплачені проценти, які передбачені договором (під назвою «відсотки з простроченої суми» чи проценти), якщо такі не зазначені – у розмірі встановленому в законі, якщо така норма є.

Як правило, в проаналізованих законодавствах проценти за прострочку є способом компенсації збитків з можливістю стягувати додаткові втрати, які не покриті процентами. Також ці законодавства не допускають одночасне застосування законної процентної ставки та неустойки.

Вважаємо абсолютно несправедливим нарахування поряд із неустойкою 3 % річних, оскільки і одне, і інше нараховується на прострочений борг. Тут маємо дві різні ситуації. По-перше, для кредитних договорів, чи інших в яких є умова про сплату неустойки, це перетворилось в ще один рядок нарахувань на борг (проценти за користування капіталом + неустойка + 3 %). По-друге, для договорів, в яких сторони не передбачили неустойку, ця норма не має взагалі ніякого стимулюючого ефекту, оскільки 3 % річних на прострочений борг мізерна сума, що ні яким чином не переконує боржника виконати зобов'язання. Це фактично безоплатне (з урахуванням рівня інфляції в Україні) користування чужими коштами.

В проаналізованих законодавствах інших країни ми бачимо економічно обґрунтовані розміри процентів за прострочення платежу, що більш менш відповідають тим процентам, які б

виплатив боржник, якщо б взяв кредит в банку для своєчасної сплати своєму контрагентові.

Пропозиції: «Стаття 625. Наслідки прострочення виконання грошової вимоги.

«1. Будь-яке прострочення платежу за зобов'язанням тягне нарахування процентів під час невиконання зобов'язань».

Пояснення. Концепцію «відповідальності» пропонується замінити та

концепцію «нарахування процентів в незалежності від того, чи відповідає боржник за прострочення».

«2. Якщо допущено прострочення платежу, незалежно від того, чи відповідає боржник за невиконання зобов'язання, боржник на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення незалежно від того, чи відповідає боржник за невиконання зобов'язання».

Пояснення. Щодо інфляційних втрат запропоновано сприйняти концепцію окремого способу захисту, що неодноразово обґрунтовувалось в судовій практиці і є економічно обґрунтованим.

Пропонуємо відмовитись від терміну «грошове зобов'язання» (яке практично не зустрічається в інших країнах, а, як правило, йдеться про «грошову заборгованість, «грошову вимогу», «прострочку платежів»).

Також пропонується положення про проценти річних винести в окремий пункт.

«3. Якщо допущено прострочення платежу, незалежно від того, чи відповідає боржник за невиконання зобов'язання, боржник на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу та проценти річних від простроченої суми з моменту настання терміну платежу до моменту сплати. Розмір процентів визначається розміром облікової ставки Національного банку України, що діяла у період, за який сплачуються проценти, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом.

Розмір процентів, які передбачені договором, може бути зменшений за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне

значення, але не менше ніж до суми, визначеної виходячи із ставки, зазначеної в абзаці першому цієї частини».

Пояснення. Користування чужими коштами внаслідок їхнього неповернення в певний термін, неправомірного утримання, безпідставного отримання або заощадження за рахунок іншої особи має тягти сплату процентів на суму цих коштів як за фактично наданий боржнику кредит у вигляді можливості користуватися несплаченими чи неповерненими коштами.

Ставка за банківськими вкладами чи за короткостроковим кредитуванням першокласних позичальників (за прикладом інших країни) не підходить для нас, оскільки ст. 625 передбачає можливість стягнення інфляційних збитків, а до банківських процентів як правило входять суми очікуваної інфляції. Більш прийнятним є підхід Директиви 2011/7/ЄС (базова ставка + певний процент).

Але ми не пропонуємо поки збільшувати розмір процентів за рахунок додавання до облікової ставки додаткових процентних пунктів як це передбачено Директивою 2011/7/ЄС. До цієї думки мають звикнути і громадськість і наукові кола.

Хоча справедливість такого збільшення очевидна – отримати кредит з процентною ставкою на рівні облікової ставки НБУ неможливо, а тому все рівно боржник «виграє» від того, що виплачує із запізненням грошові кошти, а не перекредитується в іншого кредитора. Для порівняння станом на вересень 2021 року облікова ставка НБУ дорівнює 8,5 %, а отримати кредит у банку можна під 14-30%. Навіть вирахувавши інфляційні проценти ми отримаємо набагато вище процент ніж облікова ставка.

Тому цей пункт може мати більш справедливий та економічно обґрунтований зміст щодо розміру процентів щодо комерційних операцій та запропонований абз. 1 ч. 3 цієї статті може бути доповнений наступним реченням: *«...Для оплатних зобов'язань між суб'єктами підприємницької діяльності та за участі державних органів влади розмір процентів визначається розміром облікової ставки Національного банку України, що діяла у період, за який сплачуються проценти, збільшеної на 4 процентних пунктів, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом...».*

Щодо процентної ставки для зобов'язань, які виражені в іноземній валюті, судова практика може скористатись підходом Директиви 2011/7/ЄС та тлумачити відповідні норми виходячи із ставки національного банку країни походження валюти. Чи можна чітко встановити відповідний розмір процентів як у румунському законодавстві. Розмір цієї ставки має бути економічно обґрунтований окремо, не в рамках цього дослідження.

«4. У разі, коли угодою сторін передбачена неустойка за невиконання або неналежне виконання зобов'язання, передбачені частиною третьою цієї статті проценти не підлягають стягненню».

Пояснення. Цією нормою ми вирішуємо питання співвідношення процентів річних за ст. 625 та неустойкою, що не вирішено в ЦК та веде до надмірного тягара на боржника, що покладається за однією і тією ж підставою (прострочення оплати грошового боргу) та економічно необґрунтовано.

«5. Кредитор також може стягнути збитки, що перевищують суму процентів, які нараховані за правилами цієї статті (включаючи інфляційні втрати)».

Пояснення. Цією нормою ми вирішуємо питання співвідношення процентів річних за ст. 625 та збитками, що не вирішено в ЦК (є тільки норми про співвідношення неустойки та збитків) за моделлю залікової неустойки. Ця модель є найбільш вживаною на міжнародному рівні. Проценти за ст. 625 ЦК – спосіб відшкодування збитків, тому мають враховуватися при вирішенні питання про стягнення збитків.

В наведених вище законодавствах інфляційні збитки не згадуються окремо, а є частиною збитків. Але оскільки можливість стягнути інфляційні збитки згадана у нас окремо, вважаємо за потрібне зменшити суму збитків на нараховані окремо інфляційні збитки.

Література:

1. Директива 2011/7/ЄС Європейського Парламенту та Ради ЄС від 16 лютого 2011 року про протидію простроченню платежів в торгових операціях. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_45881

2. Голубева Н.Ю. Вдосконалення правового регулювання процентів річних за ст. 625 ЦК України // Рекодифікація цивільного законодавства України в умовах євроінтеграційних процесів : монографія / кол. авт.: Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, Н. Ю. Голубева та ін. Київ : Норма права, 2020. С. 82–101.

ОСНОВНІ НАПРЯМИ МОДЕРНІЗАЦІЇ СУЧАСНОГО ДОГОВІРНОГО ПРАВА

Гриняк А. Б.

д.ю.н., професор, заступник директора

Київського регіонального центру

*Національної академії правових наук України з наукової роботи,
член-кореспондент Національної академії правових наук України
м. Київ, Україна*

У сучасних умовах в Україні прискорення економічних реформ не в останню чергу залежить від змісту та якості правового регулювання відносин, що виникають у цивільному обороті. На подальший розвиток цивільно-правових норм в умовах зростаючого товарного обігу мають глибокий вплив договірні правовідносини, що зумовлено інтеграцією ринків України та країн-членів Європейського Союзу. Більше того нинішнє перманентне реформування договірного законодавства, яке спричинило створення великого, а подекуди безсистемного, нормативного масиву регулюючих норм не сприяє належному регулюванню приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні.

У процесі входження України у правовий простір ЄС притаманною саме Україні є проблема усунення дублювань та розбіжностей, які існують у регулюванні договірних відносин за Цивільним і Господарським кодексами та іншими актами законодавства України. Пріоритет тут має надаватись положенням Цивільного кодексу України.

Має бути проведена велика робота з оновлення масиву нормативно-правових актів у сфері цивільного законодавства щодо його застосування в договірній та судовій практиці, зокрема концептуальних для інституту договірного права «підходів» потребують:

- розуміння щодо кваліфікації цивільних відносин, що виникають із договору як юридичного факту, його регулятивного характеру;

- істотних умов договору (їх перелік у спеціальному законодавстві інколи становить понад 20 обов'язкових умов);

- доцільність класифікації (видів) договорів у ЦК України, їх систематизації в тому числі й шляхом доповнення новими договірними видами;

- розмежування станів визнання договору неукладеним та недійсним, належного та реального виконання зобов'язань, недосягнення згоди щодо усіх істотних умов чи їх неоднозначне розуміння сторонами тощо.

Потребують свого оновлення й підходи до договірного регулювання відносин в ІТ-сфері, закріплення поняття «споживчого договору» тощо.

У сфері цивільно-правової відповідальності належить знайти правильну відповідь на сучасні підходи до об'єднання в одному масиві норм договірної та деліктної відповідальності.

Загалом же проблеми договірного регулювання приватноправових відносин як у праві ЄС, так і України є схожими та відображаються у:

- 1) підвищенні ролі договору як основного (у порівнянні із законодавчим) регулятора приватноправових відносин та зміщення акцентів з нормативного в бік індивідуального їх регулювання шляхом розширення меж правового регулювання за рахунок передання ініціативи із забезпечення окремих аспектів його здійснення учасникам договірних відносин (в аспекті договору – від усталених законодавчих підходів, до свободи регулювання змісту, форми договору тощо);

- 2) прагненні до уніфікації договірного права шляхом створення уніфікованих правових інститутів, що використовуються як альтернатива національним підходам до регулювання договірних відносин (прийняття Регламенту про

введення факультативного документа з Європейського договірних права);

3) диференціації договірних зобов'язань на комерційні та споживчі, появи нових (непойменованих) договірних конструкцій, комплексних (змішаних) і нетипових договірних взаємозв'язків;

4) посиленні тенденцій кращого правового захисту інтересів слабкої сторони договірних зобов'язань (споживачів, вкладників, боржників за споживчими кредитами, туристів, страхувальників тощо), що відображається у формальному відступі від основоположного принципу цивільного права – юридичної рівності учасників цивільно-правових відносин. Це все обумовлено розвитком технологій та повсюдною діджиталізацією основних сфер життєдіяльності людини.

Основними з таких принципових положень, що повинні знайти своє місце в цивільному законодавстві України, є нові для вітчизняного законодавства принципи:

1) необов'язковості письмової форми договору (укладення договору може бути підтверджено будь-якими засобами, в тому числі і показами свідків);

2) можливості відзиви оферти до її акцепту за виключенням випадків, коли в оферті передбачено її безвідкличний характер або встановлено час для її акцепту;

3) можливості закріплення в договорі особливих (непойменованих) засобів правового захисту в разі його порушення;

4) можливості звільнення від відповідальності за невиконання умов договору;

5) можливості зміни або припинення договору в разі виникнення труднощів при його виконанні (сторона може вимагати звільнення від виконання надмірно обтяжливих умов договору);

6) захисту від недобросовісних умов у договорах (не обмежується лише договорами між суб'єктами підприємництва і споживачами, а поширюється на всі договори);

7) допустимості уступки вимоги, переведення боргу тощо до всіх договірних відносин;

8) розширення сфери розрахунків за договорами (підтвердження отримання коштів, виправлення помилок при

розрахунках, зменшення ціни, момент переходу ризику від продавця до покупця) тощо.

Крім того, оскільки в цивільному законодавстві відсутні норми, які вказують на порядок застосування до непомічених договорів нормативно-правових положень, окрім загальних (ч. 1 ст. 6, ч. 1 ст. 11, ст. 627 ЦК України), ч. 1 ст. 6 ЦК України доцільно доповнити положенням, що до відносин сторін у непоміченому договорі застосовуються загальні положення актів цивільного законодавства про договори, звичаї ділового обороту, а також у відповідних випадках аналогія закону та аналогія права.

Підсумовуючи доцільно у загальних положеннях, що визначають поняття зобов'язання:

- доповнити дефініцію зобов'язання шляхом закріплення можливості виникнення обов'язку боржника майнового чи немайнового характеру; множинності дій як об'єкта договірної зобов'язання; можливості виникнення взаємного зобов'язання;

- доцільно визначитись з об'єктом та предметом договірної зобов'язання, де під об'єктом пропонується закріпити дії, здійснення яких (чи утримання від яких) кредитор має право вимагати від боржника, а під предметом – матеріальні й нематеріальні блага, з приводу яких сторони вступають у відносини й на які спрямовані їхні дії;

- закріпити єдиний критерій для визначення відповідальності контрагентів за «порушення зобов'язання», яке включатиме як його невиконання, так і неналежне виконання, що надасть можливість розширити систему способів правового захисту, зокрема вибору безпосередньо контрагентом найоптимальнішого способу правового захисту;

- відобразити особливості виконання альтернативних та факультативних зобов'язань;

- відобразити особливості зарахування виконаного в рахунок декількох однорідних зобов'язань;

- правові наслідки виплати гарантії і припинення основного зобов'язання, якщо платіж кредитору за основним зобов'язанням проведений гарантом на підставі гарантійного зобов'язання;

- закріплення недоцільності одночасного нарахування і процентів, і неустойки за невиконання або неналежне виконання грошового зобов'язання;
- закріплення поруч з типовими умовами договору також і примірних умов договору;
- закріплення використання такого способу захисту, як визнання договору неукладеним;
- закріплення в межах ст. 635 ЦК можливості крім стягнення збитків зі сторони, яка ухиляється від укладення основного договору, також і можливості спонукання в судовому порядку до його укладення;
- закріплення з метою запобігання недобросовісній поведінці на стадії переговорів про укладення договору спеціальних правил про переддоговірну відповідальність (*culpa in contrahendo*);
- доповнення глави 52 ЦК статтею про нечесне і/або неусумлінне ведення переговорів та відповідальність за це.

ОСОБЛИВОСТІ УЧАСТІ ДЕРЖАВА УКРАЇНА ТА ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД НА СТОРОНІ ЗАМОВНИКА В ДОГОВОРІ ПІДРЯДУ НА ПРОВЕДЕННЯ ПОШУКОВИХ РОБІТ

Гуцуляк В. К.

*к.ю.н., провідний науковий співробітник відділу дослідження
проблем взаємодії держави і громадянського суспільства
Київського регіонального центру
Національної академії правових наук України
м. Київ, Україна*

Виходячи із законодавчої дефініції договору підляду, замовником є сторона договору, яка зобов'язується прийняти та оплатити результат виконаних робіт. Такою стороною, згідно зі ст. 2 ЦК України, можуть бути фізичні та юридичні особи,

держава, Автономна Республіка Крим (далі – АРК), територіальні громади, інші суб'єкти публічного права.

Питання участі в договірних зобов'язаннях держави чи територіальних громад завжди викликали жвавий інтерес в доктрині приватного права. Так, до сьогодні на сторінках вітчизняної літератури не вщухають дискусії з приводу можливості визначення замовника у державних контрактах. На думку одних вчених, замовником у державних контрактах є держава як публічно-правове утворення, яке є окремим суб'єктом цивільних відносин [1, с. 37]. Натомість інша позиція базується на тезі, що для участі держави у цивільних правовідносинах необхідно отримання нею статусу юридичної особи публічного права [2, с. 131; 3, с. 69].

В договорі підяду на проведення пошукових робіт з'ясування цього питання є надзвичайно актуальним, оскільки воно ніяк не визначено на рівні спеціального законодавства. Так, в Законі України «Про публічні закупівлі» замовником пошукових робіт є органи державної влади та органи місцевого самоврядування, органи соціального страхування, підприємства, установи, організації, які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність не здійснюється на промисловій чи комерційній основі.

Ст. 2 Бюджетного кодексу України визначено, що розпорядниками бюджетних коштів є бюджетні установи в особі їх керівників, уповноважені на отримання бюджетних асигнувань, взяття бюджетних зобов'язань, довгострокових зобов'язань за енергосервісом та здійснення витрат бюджету. Натомість одержувачами бюджетних коштів є суб'єкти господарювання, громадські чи інші організації, які не мають статусу бюджетної установи, уповноважені розпорядником бюджетних коштів на здійснення заходів, передбачених бюджетною програмою, та отримують на їх виконання кошти бюджету.

Головними ж розпорядниками бюджетних коштів відповідно до ст. 22 цього кодексу є:

1) за бюджетними призначеннями, визначеними законом про Державний бюджет України, – установи, уповноважені забезпечувати діяльність Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України в особі їх керівників;

міністерства, Національне антикорупційне бюро України, Конституційний Суд України, Верховний Суд України, вищі спеціалізовані суди та інші органи, безпосередньо визначені Конституцією України, в особі їх керівників, а також Національна академія наук України, Національна академія аграрних наук України, Національна академія медичних наук України, Національна академія педагогічних наук України, Національна академія правових наук України, Національна академія мистецтв України, інші установи, уповноважені законом або Кабінетом Міністрів України на реалізацію державної політики у відповідній сфері, в особі їх керівників;

2) за бюджетними призначеннями, визначеними рішенням про бюджет Автономної Республіки Крим, – уповноважені юридичні особи (бюджетні установи), що забезпечують діяльність Верховної Ради Автономної Республіки Крим та Ради міністрів Автономної Республіки Крим, а також міністерства та інші органи влади Автономної Республіки Крим в особі їх керівників;

3) за бюджетними призначеннями, визначеними іншими рішеннями про місцеві бюджети, – місцеві державні адміністрації, виконавчі органи та апарати місцевих рад (секретаріат Київської міської ради), структурні підрозділи місцевих державних адміністрацій, виконавчих органів місцевих рад в особі їх керівників. Якщо згідно із законом місцевою радою не створено виконавчий орган, функції головного розпорядника коштів відповідного місцевого бюджету виконує голова такої місцевої ради.

Відповідно до ст. 167–169 ЦК держава, АРК та територіальні громади діють у цивільних відносинах на рівних правах з іншими учасниками цих відносин. Ці публічно-владні організації, перелік яких є вичерпним, набувають і здійснюють цивільні права та обов'язки через органи державної влади (органи місцевого самоврядування), які діють в межах своєї компетенції (ст. 170–172 ЦК). Основні положення щодо правового статусу таких юридичних осіб публічного права містяться безпосередньо в ЦК України, зокрема в ст. 167–176 ЦК. Важливим є закріплене в ст. 82 ЦК України положення про надання юридичним особам публічного права однакового правового статусу з юридичними особами приватного права для участі перших у цивільних

правовідносинах. Тобто такі юридичні особи публічного права при вступі у цивільні правовідносини набувають таких самих цивільних прав і обов'язків, як і юридичні особи приватного права. Хоча, як зазначає І. І. Банасевич, щодо органів державної влади та органів місцевого самоврядування потрібно зробити деякі застереження, оскільки вони діють в межах своєї компетенції та набувають тільки ті цивільні права та обов'язки, які передбачені законом, то їхня правоздатність є скоріше спеціальною, ніж універсальною [4, с. 57].

Тобто, як вбачається із наведеного, законодавець ні в загальних, ні в спеціальних положеннях діючого законодавства чіткої відповіді на питання, хто ж все таки є стороною договору на проведення пошукових робіт для державних потреб – держава Україна, АРК, територіальні громади чи уповноважені ними органи, не дає. Зважаючи на це, спробуємо на доктринальному рівні віднайти відповідь на це запитання.

З цього приводу в юридичній літературі набули поширення дві точки зору. За першою з них органи державної влади (органи місцевого самоврядування) визнаються публічними юридичними особами [5, с. 36]. Одразу ж зазначимо, що такий підхід набув широкого поширення у законодавстві Республіки Білорусь, де державний замовник укладає державний контракт від імені Білорусії при поставках, роботах та послугах для республіканських державних потреб і від імені адміністративно-територіальної одиниці – при поставках, роботах та послугах для місцевих потреб [6, с. 13].

За другою точкою зору пропонується відходити від практики надання міністерствам, відомствам, іншим органам влади та місцевого самоврядування статусу юридичних осіб та піти шляхом багатьох країн світу, де в цивільних відносинах виступають не вказані органи, а безпосередньо держава або громада, до яких в разі спору подають цивільні позови [7, с. 118–121].

На нашу думку, у досліджуваних правовідносинах з проведення пошукових робіт доцільно сприйняти висловлену в юридичній літературі позицію А. С. Довгерта, адже держава набуває і здійснює цивільні права та обов'язки у встановлених Конституцією України межах і відповідно до законів України. Участь держави у підрядних відносинах зумовлена реалізацією

публічних завдань, що стоять перед нею. Цілком зрозуміло, що держава, вступаючи у зобов'язальні відносини із виконання робіт, навряд чи добровільно відмовляється від використання влади. Отже, зважаючи на вищенаведене, доходимо висновку, що стороною підрядних договорів на проведення пошукових робіт для державних потреб є держава Україна або ж територіальна громада, в інтересах яких або ж до яких в разі виникнення спірних правовідносин можуть подаватися цивільні позови.

Література:

1. Апанасенко К. І. Комунальна власність як самостійна форма власності: ознаки, співвідношення з державною формою власності. *Право України*. 2005. № 10. С. 37.
2. Концепція та види юридичних осіб у проекті Цивільного кодексу України. Кодифікація приватного (цивільного) права України. За ред. проф. А. С. Довгєрта. К.: Укр. центр правничих студій, 2000. С. 131.
3. Первомайський О. О. Окремі питання участі територіальної громади у цивільних правовідносинах. *Вісник Хмельницьк. ін-ту регіонального управління та права*. 2003. № 2. С. 69.
4. Банасевич І. І. Договори на виконання підрядних робіт за державним замовленням: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Івано-Франківськ, 2007. С. 57.
5. Бондаренко Л. Цивільно-правовий аналіз юридичних осіб публічного права. *Підприємництво, господарство і право*. 2005. № 12. С. 35.
6. Годунов В. Н. Правовые средства обеспечения государственных нужд в товарах, работах и услугах: автореф. дис. ... док. юрид. наук: 12.00.03. Минск, 2004. С. 13.
7. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар. За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. К.: Істина, 2004. С. 118–121.

ПЕРЕДДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

Кохановська О. В.

*д.ю.н., професор, професор кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
академік-секретар відділення цивільно-правових наук
Національної академії правових наук України,
заслужений діяч науки і техніки України,
академік Національної академії правових наук України
м. Київ, Україна*

За результатами кропіткої роботи у 2019-2020 роках 5 січня 2021 року першим заступником Голови Верховної Ради України Русланом Стефанчуком було презентовано проєкт «Концепції оновлення Цивільного кодексу України» [1], що була підготовлена членами Робочої групи, утвореної постановою Кабінету Міністрів України «Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України» від 17 липня 2019 р. № 650 [2] (далі – Концепція). У Вступі до Концепції відзначається, що її автори вважають, що «здійснення рекодифікації впливає із логіки подальшої трансформації суспільства, зокрема формування реальної й ефективної ринкової економіки як невід’ємної складової громадянського суспільства та євроінтеграційної спрямованості всіх компонентів суспільства» [1, с. 5]. При цьому серед юридичних чинників та передумов для початку відповідних робіт автори вбачають, зокрема, наявність норм-моделей міжнародних актів, до яких, безумовно, належить і «Проект спільних підходів» або, в інших перекладах, «Модельні правила європейського приватного права», більш відомі під аббревіатурою DCFR (Draft Common Frame of Reference) [3], що були підготовлені двома робочими групами під егідою Європейської комісії та становлять академічну працю, в якій синтезовано та систематизовано принципи, дефініції та модельні правила європейського приватного права.

Орієнтування на DCFR при оновленні чинного Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [4] у Концепції

прослідковується наскрізно, зокрема стосовно інститутів зобов'язального та договірнього права. У контексті предмету нашого дослідження у § 5.31. Концепції мова йде про необхідність значного розширення обсягу нормативного регулювання переддоговірних відносин. Автори Концепції відзначають, що *«вбачається за доцільне врахувати положення DCFR, у яких доволі детально регламентуються інформаційні права та обов'язки учасників переддоговірного процесу (зокрема ст.ст. II.-3:101, II.-3:103, II.-3:104, II.-3:106, II.-3:107, II.-3:108, II.-3:109); а також положення, присвячені самій процедурі ведення переговорів: дотримання принципу добросовісності під час ведення переговорів, дотримання принципу конфіденційності, а також встановлення відповідальності за порушення умов ведення переговорів»* [1, с. 47]. Крім цього, у § 5.27. Концепції вказується на необхідності об'єктивізації інституту переддоговірної відповідальності з огляду на потребу в імплементації до ЦК України норм, які передбачали б відповідальність недобросовісного учасника на стадії до вступу в договірні правовідносини. Окрім приписів DCFR тут згадуються й положення Цивільного кодексу Франції (далі – ФЦК) [5] як вдалого прикладу унормування відповідальності за збитки, завдані іншим учасникам своїми винними діями на будь-якій стадії переговорів [1, с. 45]. Встановлення передумов та перспектив впровадження вказаних положень DCFR при врегулюванні переддоговірних відносин на рівні ЦК України й буде здійснено нами далі в межах цієї наукової статті.

Безпосередньо аналізу моделі переддоговірних відносин за DCFR присвячена наукова стаття В. Карнауха [6].

Структурно інститути переддоговірних відносин та переддоговірної відповідальності у DCFR достатньо детально закріплюються на рівні Глави 3 «Маркетинг та переддоговірні обов'язки» Книги II «Договори та інші юридичні акти» цього документу. Специфіка дослідження відповідних положень полягає у необхідності врахування та з'ясування змісту використовуваних у вказаній главі понять, принципів та концепцій, які розкривають зміст прав та обов'язків сторін у переддоговірних відносинах згідно з DCFR. Так, насамперед, слід вказати на нетотожність усталеного в українській правовій

доктрині терміну «правовідносини» при застосуванні до концепту переддоговірних відносин у DCFR та, відповідно, у світлі настання відповідальності за невиконання зобов'язань у правовідносинах, на що наголошує В. Карнаух: у коментарі до ст. II.–3:301 DCFR відсутнє формулювання правовідношення («*legal relationship*») [6, с. 76], проте DCFR у Главі 3 Книги II широко використовує поняття обов'язку або зобов'язання («*duty*»).

Серед таких зобов'язань, закріплених у DCFR, дослідниками виокремлюються чотири ключових, три з яких визначаються як загальні або основні переддоговірні обов'язки («*general pre-contractual duties*»), пов'язані із добросовісністю («*good faith*»), законними очікуваннями («*legitimate expectations*») та веденням переговорів, що суперечать принципу добросовісності, й, окремим блоком, інформаційні обов'язки [7, с. 3]. Найважливішими, для потреб оновлення положень ЦК України в частині запровадження інституту переддоговірних відносин, на нашу думку, є саме встановлення основних переддоговірних обов'язків, проте варто зосередитись і на інформаційних зобов'язаннях учасників переговорів, що лише частково відображені у чинному законодавстві України в аспекті захисту прав споживачів.

Перший розділ Глави 3 цілком присвячено інформаційним обов'язкам сторін у переддоговірних відносинах, а другий розділ – обов'язку запобігти помилкам цифрового введення при укладенні договору за допомогою електронних засобів і прийняти факт замовлення (підтвердження укладення договору) з боку іншої сторони. Аналіз ст. ст. II.–3:101–II.–3:202 DCFR, присвячених означеним вище обов'язкам сторін переддоговірних відносин дозволяє дійти наступних висновків:

- 1) їх дотримання повинно забезпечувати повну обізнаність сторін зі станом товарів, інших активів та сервісів, що будуть продаватись, передаватись або надаватись за майбутнім договором. Так, відповідно до ст. II.–3:101 (1) DCFR перед укладенням договору на поставку товарів, інших активів або послуг з боку комерційного підприємства іншій особі, таке підприємство несе обов'язок відкрити відповідній особі інформацію стосовно товарів, активів або послуг, що може бути розумно очікуваною другою стороною, беручи до уваги стандарти

якості та виконання, що можна вважати нормальними згідно з обставинами. При цьому ст. II.–3:101 (2) DCFR при визначенні обсягу інформації, що повинна бути розкрита іншій стороні оперує поняттям «добросовісної комерційної практики» («good commercial practice»), за умови, що така сторона також є комерційним підприємством;

2) окремо низка положень аналізованих розділів Глави 3 Книги II DCFR встановлюють спеціальні обов'язки для комерційного підприємства при здійсненні маркетингової діяльності (фактично при розробленні та просуванні комерційної пропозиції) у відносинах зі споживачами та споживачами, що перебувають в особливо вразливому становищі. До таких обов'язків належать зобов'язання не надавати інформацію, що може ввести в оману (такою визначається інформація, якщо вона спотворює чи опускає суттєві факти, які середньостатистичний споживач міг очікувати для прийняття обґрунтованого рішення щодо того, чи вживати заходів для укладення договору, а при оцінці того, що середній споживач може очікувати, потрібно враховувати всі обставини та обмеження використовуваного засобу комунікації), надавати усю необхідну інформацію для прийняття споживачем рішення (включно зі встановленням у DCFR базового переліку відповідних даних), обов'язок надавати інформацію чітко та ясно, простою та зрозумілою мовою, надавати достатню інформацію про ціну та додаткові платежі, про адресу та всі контактні та ідентифікаційні деталі підприємства тощо;

3) достатньо багато уваги приділяється обов'язкам комерційного підприємства, у переддоговірних відносинах та здійсненні маркетингової діяльності, стосовно гарантування належного повідомлення потенційних контрагентів та споживачів за допомогою електронних засобів комунікації в частині сповіщення про всі необхідні технічні кроки для укладення договору, недопущення або своєчасного усунення помилок введення перед акцептуванням іншою стороною оферти, забезпечення права контрагента на обізнаність, в тому числі, щодо реалізації ним можливості відмовитись від укладення договору та ін.;

4) у частині недотримання будь-якого з цих обов'язків DCFR не веде мову безпосередньо про відповідальність сторони, яка повинна була надати інформацію, використовуючи у ст. II.–3:109

поняття «*remedies*», що найближче до української цивілістичної традиції можливо розглядати у світлі засобів правового захисту. Такі засоби базуються також на низці принципів, зокрема встановленні зобов'язання відповідальної сторони після укладення договору вчинити дії, які розумно від неї очікувати внаслідок відсутності або неправильності наданої нею інформації до моменту підписання договору. Втім, ст. II.–3:109 (3) DCFR таки містить загальне правило, що сторона, яка не виконала будь-яке з означених інформаційних зобов'язань, несе відповідальність перед іншою стороною, за завдані цим збитки.

Загалом значний масив наведених інформаційних обов'язків уже втілено в українському законодавстві, насамперед у Законі України «Про захист прав споживачів» [8] (зокрема, у ч. 2 ст. 12, ч. ч. 2-4 ст. 13, ст. 15 вказаного Закону). При цьому, вважаємо, що при закріпленні у нормах оновленого ЦК України інститутів переддоговірних відносин та переддоговірної відповідальності ті з інформаційних обов'язків, у тому числі що пов'язані із веденням переговорів та обміном документів у електронній формі, які стосуються контрагентів з рівним правовим статусом, повинні бути відображені. Це сприятиме досягненню більшої прогнозованості господарського обороту, прозорості ведення бізнесу та, в переддоговірних відносинах створить додатковий запобіжний механізм проти ведення нечесної підприємницької діяльності, закріпивши конкретні інформаційні обов'язки учасників переговорів та наслідки їх недотримання.

Література:

1. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.
2. Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства: постанова Кабінету Міністрів України від 17.07.2019 р. № 650. *Верховна Рада України. Законодавство України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/650-2019-%D0%BF#Text>.
3. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. URL: <https://sakil.pl/wp-content/uploads/2019/01/dfcr.pdf>

4. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.

5. French Civil Code. URL: <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Code-english-version.pdf>

6. Карнаух В. Модель переддоговірних відносин за проектом спільних підходів (DCFR). *Jurnalul juridic național: teorie și practică*. 2016. № 1. Том 2. С. 75–80.

7. Twigg-Flesner C. Pre-contractual duties – from the *Acquis* to the Common Frame of Reference. *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law* / ed. by R. Schulze. Munich: Sellier ELP, 2008. P. 1–29.

8. Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.1991 р. № 1023-XII. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12#Text>

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ СУБ'ЄКТИВНИХ ПРАВ УЧАСНИКІВ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН ЗА ЦИВІЛЬНИМ ТА ГОСПОДАРСЬКИМ КОДЕКСАМИ УКРАЇНИ

Мартинюк Ю.В.

*аспірант Західноукраїнського національного університету,
адвокат
м. Тернопіль, Україна*

Під способами захисту цивільних прав у договірних зобов'язаннях слід розуміти способи захисту, закріплені у ст. 16 ЦК України. Зазначимо також, що за аналогією із цивільним законодавством загальним характером наділені й способи захисту, визначені у ст. 20 ГК України, однак їх перелік є дещо іншим у порівнянні з тим, що закріплений у положеннях ЦК України. Зокрема, до способів захисту суб'єктів господарських, у тому числі договірних, правовідносин належать: визнання наявності або

відсутності прав; визнання повністю або частково недійсними актів органів державної влади та органів місцевого самоврядування, актів інших суб'єктів, що суперечать законодавству, ущемлюють права та законні інтереси суб'єкта господарювання або споживачів; визнання недійсними господарських угод з підстав, передбачених законом; відновлення становища, яке існувало до порушення прав та законних інтересів суб'єктів господарювання; припинення дій, що порушують право або створюють загрозу його порушення; присудження до виконання обов'язку в натурі; відшкодування збитків; застосування штрафних санкцій; застосування оперативно-господарських санкцій; застосування адміністративно-господарських санкцій; установлення, зміна і припинення господарських правовідносин; інші способи, передбачені законом.

Проводячи порівняльно-правовий аналіз законодавчих підходів до закріплення переліку способів захисту суб'єктивних прав, відображених у ст. 16 ЦК України та ст. 20 ГК України, можна зробити декілька проміжних висновків. По-перше, у порівнянні з положеннями ЦК України, у ГК України закріплено практично імперативно-забороняючий підхід до можливості визначення суб'єктами господарювання способів захисту їх прав на власний розсуд за домовленістю; натомість прерогатива їх визначення відповідно до положень ст. 20 ГК України належить виключно законодавцю, що, безумовно, не сприяє підвищенню ефективності функціонування інституту захисту у сфері господарсько-правових відносин. Зокрема, як відомо, при визначенні норм правового регулювання відносин, що опосередковуються поіменованими договірними конструкціями, законодавцем зазвичай встановлюються й адекватні прийоми правової протидії посяганням на суб'єктивні права учасників договірних правовідносин. Водночас, якщо договір носить непоіменований характер, а в законодавстві відсутні положення, присвячені впорядкуванню відносин, що виникають із факту його укладення, сторони договору будуть обмежені у виборі способу захисту їх порушених суб'єктивних прав лише переліком, закріпленим у ст. 20 ГК України.

По-друге, відрізняються також і формулювання назв способів захисту суб'єктивних прав: зокрема, у ст. 16 ЦК України такі способи захисту, як зміна правовідношення і припинення правовідношення, є відокремленими та самостійними, у той час

як ГК України їх уніфікує і визначає, як установлення, зміну і припинення господарських правовідносин. Спосіб захисту цивільних прав, визначений у п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК України іменується «визнання права»; натомість у ГК України цей спосіб захисту полягає у визнанні як наявності, так і відсутності прав.

По-третє, на відміну від ЦК України, положення ГК України відображають сприйняття законодавцем підходу до необхідності надання суб'єктам правовідносин можливості превентивного захисту і, таким чином, вжиття ними заходів щодо запобігання потенційним порушенням їх прав. Це, зокрема, знаходить свій прояв у одному із закріплених у ст. 20 ГК України способів захисту прав суб'єктів господарювання, а саме припиненні дій, що порушують право або створюють загрозу його порушення.

Вважаємо, що зазначені вище відмінності носять характер концептуальних, що видається доволі дивним, адже і цивільні, і господарські правовідносини є приватноправовими та характеризуються фактично однаковими зв'язками, що виникають, змінюються і припиняються між їх суб'єктами. Тому, на нашу думку, закріплення різних підходів до реалізації права на захист та застосування способів захисту суб'єктивних прав не вбачається доцільним, оскільки це не сприяє формуванню уніфікованого розуміння сутності інституту захисту прав та єдиної судової практики, а отже, заслуговує на конструктивну критику і потребує законодавчих змін.

В цілому, як слушно зауважує О. О. Кот, переважна більшість способів захисту прав, закріплених у ст. 16 ЦК України, може використовуватися для захисту учасниками договірних правовідносин. До таких способів захисту, прямо передбачених ЦК, автор відносить: визнання правочину недійсним; відновлення становища, яке існувало до порушення; примусове виконання обов'язку в натурі; зміна правовідношення; припинення правовідношення; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; відшкодування моральної шкоди [1, с. 14]. У продовження цього слід зауважити, що у сфері договірних правовідносин досить поширеним є застосування й такого способу захисту, як визнання права, зокрема, у відповідь на неправомірне невизнання суб'єктивних цивільних прав у договірних зобов'язаннях. Натомість визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу

влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, передбачене п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК України, також знаходить своє практичне застосування у сфері захисту порушених договірних прав, що підтверджується наявністю численних матеріалів судових справ у Єдиному державному реєстрі судових рішень (наприклад, рішення Господарського суду Автономної Республіки Крим у справі № 2-25/265-2008 від 31.01.2008 р. за позовом Фізична особа - підприємець ОСОБА_1 до відповідача – Алуштинської міської Ради, про визнання рішення Алуштинської міської Ради № 19/15 від 26.09.2007 року в частині оголошення конкурсу на право оренди нежитлових приміщень [2]; рішення Господарського суду Івано-Франківської області у справі № 909/1542/13 від 25.02.2014 р. за позовом: ТВМП «Явір до відповідача: Снятинської міської ради про визнання недійсним рішення Снятинської міської ради «Про розірвання угоди за фактичне використання земельних ділянок» та спонукання до укладення договору оренди земельної ділянки [3] та ін.). З урахуванням зазначеного є усі підстави стверджувати про те, що у контексті захисту цивільних прав у договірних зобов'язаннях способи захисту, закріплені у ч. 2 ст. 16 ЦК України, носять універсальний характер, кожен із яких знаходить своє практичне застосування у процесі протидії протиправним посяганням суб'єктивних договірних прав, а доцільність їх використання обумовлюється характером такого посягання, його негативними наслідками, а також безпосередньо природою порушеного права.

Література:

1. Кот О. О. Способи захисту договірних прав. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 11. С. 14.
2. Рішення Господарського суду Автономної Республіки Крим у справі № 2-25/265-2008 від 31.01.2008 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/1380688> (дата звернення: 06.10.2021).
3. Рішення Господарського суду Івано-Франківської області у справі № 909/1542/13 від 25.02.2014 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/37413345> (дата звернення: 06.10.2021).

ОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ В АСПЕКТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ УЧАСНИКІВ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ СТРАХОВИХ ПОСЛУГ

Міловська Н. В.

*д.ю.н., доцент, головний науковий співробітник
відділу забезпечення інтеграції академічної та університетської
правової науки та розвитку юридичної освіти
Київського регіонального центру
Національної академії правових наук України
м. Київ, Україна*

На сьогодні в умовах рекодифікації цивільного законодавства в Україні [1] важливого значення набуває потреба в удосконаленні правового регулювання приватноправового сегменту відносин у сфері надання страхових послуг, зокрема, в аспекті чіткого визначення правового статусу учасників таких відносин. Істотний поштовх для цього дає судова практика вищих судових інстанцій, яка свідчить про непоодинокі випадки неоднакового застосування законодавчих приписів під час перегляду справ, пов'язаних зі сферою страхування. Це є підтвердженням недосконалості правової регламентації страхових відносин, визначення статусу учасників договірних зобов'язань зі страхування та інших проблем законодавства.

Так, на сьогодні свого легального визначення потребує поняття споживача страхових послуг, чому певною мірою сприяло прийняття Кабінетом Міністрів України Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг [2], а також питання щодо встановлення можливості застосування до договірних відносин зі страхування за участю фізичної особи як споживача положень Закону України «Про захист прав споживачів» в частині, не врегульованій спеціальним законом.

Важливо зазначити, що як випливає з Закону України «Про захист прав споживачів», споживачем страхових послуг може бути не тільки фізична особа, яка набуває або замовляє послугу для особистих потреб, але й та фізична особа, яка використовує таку послугу для цих цілей (зокрема, застрахована особа,

вигодонабувач). Тому, споживачем страхових послуг доречно вважати не лише дієздатну фізичну особу, яка укладає зі страховиком договір страхування, а також фізичну особу, в інтересах та на користь якої укладено договір страхування, та яка отримує страхову послугу, необхідну для задоволення особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю цієї фізичної особи або виконанням нею обов'язків найманого працівника.

Непрофесійний статус споживача страхових послуг та асиметрія сторін договору страхування визначають потребу у додатковому механізмі захисту цієї категорії страхувальників. Так, сьогодні на практиці поширюється «продаж страхових полісів», у яких усі умови договору страхування передбачені в односторонньому порядку страховиком, так звані, стандартні форми договору (страхового полісу) з окремих видів страхування. Придбавши такий поліс, страхувальник погоджується із запропонованими умовами і не може запропонувати свої умови договору [3, с. 380]. У даному контексті слід зазначити, що законодавство ЄС, також визнаючи договір страхування різновидом договору приєднання, водночас захищає споживачів від не вигідних умов страхового договору. Так, Директива № 93/13 права Європейського Союзу від 5 квітня 1993 року щодо несправедливих умов споживчих договорів [4] встановлює, що «несправедливі» умови договору, укладеного між постачальником послуг і споживачем, не можуть бути примусово виконані щодо споживача (наприклад, через суд), при умові, що такі «несправедливі умови» не були належним чином погоджені сторонами в ході індивідуальних переговорів. Таким чином, визначеність правового статусу споживача страхових послуг створює необхідні передумови для належного захисту їх прав.

У контексті обов'язковості наявності у страхувальника, як сторони договору страхування, страхового інтересу у захисті своїх правомірних майнових інтересів на випадок можливого настання страхової події, що проявляється у: а) зацікавленості в збереженні об'єкта страхової охорони – життя, здоров'я, працездатності, майна, цивільної відповідальності; б) зацікавленості у ненастанні страхового випадку, а саме в тому, щоб в майбутньому не виникли витрати, пов'язані з відшкодуванням шкоди, заподіяної життю, здоров'ю, майну страхувальника, застрахованій особі або третій особі за договором страхування відповідальності; в) здійсненні

активних дій, спрямованих на отримання в майбутньому грошової компенсації для покриття випадкових витрат, шляхом укладення договору страхування, вбачається доцільним внесення змін до ч. 1 ст. 3 Закону України «Про страхування» із вказівкою на те, що страхувальниками визнаються дієздатні фізичні та юридичні особи, які наділені страховим інтересом у захисті своїх правомірних майнових інтересів на випадок можливого настання страхового випадку та уклали зі страховиками договори страхування або є страхувальниками відповідно до законодавства України. При цьому, з урахуванням значної ролі страхового інтересу у виникненні та існуванні договірних відносин зі страхування, необхідним є також передбачення на законодавчому рівні втрати страхового інтересу страхувальника (застрахованої особи) як однієї із підстав припинення договору особистого страхування та страхування цивільної відповідальності, за якими не передбачається можливості передання страхового захисту іншій особі. Водночас припинення існування страхового інтересу страхувальника за договором майнового страхування не може бути підставою для припинення дії відповідного договору [5, с. 414].

У сфері перестраховальних правовідносин доречним є внесення змін до ст. 12 Закону України «Про страхування», виключивши з визначення перестраховування термін «цедент», адже при укладанні договору перестраховування будь-якої поступки прав страховика за зобов'язаннями, які виникають із договору страхування, іншому страховику не відбувається. Навпаки, страховик (перестраховальник), який уклав з перестраховиком договір перестраховування, відповідає за виконання страхових зобов'язань перед страхувальником у повному обсязі згідно з договором страхування (ч. 4 ст. 12 Закону України «Про страхування»). Перестраховальник, укладаючи договір перестраховування, захищає свій страховий інтерес, тобто забезпечує собі додаткові гарантії виконання страхових зобов'язань перед страхувальниками щодо здійснення страхових виплат в разі настання страхового випадку.

Важливим також питанням, яке потребує уваги з боку як науковців, так і законодавця, є питання врегулювання правового статусу інших учасників страхових відносин (вигодонабувачів; застрахованих осіб; страхових посередників; страхових актуаріїв тощо), участь яких у страхових правовідносинах залежить від волевиявлення страховика та/або страхувальника, або є наслідком

дії положень чинного законодавства України. Так, спираючись на аналіз питання про правовий статус інших учасників договірних зобов'язань зі страхування, слід звернути увагу на те, що норми чинного законодавства України (ст. 985 ЦК України, ст. 16 Закону України «Про страхування»), які визначають, що вигодонабувачем за договором страхування може бути лише особа, яка визначена в договорі страхування, при страхуванні цивільної відповідальності є неприйнятними, адже при страхуванні відповідальності виникає особлива конструкція договору на користь третьої особи, яка невідома в момент укладання договору страхування, оскільки не може бути відомо заздалегідь, кому саме буде заподіяно шкоду страхувальником або особою, відповідальність якої застрахована.

Крім цього, якщо у договорах особистого та майнового страхування вигодонабувач бере участь не в кожному договорі страхування, а лише в тому, в якому страхувальник цього захоче, то у договірних зобов'язаннях зі страхування цивільної відповідальності участь вигодонабувача, причому незалежно від волі страхувальника, є обов'язковою, оскільки становить необхідну умову існування самого страхового правовідношення. З урахування цього, вигодонабувачем за договором страхування доречно вважати призначену страхувальником (у випадку особистого страхування чи страхування майна) або невідому заздалегідь (у випадку страхування цивільної відповідальності) третю особу – фізичну або юридичну особу, яка не є стороною договору страхування, однак на користь якої укладається договір і яка має право на отримання страхової виплати (страхового відшкодування) у разі настання страхового випадку, визначеного у договорі страхування між страховиком і страхувальником [5, с. 300]. У зв'язку з цим, необхідним є доповнення ст. 3 Закону України «Про страхування» положенням про те, що договір страхування цивільної відповідальності вважається укладеним на користь фізичних або юридичних осіб (вигодонабувачів), яким може бути заподіяна шкода страхувальником або особою, відповідальність якої застрахована у результаті настання страхового випадку і яким здійснюється виплата страхового відшкодування страховиком.

Слід звернути увагу й на те, що на сьогодні в Україні практично відсутня правова база, що має регулювати діяльність таких суб'єктів страхових правовідносин як товариства взаємного

страхування, що стало причиною припинення функціонування раніше створених товариств, негативно позначається на реалізації потенціалу інституту страхування та вказує на структурну диспропорцію вітчизняного ринку страхових послуг. Так, правові засади діяльності товариств взаємного страхування в Україні на сьогодні обмежуються ст. 14 Закону України «Про страхування», ч. 3 ст. 352 ГК України, які є практично ідентичними за змістом і лише декларують можливість створення товариств взаємного страхування та містять відсилання до іншого нормативно-правового акта, а саме – Тимчасового положення про товариство взаємного страхування, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 01 лютого 1997 року (в редакції від 31 жовтня 2020 року) [6], в якому водночас не визначені: поняття взаємного страхування, об'єкти взаємного страхування, підстави набуття членства в товаристві взаємного страхування, порядок виходу і порядок виключення членів із товариства взаємного страхування, підстави отримання ліцензії товариством взаємного страхування тощо [5, с. 222]. У зв'язку з цим, існує необхідність розробки і прийняття Верховною Радою України Закону «Про товариства взаємного страхування», що надасть можливість чітко визначити засади їх створення і діяльності. Взаємне страхування як передбачена законом альтернатива комерційному страхуванню має сприяти забезпеченню реального страхового захисту фізичних і юридичних осіб та наданню їм якісних страхових послуг.

Отже, рекодифікація цивільного законодавства України відкриває перспективи для якісного оновлення правового регулювання договірних відносин із надання страхових послуг, одним із основних завдань якого має стати удосконалення правового становища учасників страхових відносин і забезпечення захисту прав та законних інтересів споживачів страхових послуг.

Література

1. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.
2. Про схвалення Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг в Україні: Розпорядження КМУ від 3 вересня 2009 року № 1026-р. *Офіційний вісник України*. 2009. № 69. С. 30.

3. Харитонов Є. О. Цивільне право України / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, О. В. Старцев. Вид. 3-тє, переробл. і допов. Київ: Істина, 2011.

4. Директива Ради 93/13/ЄЕС від 05 квітня 1993 року «Щодо несправедливих умов споживчих договорів». URL: <http://old.minjust.gov.ua/45878> (дата звернення: 10.10.2021).

5. Міловська Н. В. Договірні зобов'язання зі страхування у цивільному праві України: проблеми теорії та практики: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2019. 488 с.

6. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Тимчасового положення про товариство взаємного страхування» від 01 лютого 1997 року № 132. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/132-97-%D0%BF> (дата звернення: 10.10.2021).

ІННОВАЦІЙНИЙ ПІДХІД В РЕКОДИФІКАЦІЇ ВІДНОСИН З НАДАННЯ ПОСЛУГ В КОНТЕКСТІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

Федорченко Н. В.,

*д.ю.н., професор, в.о. головного наукового співробітника
відділу дослідження проблем взаємодії держави
та громадянського суспільства Київського регіонального центру
Національної академії правових наук України,
завідувач кафедри загальноюридичних дисциплін,
цивільного права та правового забезпечення туризму
Київського університету туризму, економіки і права
м. Київ, Україна*

Загальновідомо, що в Україні існує серйозна проблема – неймовірно низький рівень довіри до судової системи (довіряють трохи більше 1 % респондентів) [5]. Окрім загальновідомої корупції, як чинника недовіри до судів, існують і інші фактори. Одним з ключових із них – це надто високий рівень комплексності

(заплутаності) судової системи. Геніальний німецький соціолог Ніклас Луман (до речі, юрист за освітою) вважав, що психічні розлади можна пояснювати нездатністю індивіда до редукції комплексності (тобто психічний розлад – це неспроможність спрощувати те, що є надскладним). Щось подібне відбувається з українською судовою системою – нездатність зменшити її складність призводить до хаосу, хаосу який носить часом навіть психопатологічний характер і точно не відповідає інтересам громадян України.

Хочу почати з деяких більш змістовно-юридичних аргументів на підтримку позиції щодо скасування Господарського кодексу України.

Перш за все історико-генетичний аргумент. Спершу існувало римське цивільне право, а на його основі дехто вважав (помилково) за потрібне розвинути окрему галузь права – господарське право. Але генетично вони єдині, сутнісно – це єдине явище. Така спільність сягає корінням часів єдиного римського цивільного права.

Є вельми показовим, що в англomовній версії Вікіпедії стаття із назвою «економічне/господарське право» (Economic Law) (саме таким є переклад терміну «господарське право» англійською мовою) чітко говорить про те, що це поняття і практика закорінені в радянській системі права. Тобто це практика тих часів, коли ринкові відносини фактично не існували, а принципом права був етатизм.

У світлі євроінтеграційних та євроатлантичних прагнень України цілком логічним та ефективним буде подивитися не лише на європейську, а на євроатлантичну традицію. Євроатлантична цивілізація, крім Західної Європи, включає також Північну Америку, першочергово США.

У країнах англосаксонської правової традиції використовується поняття цивільного та/або приватного права. Практичний аргумент – серед юристів фактично існує консенсус, що теперішній Господарський кодекс є невдалим. Це прикра очевидність нашого юридичного буття і нам цю очевидність необхідно визнати. Не секрет, що сьогодні відображені у ЦК і ГК України законодавчі підходи містять значну кількість норм явно колізійного характеру.

А ось що писали відомі українські юристи з Інституту держави і права імені академіка В. М. Корецького О. В. Зайчук та Я. М. Шевченко на початку 2000-х років, коли йшла боротьба за прийняття Цивільного кодексу України: «Дуалізму в приватному праві.., просто немає. Правник В. Жуков його бачить в поділі суб'єктів на суб'єктів загальних цивільних правовідносин і суб'єктів, що займаються комерцією або торгівлею. Однак самі відносини по своїй суті складають єдину сферу – майнові та пов'язані з ними немайнові відносини, засновані на юридичній рівності сторін, вільному волевиявленні, майновій самостійності. Це забезпечує досягнення приватного інтересу. А як він досягається – це вже предмет окремих цивільно-правових інститутів – права власності, зобов'язально-правових інститутів, заснованих на передачі речі у власність або користування, виконання робіт або надання послуг і т.п.

Кодифікація приватного права передбачає насамперед кодифікацію цивільного законодавства, заснованого на базовій галузі права, і прагнення створити якесь «публічно-приватне» право – чи то «господарсько-цивільне», чи то «підприємницько-цивільне» – приречене на провал, тому що єдина сфера відносин вимагає вирішення питань правового регулювання на основі єдиного предмета і методу регулювання. А питання, що відносяться до публічно-правового регулювання, повинні вирішуватися в окремих законах, супутніх Цивільному кодексу, представленому в варіанті, прийнятому Верховною Радою України в листопаді 2001 р.» [7].

Отже, бачимо, що на користь подолання правничого дуалізму – тобто паралельного існування Цивільного та Господарського кодексів існують історичні, логічні та практико-юридичні й економічні аргументи. Ці аргументи є переконливими і дають підстави Верховній Раді України здійснити кроки у напрямі інкорпорації елементів Господарського кодексу до Цивільного кодексу України. Саме Цивільний кодекс має бути єдиним регулятором відносин у приватній сфері в усіх його проявах, що є притаманним демократичному і ринковому суспільству.

Аналізуючи сучасні підходи до уніфікації міжнародного приватного права загалом ЄС та в сфері договірних зобов'язань зокрема, А. С. Довгерт доходить висновку, що вона почала

відбуватися не на основі міжнародних конвенцій, як було раніше, а на основі регламентів. Тобто, за словами вченого, спостерігається перехід від інтернаціоналізації міжнародного приватного права до його європеїзації [4, с. 30–33].

У сучасному цивільному законодавстві (ст. 10 ЦК) вперше на законодавчому рівні вирішено питання про співвідношення міжнародного і внутрішнього правового регулювання відносин з надання послуг і встановлено перевагу положень міжнародного договору України над актами цивільного законодавства України [11, с. 60].

Слід зазначити, що договори з надання послуг по-різному відображаються в системі законодавства зарубіжних країн. Так, М. І. Брагінський, з'ясовуючи місце договору з надання послуг у Німецькому цивільному уложенні (далі – НЦУ), цілком слушно зазначив, що назва глави «Підряд та подібні договори» цілком очевидно підкреслює появу відмінних від підряду договорів, предметом яких слугує один з видів послуг як таких [2, с. 219].

На відміну від НЦУ, Торговий кодекс Японії взагалі не виділяє в окремий правовий інститут договір про надання послуг [10, с. 121].

Хочу зупинитись на такій важливій проблематиці як якість послуг. Слід зазначити, що вона завжди була в центрі дослідження філософів, економістів, юристів, соціологів та інших вчених. Ще свого часу представник німецької класичної філософії Г. В. Ф. Гегель вказував на якість як на видову ознаку, яка відрізняє дану сукупність в її видовій однорідності, що належить до того ж роду, тобто на властивості, пов'язані з певною оцінкою речей. Якість не піддається кількісним параметрам свого визначення. Вона (якість) протиставляється кількості. Якість проявляється у специфічних внутрішніх властивостях явища. Рівень якості – це низка властивостей, що визначають явище цінним [3, с. 157].

Питання підвищення якості послуг становить предмет інтересу й в світовій практиці договірного регулювання якості послуг. Так, на світовому рівні у договірному регулюванні якості послуг спостерігається тенденція до уніфікації правових систем шляхом встановлення законних гарантій якості продукції. Так, за міжнародними нормами, якість обов'язково має бути не нижче середнього рівня, оскільки, виходячи зі змісту Принципів

європейського договірнього права: «...якість визначається у договорі, але сторона, у крайньому разі, повинна дотримуватися середньої якості» [8, с. 83–118]. Найважливіший показник якості послуги – це безпека. Світова практика управління якістю передбачає, що послуги за нормальних умов їх використання або інших умовах, які послугодавець зобов'язаний передбачити, повинні забезпечити рівень безпеки і не завдавати шкоди здоров'ю людей [12, с. 294]. Так, у Франції на рівні закону від 21 січня 1983 р. критерій безпеки послуг розглядається як основоположний. Більше того з метою дотримання цього правила була створена Комісія з безпеки споживачів, що займається питаннями покращення якості споживання [6, с. 164].

На основі вищенаведеного вважаємо за доцільне включення в гл. 63 «Послуги. Загальні положення» ЦК України окремої статті про якість послуги у такій редакції:

1. Якість наданої послуги має відповідати умовам договору про надання послуг. За відсутності в договорі умов про якість послуг виконавець зобов'язаний надати послугу відповідно до вимог, що звичайно ставляться до такого роду послуг.

2. Якщо законом, іншими правовими актами передбачені обов'язкові вимоги до якості послуг, виконавець зобов'язаний надати послугу відповідно до встановлених вимог [1, с. 200].

Спірним та таким, що не відповідає європейським підходам є визначення поняття упущеної вигоди у вітчизняному цивільному законодавстві через неодержані доходи.

Вважаю за доцільне використати європейський досвід у сфері міжнародних комерційних договорів з метою гармонізації вітчизняного законодавства зі стандартами ЄС та внести у вітчизняне цивільне законодавство положення про компенсацію втрати сприятливої можливості (шансу). З урахуванням цього до ч. 2 ст. 22 ЦК України може бути включений пункт третій такого змісту: «Вигода від втрати сприятливої можливості (шансу), яку особа могла отримати, якщо б її право не було порушене, включається в упущену вигоду і підлягає відшкодуванню за рахунок особи, яка порушила право. Вигода від втрати сприятливої можливості (шансу) відшкодовується з урахуванням ступеня ймовірності виникнення сприятливої можливості (шансу) для особи, якщо б її право не було порушене».

Обґрунтованим вбачається імплементація до національного законодавства нових договірних конструкцій, які наразі відсутні у ЦК, але добре зарекомендували себе в цивільних кодексах інших держав. Необхідно звернути увагу на договір про надання туристичних послуг, який був включений до НЦУ. В українському законодавстві даний договір міститься в Законі України «Про туризм» та має назву договір на туристичне обслуговування, що протирічить гл. 63 «Послуги. Загальні положення» ЦК України. Тому, на мою думку, цей договір має право на закріплення в Цивільному кодексі України з відповідною назвою – «договір про надання туристичних послуг».

Можемо констатувати доцільність включення до ЦК України таких договірних конструкцій як форфейтинг, франчайзинг, валютний дилінг, договори про надання медичних послуг, договори азартної гри (парі), компенсаційні договори, рамкові договори тощо [9, с. 601].

Оновлення кодифікації норм зобов'язального права з урахуванням сучасних європейських і світових тенденцій максимально зближить ці норми з нормами світового зобов'язального права. Це створить в Україні належні умови для надійного захисту суб'єктивних цивільних прав та охоронюваних законом інтересів усіх учасників цивільних правовідносин, забезпечить активний розвиток громадянського суспільства і створить сприятливі умови для інтеграції економіки України в європейське співтовариство.

Отже, у результаті такого оновлення норми зобов'язального права України будуть здатні більш ефективно забезпечувати досягнення тих важливих цілей правового порядку, на які спрямовані зусилля усієї європейської правової спільноти, що прагне, насамперед, досягнути єдності, чіткості і ясності цивільних правовідносин на усьому континенті. Українське зобов'язальне право стане не тільки більш адекватним сучасним реаліям, а й більш простим і зрозумілим [9, с. 683].

Література:

1. Human security in the context of globalization: modern legal paradigm [monograph]. Under the general editorship Iryna Sopilko.

Slovak Republic, Podhajska: Vyshodoeuropska agentura pre rozvoj, n.o. Eastern European Development agency n.o. 2017. 278 с.

2. Брагинский М. И. Договор подряда и подобные ему договоры / М. И. Брагинский. М.: «Статут». 1999. 254 с.

3. Гегель Г. В. Ф. Энциклопедия философских наук Т. 1. М.: Мысль, 1974. 452 с.

4. Довгерт А. С. Міжнародне приватне право ЄС та України: порівняння у сфері договірних зобов'язань. Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвєєвські цивілістичні читання) : матер. Міжнародної наук.-практ. конф. (Київ, 10 листопада 2011 р.). К. : Алерта, 2012. С. 30–33.

5. Доверие к судам в Украине: это возможно? URL: <https://www.ukrinform.ru/rubric-polytics/3202416-doverie-k-sudam-v-ukraine-eto-vozmozno.html> (дата звернення: 04.10.2021).

6. Жамен С., Лакур Л. Торговое право / С. Жамен, Л. Лакур / Под общ. ред. Клода Лобри. – М.: Международные отношения, 1993. 256 с.

7. Необходим один кодекс – гражданский. Выпуск № 35 (245). Налоги. URL: <https://pravo.ua/articles/neobhodim-odin-kodeks-grazhdanskij/> (дата звернення: 04.10.2021).

8. Принципи європейського договірної права. Український часопис міжнародного права. 2003. № 1. С. 83–118.

9. Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу: монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2021. 690 с.

10. Торговый кодекс Японии / под общ. ред. Тэцуо Сато, В. С. Позднякова; Ред. Н. Г. Семилютина; пер. с англ. А. А. Лыхо. М.: Микап, 1993. 252 с.

11. Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики : монографія. К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. 328 с.

12. Шаблова Е. Г. Гражданско-правовое регулирование отношений возмездного оказания услуг: дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. Екатеринбург, 2003. 363 с.

МЕХАНІЗМ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ У СВІТЛІ ПОЛОЖЕНЬ DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE

Цюра В. В.

*д.ю.н., професор, професор кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
м. Київ, Україна*

У світлі сучасних тенденцій модернізації цивільного законодавства України, зміст яких виражено, зокрема, у проєкті «Концепції оновлення Цивільного кодексу України» [1], яка була підготовлена членами Робочої групи, організованої відповідно до постанови Кабінету Міністрів України «Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України» від 17 липня 2019 р. № 650 [2] (далі – Концепція), особливої актуальності набуває проблематика вдосконалення підходів до регулювання конструкцій договірних прав, пов'язаних, серед іншого, з порядком та способами укладення правочинів у вітчизняному цивільному праві.

До орієнтирів нормативно-правової регламентації у цьому контексті безсумнівно належить «Проект спільних підходів» (інакше – «Модельні правила європейського приватного права»), відсилання до яких зазвичай здійснюється за аббревіатурою DCFR (Draft Common Frame of Reference) [3], що були підготовлені двома робочими групами під егідою Європейської комісії та становлять академічну працю, в якій синтезовано та систематизовано принципи, дефініції та модельні правила європейського приватного права. Звернення розробників Концепції до DCFR при внесенні пропозицій до оновлення положень чинного Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [4] стосовно механізмів договірних прав відбувається наскрізно. У цьому дослідженні ми зосередимось на вивченні перспектив утілення положень DCFR при вдосконаленні норм щодо укладення договорів у нормах ЦК України.

Насамперед слід звернутись до положень розділу 1 та 2 глави 4 Книги II DCFR, присвячених загальним положенням стосовно укладення договору, порядку обміну офертою та акцептом. На

цьому ж наголошується і у § 5.30 Концепції [1, с. 46]. Так, вартим запозичення є сам підхід, втілений у ст. II.–4:101 DCFR стосовно розуміння вимог для укладення договору, який вважається укладеним, якщо сторони: (а) мають намір вступити у зобов'язальне правовідношення або досягти певного іншого правового результату та; (b) досягти необхідної домовленості. У коментарі до цього положення DCFR відзначається, що під іншим правовим результатом можливо розуміти зміну або припинення існуючим прав або обов'язків або негайне відступлення чи відмову від права, а поняття «договору» включає не лише наявність у сторін двосторонніх прав і зобов'язань, але і випадки, коли лише на одну зі сторін покладаються обов'язки [5, с. 108–109]. Натомість у ч. 1 ст. 638 ЦК України на сьогодні закріплено прив'язку до досягнення згоди сторонами з усіх істотних умов договору для того, щоб він вважався укладеним, а отже вибудована залежність від приписів цивільного законодавства, що встановлюють перелік таких істотних умов загалом та для окремих видів зобов'язань.

У наступних ст. II.–4:102 та ст. II.–4:103 DCFR розкривається зміст використаних вище концепцій наміру сторони вступити у зобов'язальне правовідношення або досягти певного іншого правового результату, що повинен визначатись на основі заяв сторони або її поведінки як вони могли бути розумно зрозумілими іншою стороною; та досягнення необхідної домовленості. Останнє вже фактично включає ті самі істотні умови, про які веде мову ЦК України: домовленість вважається достатньою, якщо: (а) умови договору були достатньо визначені сторонами, щоб договір набув чинності; або (b) умови договору або права та обов'язки сторін за ним можуть бути достатньо визначені в інший спосіб, щоб договір набув чинності. При цьому також встановлюється, що якщо одна зі сторін відмовляється укладати договір, якщо сторони не домовились про якесь конкретне питання, договір не існує, якщо з цього питання не досягнуто згоди.

Окрему увагу варто приділити приписам розділу 2 глави 4 Книги II DCFR, де уніфіковано положення щодо розуміння оферти та акцепту при укладенні договору. Зокрема, у ст. II.–4:201 DCFR визначено, що пропозиція становить оферту, якщо: а) вона спрямована на укладення договору, якщо інша

сторона її акцептує; b) вона становить у достатній мірі визначені умови договору. При цьому оферта може бути направленою одній або більше конкретним особам або бути публічною, а пропозиція стосовно постачання товарів зі складу або надання послуг за заявленою ціною, зробленою підприємством у публічному оголошенні або каталозі, або шляхом виставлення товару, розглядається, якщо обставини не вказують на інше, як пропозиція поставити за таку ціну до тих пір, поки не вичерпаються запаси товарів або спроможність підприємства надавати послуги. У наступних положеннях вказаного розділу DCFR, серед іншого, врегульовано питання відзиву оферти, відмови від її акцептування, безпосередньо змісту акцепту та темпоральні аспекти укладення договору та акцептування оферти. Так, під акцептом у світлі ст. II.–4:204 DCFR слід розуміти будь-яка форму висловлювання чи поведінки акцептанта, якщо це свідчить про згоду з офертою. Мовчання або бездіяльність самі по собі не означають акцепту. Щодо часових аспектів, заслуговують на втілення у нормах цивільного законодавства України приписи стосовно моменту укладення договору: якщо акцепт був відправлений оферентом, договір вважається укладеним, коли акцепт дійде до оферента або, якщо акцепт виражається у поведінці відповідної сторони, – коли повідомлення про таку поведінку дійде до оферента (ст. II.–4:205 DCFR). У частині ж часового ліміту для акцептування оферти, то DCFR визначає, що він встановлюється оферентом. Якщо останній не встановив жодного часового ліміту, акцепт набуває чинності лише в тому випадку, якщо він дійде до оферента протягом розумного часу. При цьому, якщо оферта може бути прийнята шляхом виконання дії без попередження оферента, акцепт набуває чинності лише в тому випадку, якщо дія вчинена у визначений оферентом строк для прийняття або, якщо такий термін не встановлений, протягом розумного часу.

Також доцільно відобразити у ЦК України особливі вимоги до укладення договору за допомогою електронних засобів, без особистої комунікації, передбачені ст. II.–3:105 DCFR, згідно з якою за таких умов на суб'єкта підприємницької діяльності покладаються зобов'язання надати іншій стороні до моменту надсилання нею оферти або її акцептування, інформацію щодо:

(а) технічних кроків, які необхідно здійснити для укладення договору; (b) чи буде документ, який містить договір, надсилатись таким суб'єктом і чи буде він доступним для іншої сторони; (с) технічних засобів для виявлення та виправлення помилок введення перед надсиланням або прийняттям іншою стороною пропозиції (оферти); d) перелік мов, які пропонуються для укладення договору; (е) тлумачення будь-яких договірних умов, що використовуються. Також підприємство зобов'язане гарантувати, що договірні умови є доступними у текстовій формі, а у випадку недотримання цих вимог зобов'язаною стороною вона несе відповідальність, а її контрагент має право вийти з договору у визначений період.

Таким чином, низка важливих положень DCFR стосовно як самого поняття та підходів до факту укладення договору, так і змісту і порядку обміну офертою і акцептом можуть бути втілені у нормах цивільного законодавства України. Серед них важливим є визначення вимог для укладення договору, для чого сторони повинні мати намір вступити у зобов'язальне правовідношення або досягти певного іншого правового результату та досягти необхідної домовленості. Імплементатії у ЦК України, на нашу думку, потребує й гнучкий підхід, втілений у DCFR стосовно можливості акцептування оферти шляхом будь-якої заяви або поведінки акцептанта, але зі вказівкою, що мовчання або бездіяльність не свідчать самі по собі акцепту. Вартим уваги є й закріплення на рівні актів вітчизняного цивільного законодавства спеціальних обов'язків контрагентів при укладенні договорів у електронній формі, зокрема у світлі інформаційних зобов'язань та наданні повноцінного доступу до договору та іншої документації у електронній формі іншій стороні.

Література:

1. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.

2. Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства: постанова Кабінету Міністрів України від 17.07.2019 р. № 650. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/650-2019-%D0%BF#Text>.

3. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. URL: <https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/01/dfcr.pdf>

4. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua /laws/show/435-15#Text>.

5. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Articles and Comments [Interim Edition, to be completed] / Ed. by C. von Bar, E. Clive and H. Schulte-Nölke et al. 1604 p. URL: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR.pdf

РОЗДІЛ 4. РЕКОДИФІКАЦІЯ НЕДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

УМОВИ ДЕЛІКТНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: ПЕРЕОСМИСЛЕННЯ НА ЧАСІ

Карнаух Б. П.

*к.ю.н., доцент, доцент кафедри цивільного права № 1
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
м. Харків, Україна*

1. Переосмисленню підлягає як загальна формула умов деліктної відповідальності (протиправність, шкода, причинний зв'язок і вина), так і усталені постулати стосовно кожного із елементів цієї формули окремо.

Необхідність переосмислення зумовлена декількома чинниками. Головним із них є недостатня гнучкість формули, через яку вона часто виявляється непридатною для адекватного вирішення складних справ, пов'язаних із завданням шкоди. Зокрема, усталені доктринальні підходи до розуміння протиправності і причинного зв'язку часто перешкоджають ефективному захисту осіб, що потерпають від бізнес-зумовлених порушень прав людини.

По-друге, формула не може розглядатися без урахування правил доказування, що діють у судовому процесі. У цьому зв'язку слід зазначити що чинні правила не відповідають сучасному уявленню про те, що є істинна з наукової точки зору: правила доказування в цивільному процесі імпліцитно ґрунтуються на припущенні про досяжність абсолютної істини в рамках судового провадження, що, однак, контрастує із постмодерною концепцією істини і змагальними засадами самого судового процесу.

2. У тому, що стосується формули загалом, практика застосування деліктного права висвітила кілька проблем. Перша із них стосується розподілу тягара доказування. Здебільшого суди виходять із того, що позивач має довести протиправність, шкоду і причинний зв'язок між ними, тим часом як на відповідача покладається тягар доказування своєї невинуватості [1] (в силу презумпції винуватості, що передбачена статтею 614 ЦК України). Разом з тим, окремі судді Верховного Суду (меншість) вважають, що позивач повинен доводити тільки шкоду і причинний зв'язок цієї шкоди із діями відповідача, тим часом як відповідач має доказувати не тільки свою невинуватість, але і правомірність власних дій [2]. Цей підхід фактично означав би, що в українському праві діє не тільки презумпція винуватості, але і презумпція протиправності. Однак, це навряд чи відповідає дійсності, оскільки усі норми ЦК України чітко підкреслюють, що компенсабельною є лише шкода, завдана «неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю» (ст. 1166, 1167, 1173, 1174 ЦК України).

Наведений підхід меншості викриває важливу внутрішню суперечність між доктриною і законодавством. У доктрині традиційно вважається, що в Україні діє принцип генерального делікту[3], який, власне, і мав би означати, що будь-яка дія, котра завдає шкоди, уже в силу самого цього факту автоматично вважається протиправною (а тому протиправність окремо доводити не треба). Така модель властива французькому праву. На противагу цьому, ЦК України, наголошуючи на протиправному характері поведінки, підкреслює, що шкідливість і протиправність – не одне і те ж саме. Такий підхід властивий німецькому праву, де є умовний каталог законних інтересів, що охороняються деліктним правом, і тільки в разі їх порушення шкода підлягає відшкодуванню.

Окрім того, причиною існування підходу меншості слід вважати також і те, що протиправність і вину часто буває вкрай важко розмежувати. Адже вина означає, що особа не поводитися так, як того вимагає право. Але чи не теж саме означає і протиправність?

3. Формула в окремих випадках може бути усіченою. Це так звана суворі відповідальність (*strict liability*), або відповідальність без вини. Вона теж породжує концептуальні труднощі, які важко

подолати в рамках існуючого вчення про загальну формулу. Припустімо, що водій рухався із перевищенням швидкості і здійснив наїзд на пішохода. Однак експертиза встановила, що пішохід настільки раптово вибіг на проїжджу частину, що навіть, якби водій рухався із додержанням швидкісного режиму, він би все одно не встиг загальмувати. Вважається, що в цьому випадку водій все одно має відшкодовувати шкоду, адже його відповідальність не залежить від вини. Але, якщо придивитися пильніше, то виявиться, що покладаючи відповідальність на водія ми нехтуємо не тільки елементом вини, але й елементам протиправності і причинного зв'язку водночас, адже хоча дії водія і порушували Правила дорожнього руху, але не це порушення було причиною наїзду (навіть якби він не порушував Правил, то все одно б наїхав на пішохода), а сам факт використання автомобіля.

4. На наш погляд, переосмислення формули делікту має зводитися до визнання того, що існує щонайменше дві різні підстави деліктної відповідальності: одна із них – це вина, а інша – небезпечна діяльність.

Для першої підстави елементи делікту такі: вина, шкода і причинний зв'язок. Вина означає, що особа не поводитися так, як повинна була поводитися. Це поняття уже включає в себе дослідження того, як особа *повинна* була поводитися (тобто те, що ми звикли називати протиправністю). При цьому у PETL, зокрема, ідеться про те, що винуватою є особа, яка не поводитися так, як поводитися б за аналогічних обставин гіпотетична розумна людина (див.: ст. 4:101 і 4:102). Цілком очевидно, що гіпотетична розумна людина додержується прямих заборон, записаних у законодавстві, і виконує передбачені там же обов'язки. Але гіпотетична розумна людина додержується й інших стандартів, які прямо в законі не записані. Вона ставиться з належною увагою до інтересів оточуючих, завжди зважає, чи не зашкодять її дії іншим, і завжди діє розсудливо, вживаючи потрібних застережних заходів, щоб не турбувати інших. А якщо переслідуючи власні законні інтереси вона не може уникнути створення незручностей оточуючим, то вона зважає, наскільки це виправдано на основі балансування інтересів, і робить так, щоб створювані іншим незручності були якомога меншими.

Таке розуміння вини, вочевидь, набагато гнучкіше, аніж сучасна формула протиправності, яка часто вимагає вказівки на конкретну норму закону, яка була порушена відповідачем.

Для другої підстави (небезпечна діяльність) елементи делікту такі: небезпечна діяльність, шкода і причинний зв'язок. У такому разі ми чітко вказуємо на те, що у випадку із особливо небезпечними видами діяльності немає потреби встановлювати не тільки вину, але й протиправність поведінки заподіювача. За такого підходу відповідальність ґрунтується на тому, що особа, яка провадить небезпечну діяльність, має інтерналізувати (тобто включити у свої власні витрати) усі зовнішні негативні ефекти, які вона створює для оточуючих (так звані негативні екстерналії). Такий механізм перерозподілу втрат через деліктне право забезпечує оптимальний рівень виробництва в суспільстві і загарантовує додатне значення суспільної корисності, яку приносить та або інша небезпечна діяльність.

5. На окрему увагу заслуговує проблема стандарту доказування[4]. На відміну від тягаря доказування, який визначає, котра зі сторін повинна доводити ту або іншу обставину, стандарт доказування визначає, за яких умов обставина вважається доведеною. Незважаючи на те що зміни у цьому відношенні зазнали положення Господарського процесуального кодексу, Цивільний процесуальний кодекс продовжує усталену традицію. Проблема значною мірою залишається латентною і є відчуття, що в цивільній справі суд має бути абсолютно впевнений в істинності тверджень сторони, щоб визнати факт доведеним. Такий високий поріг переконаності доречний у кримінальних справах, але навряд чи виправданий у справах цивільних.

Особливо гостро ця проблема постає у контексті доказування причинного зв'язку. Припустімо, позивач, котрий захворів на рак легень, звертається із позовом до фабрики, розташованої поруч із його помешканням, котра впродовж тривалого часу забруднювала канцерогенами повітря околиць. Щодо онкологічних захворювань медична наука наразі не спроможна достеменно встановити, що саме викликало початок злоякісної мутації клітин в окремо взятого пацієнта. А це означає, що завжди існує імовірність, що рак міг бути викликаний чимось іншим, наприклад тим, що особа палила, або через спадковість, неправильне харчування тощо.

Відповідно, за умови застосування високого стандарту доказування позов до фабрики ніколи не буде задоволений. Але чи справедливий такий результат, якщо дані епідеміології вказують, що через шкідливі викиди на фабриці захворюваність на рак у мешканців прилеглих територій на 30% вище, ніж у решти населення. Математично це означає, що зі 130 захворілих у цій місцевості 30 людей захворіли саме через фабрику. Проте оскільки цих тридцятьох не можна виокремити із загальної маси усіх захворілих – відшкодування не отримає ніхто.

Такі, та інші їм подібні, складні випадки вимагають комплексного підходу. Вихід може полягати у пониженні порогу, який задається стандартом доказування в цивільних справах. Іншою альтернативою може стати реверсія тягара доказування, запроваджена як виняток для окремих справ. У деяких юрисдикціях тягар доказування, що покладається на позивача, полегшується за допомогою таких концепцій як *prima facie* докази чи доктрина *res ipsa loquitur* тощо. Наразі жодна із таких концепцій не відома українській юриспруденції. Тож, для того, аби використовувати потенціал деліктного права на повну потужність, належить переосмислити не тільки умови деліктної відповідальності з точки зору матеріального права, але й забезпечити необхідну гнучкість у процесуальних правилах, що стосуються доказування цих елементів перед судом.

Література:

1. Постанова Касаційного господарського суду від 22 липня 2019 року у справі № 909/374/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/83150461>; Постанова Касаційного цивільного суду від 28 листопада 2019 року у справі № 635/1382/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85966595>.

2. Див.: Окрема думка судді Касаційного цивільного суду Крата В. І. від 06 березня 2019 року у справі № 522/1781/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80330591>; Окрема думка суддів Касаційного цивільного суду Крата В. І. і Русинчука М. М. від 01 серпня 2019 року у справі № 642/5831/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/83514348>.

3. Баранова, Л. М., Баулін, Ю. В., Берестова, Н. Є. та ін. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар: в

12 т. / за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків: Право, 2014. Т. 11: Недоговірні зобов'язання. С. 92; Бурлака, І. В. Зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої без вини. Харків : Право, 2016. С. 72–73; Отраднава, О. О. Проблеми вдосконалення механізму цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань. Київ: Юрінком Інтер, 2014. С. 113; Отраднава, О. О. Генеральний делікт у цивільному праві: відповідальність чи зобов'язання. Відповідальність у приватному праві / за заг. ред. проф. І. Безклубого. Київ : Грамота, 2014. С. 147–154.

4. Докладно про це див.: Karnaukh, B. 'Standards of Proof: A Comparative Overview from the Ukrainian Perspective' 2021 2(10) Access to Justice in Eastern Europe 25–43. DOI: 10.33327/AJEE-18-4.2-a000058.

ГЕНЕРАЛЬНИЙ ДЕЛІКТ І СИСТЕМА СПЕЦІАЛЬНИХ ДЕЛІКТІВ: ПЕРСПЕКТИВНІ РЕЗУЛЬТАТИ РЕКОДИФІКАЦІЇ

Орзіх Ю. Г.

*к.ю.н., доцент, доцент кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»
м. Одеса, Україна*

Зауваження методологічного характеру

Будь-яка рекодифікація передбачає врахування помилок попередньої кодифікації, адаптація існуючого законодавства актуальним потребам суспільства у регулюванні відповідних відносин.

Таким чином, умовою можливості рекодифікації як такої стає рефлексія пережитого та усвідомленого досвіду. Інше питання в тому, що саме повинно бути номіноване в якості легітимного джерела такого досвіду.

Думається, що єдиним можливим джерелом такого досвіду є досвід правозастосування, а не досвід кодифікації. Саме правозастосування дає можливість в реальних умовах перевірити

дієвість відповідної норми права чи навіть правового інституту. У практиці правозастосування норма права оживає.

Саме існуюча судова практика, в якій відображені результати правозастосування, та погляди і правові позиції самих суб'єктів правозастосування на те, яким повинно бути регулювання тих чи інших відносин має бути джерелом такого досвіду. Поєднання позицій суб'єктів правозастосування на те, як необхідно врегулювати ті, чи інші відносини з результатами правозастосування додасть до кінцевого продукту рекодифікації фундаментальні принципи цивільного права, що забезпечують когерентність системи права. Сама по собі судова практика не є носієм цих принципів.

Щодо проблеми рекодифікації деліктних зобов'язань.

Історія розвитку європейських держав дає нам багатий ресурс для аналізу. Загальний бекграунд у вигляді римського права дає можливість нам спілкуючись на різних мовах про різне законодавство все ж таки розуміти один одного.

Навіть поверхневий аналіз закріплених у законодавстві європейських країн принципів поділу/класифікації деліктних зобов'язань дає можливість зробити висновок, що якоїсь єдиної вірної класифікації деліктних зобов'язань не існує і, напевно, існувати не може. Будь-яка законодавчо закріплена класифікація деліктних зобов'язань, утворюючи собою певну структуру деліктних зобов'язань (систему спеціальних деліктів), виконує певну функцію зовні. Таким чином, структура деліктних зобов'язань залежить від функції, яку вони повинні виконувати зовні щодо конкретних життєвих ситуацій.

На прикладі різних правопорядків ми можемо зустріти різні підходи до вирішення так званої проблеми конкуренції деліктної та договірної відповідальності. Тобто за умови існування договірних зобов'язань, наприклад, між завдавачем шкоди та страховою компанією, позов необхідно подавати до страхової компанії, не дивлячись на існування деліктних зобов'язань, чи все таки віддавати перевагу праву потерпілої особи на відновлення її стану та можливість подавати позов за її вибором, або до завдавача, або до страховика.

Десь буде віддаватися перевага наявності договірних зобов'язань у конкретних ситуаціях завдання шкоди, а в інших

безсумнівна перевага буде на стороні деліктних зобов'язань і договір в даному випадку буде займати або другорядну позицію або допоміжну.

Як правило така ситуація стає проблемою у тому правопорядку де відсутній єдиний критерій класифікації спеціальних деліктів узгоджений з казусами де наявні або відсутні договірні зобов'язання.

Про що саме йде мова? Ні для кого не секрет, що життя, з його вскрай низьким рівнем прогнозованості та високим рівнем непередбачуваності, набагато багатогранніше аніж будь-яка юридична конструкція та нормативна модель відносин, що закріплена у нормах права. Право, упорядковуючи відносини певним чином, завжди намагається зробити динамічне життя більш врегульованим, впорядкованим та передбачуваним але завжди діє із запізненням.

Сьогодні можна сказати, що мінливістю позицій Верховного Суду вже нікого не здивуєш. Це взагалі породило окремий жанр правових позицій у яких Верховний Суд відійшов від раніше висловленої позиції. З однієї сторони це цілком нормальна відповідь на мінливість життєвих ситуацій, з іншого це явно не грає на користь принципу правової визначеності (legal certainty).

Розглянемо ситуацію. Відповідно до частини 1 статті 1172 Цивільного кодексу України Юридична або фізична особа відшкодовує шкоду, завдану їхнім працівником під час виконання ним своїх трудових (службових) обов'язків. В свою чергу відповідно до частини 2 статті 1187 Цивільного кодексу України шкода, завдана джерелом підвищеної небезпеки, відшкодовується особою, яка на відповідній правовій підставі (право власності, інше речове право, договір підряду, оренди тощо) володіє транспортним засобом, механізмом, іншим об'єктом, використання, зберігання або утримання якого створює підвищену небезпеку. І нарешті стаття 1194 Цивільного кодексу України, яка встановлює, 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).

Ці три норми фактично встановлюють різних зобов'язаних суб'єктів нібито для різних ситуацій, а у реальності можливо і для одної.

Однак, нескладно уявити ситуацію дорожньо-транспортної пригоди за участю таксі, водій якого є винуватцем та працює на фірму і відповідальність якого застрахована відповідно до Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів». За таких умов законодавство немає однозначної відповіді на питання того, хто має відшкодовувати шкоду та в якому порядку. Судова практика з цього приводу також не має однозначної позиції.

Проілюстрована проблема має глибокі методологічні витоки аніж просто віддання переваги договірній відповідальності або деліктній.

Проблема полягає у складнощах матеріально-правової кваліфікації конкретного життєвого казусу, коли до однієї і тої самої ситуації можуть бути застосовані різні норми права.

Справедливим буде відмітити, що домінуюча диспозитивність у регулюванні цивільних правових відносин дозволяє нам лавірувати та проявляти максимальну гнучкість у питаннях правозастосування норм цивільного права. Дивлячись на існуючі норми Цивільного кодексу України про відшкодування шкоди з позиції проблеми матеріально-правової кваліфікації можна звернути увагу, що всі спеціальні делікти орієнтовані або на особливості суб'єктного складу, або на особливості об'єктного складу правовідносин.

У тих же випадках, коли трапляється казус, що дозволяє одночасно застосовувати різні норми Цивільного кодексу України ми не маємо визначального критерія, керівного принципу для застосування однієї норми та незастосування іншої.

Які можливі варіанти виходу з такої ситуації з урахуванням існуючого процесу рекодифікації?

Перший варіант шляху, доволі догматичний шлях, пов'язаний з тим, що учасниками процесу рекодифікації буде прийнято рішення віддати перевагу, наприклад, деліктній відповідальності чи договірній, суб'єктно орієнтованій нормі чи об'єктно орієнтованій і т.д. Наприклад, одним з таких можливих вирішень законодавчої неоднозначності може стати запозичення принципу

суворої відповідальності «strict liability», висловленого у Принципах Європейського права з відшкодування шкоди (Principles of European Tort Law далі PETL). Даний принцип застосовується до шкоди завданої джерелом підвищеної небезпеки (art. 5:101 abnormally dangerous activities). Так, відповідно до секції 1) art. 5:101 PETL *особа, що здійснює надзвичайно небезпечну діяльність є однозначно відповідальною за шкоду, що випливає з характеристик такої діяльності та є її наслідком.* [1] Таким чином, запропонована до розгляду ймовірна ситуація з ДТП за участю автомобіля таксі вирішується доволі однозначно і не має значення чи існують трудові відносини між водієм таксі та фірмою, чи ні, чи застрахована відповідальність водія таксі, чи ні. Такий водій відповідальний перед потерпілим за шкоду, що була заподіяна внаслідок здійснення надзвичайно небезпечної діяльності, що полягає в управлінні транспортним засобом. Звісно, що за таких умов окремого значення набуває концептуалізацію поняття «надзвичайно небезпечна діяльність», аналогом якої у чинному Цивільному кодексі України є джерело підвищеної небезпеки.

Такий шлях може навіть створити нову систему спеціальних деліктів чи доповнить та розширить існуючу, як то передбачено Концепцією оновлення Цивільного кодексу України, і скоріш за все усуне окремі симптоми проблеми на певний період часу, але це не усуне саму проблему.

Життєві ситуації будуть і далі кидати виклики і інколи ставити законодавця та суб'єктів правозастосування у глухий кут. Однією з таких ситуацій є проблема кваліфікації шкоди, що завдана особі, яка використовує біонічний протез, який дає їй можливість відчувати дотики, тобто діє як повноцінний аналог людської кінцівки. Якщо під час бійки такий біонічний протез був пошкоджений, людина може навіть відчувати біль. Як тоді кваліфікувати дії особи, як шкоду чи як нанесення тілесних ушкоджень? Різниця буде принципова. Це або порушення цивільних прав або кримінальне правопорушення (злочин). Вирішення цієї проблеми у вигляді конкретного закону чи судового прецеденту, у країнах де він діє, знову усунуть скоріш симптом, а не саму проблему. Сама проблема буде полягати в тому, що в праві необхідно переглядати межі людини, проводити

реконцептуалізацію того, що саме є людиною у праві та де закінчується людина і починається техніка, наприклад.

З огляду на це, можна розглянути запропоновані у Концепції оновлення Цивільного кодексу України зміни системи спеціальних деліктів. Зокрема, пропонується доповнення чинного ЦК України положеннями щодо відшкодування шкоди, завданої робототехнікою, штучним інтелектом, шкідливим програмним забезпеченням та інші [2]. З цього приводу постає низка питань, як то: перше принципове питання полягає в тому, чи закріплюємо ми право на самостійні (власні) дії за штучним інтелектом, робототехнікою та програмним забезпеченням оскільки цей крок веде до того, що за цими об'єктами ми повинні закріплювати статус суб'єкта; якщо ж не йти цим шляхом, то постає питання визначення відповідального у заподіянні шкоди суб'єкта (хто саме може бути відповідальним оператор робототехніки (аналогія з водієм транспортного засобу), особа, яка її налаштувала чи виробник. Як можна побачити ці питання мають по-перше, методологічний характер, а по-друге, зачіпають не тільки питання відшкодування шкоди але і питання суб'єктного складу таких правових відносин.

Другий варіант шляху вирішення проблеми матеріально-правової кваліфікації пов'язаний з напрацюванням та формулюванням принципу прийняття рішення суб'єктом правозастосування. Таким чином, зусилля проектної групи будуть зорієнтовані не стільки на те щоб створити нову систему спеціальних деліктів, скільки забезпечити суб'єктів правозастосування належним базисом для прийняття ними рішень. Складнощі цього процесу не тільки в тому, щоб сформулювати та закріпити такий базис у процесі рекодифікації але і в надзвичайно великій відповідальності, що додатково покладається на суб'єктів правозастосування. Оскільки прийняти та обґрунтувати рішення суду по конкретній ситуації керуючись принципами права, закріпленими у нормах права набагато складніше ніж скористатися конкретною нормою, яка дає конкретну відповідь у спірній ситуації.

Користь від такого варіанту вирішення проблеми, на мій погляд, перекидає усі складнощі, які виникають на його шляху. Продукти такої рекодифікації мають більш тривалий період дії та

менше схильні до знецінення із плином часу. Достатньо лише звернути увагу на те, що менш ніж за 20 років існування Цивільного кодексу України зараз пропонується доповнити його дев'ятьма новими видами спеціальних деліктів. Особисто переконаний, що через років десть цей оновлений перелік можна буде доповнити ще, як мінімум, дев'ятьма видами нових спеціальних деліктів. Можливо треба припинити постійно намагатися наздогнати поїзд, що відійшов від платформи і спробувати зосередитися на підвищенні якості законодавчої техніки та правозастосуванні.

Література:

1. Principles of European Tort Law. URL: <http://www.egtl.org/PETLEnglish.html>.
2. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.

ДО ПИТАННЯ ПРО ОНОВЛЕННЯ СИСТЕМИ ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Пленюк М. Д.

*д.ю.н., професор, учений секретар
Київського регіонального центру
Національної академії правових наук України
м. Київ, Україна*

Деліктні зобов'язання протягом багатьох тисячоліть видозмінювалися. Як наслідок, одні види деліктних зобов'язань реформувалися і замість них виникли нові. Так, наприклад, відповідальність за заподіяну шкоду видозмінилася від найбільш суворого покарання смерті до штрафних санкцій у вигляді штрафу (*actiones poenales*) та відшкодування заподіяної шкоди (*actiones rei persecutoriae*).

Однак, незалежно від динаміки розвитку щодо покарання за спричинену шкоду, загальне розуміння шкоди (делікту)

залишається незмінним – деліквент у повному обсязі має відшкодувати завдану шкоду. Наслідком реалізації деліктної відповідальності є відновлення первинного стану потерпілого.

Дефініція «делікти» походить від латинського слова *delictum*, означає правопорушення і, як правило, протиставляється договірним (*ex contractum*) та «якби (квазі) договірним» (*quasi ex contractum*) зобов'язанням. Делікти мають місце виключно в разі порушення якогось конкретного абсолютного суб'єктивного права потерпілого.

У часи римського цивільного права делікти поділялися на три групи. До першої групи відносилися травма (*injuria*). Положення законів XII таблиць про *injuria* були радикально змінені преторським едиктом, надавши можливість використовувати його до усіх форм посягань на особистість. Так, наприклад, у дописах Авла Геллія йдеться про Л. Верація, який у своє задоволення ходив по вулицях і роздавав ляпаси, за ним йшов слуга з грошима, і відразу виплачував кожному кого образив Л. Верацій по 25 ассов. Враховуючи те, що сума штрафів була надто малою, преторським законом було змінено підхід з мінімальних штрафів на позови з особистих образ (*actio injuriarum aestimatoria*), зокрема претор сам у кожному конкретному випадку визначав суму штрафу, яка сплачувалася кривдником. З часом поряд із цією деліктною відповідальністю виникала й кримінальна відповідальність, що призвело до обрання потерпілим вибору між кримінальним чи цивільним процесом (§ 10 *In. 4.4*: «*In summa sciendum est de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere vel civiliter*») [1, с. 46].

До другої групи відносили крадіжку (*furtum*). Важливим моментом було те, що в період преторських законів при *furtum* була відмінена особиста відповідальність. Претор при кожному випадку самостійно встановлював відповідальність у вигляді штрафу (*in quadruplum actio furti manifesti, actio furti prohibiti* и *non exhibiti*). Потерпіла сторона завжди мала право витребувати вкрадену річ, у разі якщо речі у крадія уже не було, то витребуувалася його вартість.

Третю групу становили пошкодження, що призвели до травми (*damnum injuria datum*). Відповідальність за пошкодження чужих речей була передбачена особливим законом *Lex Aquilia*, який

містив три глави. В першій йшлося про те, що той хто вб'є чужого раба чи його тварину повинен сплатити господарю найвищу ціну. У другій главі встановлювалася відповідальність щодо неналежної вимоги. Глава третя містила умову про відшкодування власнику за тварину чи раба вартості, яка еквівалентна вартості за останній місяць. Для настання відповідальності не вимагалось щоб шкода була завдана умисно, достатньо було і простої необережності (*culpa levis*). З часом такий критерій розподілу правопорушень та виникнення відповідальності призвів до масової непокори та появи нових видів деліктів, зокрема грабежу (*rapina*), погроз (*metus*), обману (*dolus*) тощо.

Слід констатувати, що наведені види деліктів становили деліктну систему у римському праві, яка будувалася не на загальному розумінні делікту як правопорушення, а на окремих його видах зокрема. Відтак, для задоволення вимог про відшкодування шкоди, потрібно було зазначити умови того чи іншого виду делікту. Суди задовольняли такі вимоги в повному обсязі майже усім хто звертався з вимогою про відшкодування шкоди.

Враховуючи наведене слід констатувати, що підхід щодо розуміння недоговірних зобов'язань не змінився, однак з часом відбулася модифікація системи недоговірних зобов'язань, яка продовжує тривати і видозмінюватися на сучасний лад. Так, наприклад, обіцянка відшкодування збитків, шкода завдана інформацією чи порадою, використання чужого майна в інтересах інших осіб є регламентованими зарубіжними Цивільними кодексами, однак відсутні у ЦК України.

На нашу думку, при оновленні ЦК України слід насамперед запозичити позитивну практику щодо невідомих раніше українському законодавстві вищенаведених конструкцій недоговірних зобов'язань, а також модернізувати зміст закріплених у ЦК України недоговірних зобов'язань. До цього зумовлюють такі новітні документи як DCFR, Принципи європейського деліктного права та інші. Необхідність удосконалення цивільного законодавства пояснюється й неузгодженістю застосування актів Європейського Союзу, відсутністю єдиної термінологічної бази національного та європейського законодавства, з'ясування правової природи та

змісту окремих видів недоговірних зобов'язань, які не регламентовані діючим ЦК України.

До системи недоговірних зобов'язань повинні входити: зобов'язання щодо використання чужого майна в інтересах інших осіб; обіцянка щодо відшкодування збитків; недобросовісна конкуренція; відповідальність за недобросовісне ведення переговорів (переддоговірна відповідальність) (*culpa in contrahendo*); публічний штраф у деліктних зобов'язаннях (*civil penalty*); судовий штраф за невиконання судового рішення (*l'astreinte*); відповідальність за неправдиві запевнення та гарантії (*representations and warranties*); компенсація втрат (*indemnity*); дотримання розумного балансу інтересів особи, яка притягається до відповідальності і особи, якій завдано шкоду; плата за невмотивовану відмову від договору (*break-up fee*); введення єдиного критерію для визначення «порушення зобов'язання», в яке вкладатиметься розуміння невиконання та неналежного виконання зобов'язань (*non-performance*), що надасть змогу кредиторі на свій розсуд скористатися будь-яким найоптимальнішим для нього способом правового захисту; звільнення від відповідальності (*impediment beyond control*) у разі доведення, що невиконання зобов'язання викликане перешкодою поза її контролем (таке звільнення від відповідальності повинно діяти тільки під час існування форс-мажорних обставин за умови вчасного інформування протилежної сторони про їх настання та не перешкоджати сторонам здійснювати інші, крім відшкодування збитків, права); компенсація моральної шкоди; особливості визначення вини юридичної особи; особливості відшкодування шкоди, завданої штучним інтелектом тощо.

Зосереджуючи увагу на доробці сучасного цивільного законодавства України загалом та деліктного права зокрема, видається слушним звернути увагу на найбільш затребувані вимоги часу. Так, наприклад, свого негайного вивчення потребують питання цивільно-правової відповідальності в умовах зовнішньої агресії та терористичних загроз, забруднення навколишнього середовища та інші.

Таким чином, означене дозволяє стверджувати, що законодавство України у сфері компенсаційних відносин на сьогодні все ще залишається несформованим. Окрім наведеного

вище невіршеними залишаються питання визначення суб'єктів права на компенсацію; методика розрахунку розміру компенсації, особливості відшкодування шкоди в умовах збройних конфліктів, підстав або критеріїв виникнення права на компенсацію від держави, строків її виплати тощо.

Література:

1. Покровский И. А. История римського права. СПб.: Издательско-торговий дом «Летний сад», 1999. С. 527.

2. Довгерт А. С. Система недоговірних зобов'язань. Новітні тенденції зобов'язального права (Матвєєвські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Київ, 26 жовтня 2018 р. К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2019. С. 228.

РЕКОДИФІКАЦІЯ НЕДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ: ЗАПИТОВА ПОЗИЦІЯ НАЦІОНАЛЬНИХ СУДІВ

Погрібний С. О.

*д.ю.н., професор, суддя Верховного Суду,
головний науковий співробітник відділу дослідження проблем
взаємодії держави та громадянського суспільства
Київського регіонального центру
Національної академії правових наук України,
член-кореспондент Національної академії правових наук України
м. Київ, Україна*

Сучасні процеси оновлення цивільного законодавства в Україні пов'язані, передусім, із уніфікацією приватного права в Європейському Союзі (далі – ЄС). При цьому варто зважати на те, що кодифікація завжди пов'язана із практичними питаннями. Оновлення чинних кодексів завжди пов'язане з прецедентним правом, практикою застосування положень закону учасниками правовідносин та судом. Підтримуючи в цілому пропозиції з оновлення зобов'язального права, напрацьовані розробниками

зазначеної Концепції оновлення ЦК України, потрібно визнати як їх надзвичайно корисні та продовжити роботи з деталізації й конкретизації цих пропозицій з удосконалення положень ЦК України. На цьому етапі законотворчої роботи потрібно запропонувати конкретні шляхи щодо розвитку сформульованих у ній ідей, навести власне бачення окремих проблемних питань, що потребують нагального врегулювання у цивільному законі.

Наголосимо, що судова практика, зокрема й Верховного Суду, виявила та унаочнила у механізмі правового регулювання цивільних відносин численні колізії, прогалини та приклади неефективного або несправедливого правового регулювання тих чи інших відносин. Такі колізії та недоліки правового регулювання мають бути усунуті.

Прикладами для наслідування прийнятних варіантів вирішення тих чи інших проблем правового регулювання є загальновизнані та сприйняті науковою громадськістю приклади приватних та державних кодифікацій у сфері приватного права, європейські і світові стандарти, створені міжнародними організаціями та окремими країнами з метою удосконалення національного правового регулювання цивільних відносин.

Визначаючи найбільш актуальні, на власну думку, напрямки удосконалення цивільного законодавства, зазначимо, що пріоритетом є належна та детальніша регламентація зобов'язальних, у першу чергу недоговірних, відносин, що гарантують приватній особі право на отримання справедливої компенсації в разі завдання істотної шкоди її правам, інтересам та майновим та немайновим благам в результаті такої поведінки іншої особи, яка не відповідала розумним очікуванням за таких обставин.

1. Однією з проблем деліктного права є неналежна захищеність постраждалої особи, особливо у дорожньо-транспортних пригодах.

Практика знає безліч прикладів, коли створювалися правові конструкції з метою унеможливлення на майбутнє притягнення до відповідальності юридичної особи – перевізника, іншої транспортної компанії. Стало прикрою традицією, коли ризики настання негативних наслідків ведення небезпечної діяльності,

зокрема надання транспортних послуг, покладаються на завідомо неплатоспроможну особу.

Змоделюємо гіпотетичну ситуацію: у потоці транспорту рухається автомобіль таксі, позначений назвою якоїсь відомої компанії. Після потрапляння цього автомобіля у дорожньо-транспортну пригоду може виявитися, що його водій, який надає послуги від імені цієї відомої компанії, в ній за трудовим договором не працевлаштований, самий транспортний засіб цієї організації так само не належить їй вона ним не користується, а договір з пасажиром на перевезення був укладений з невідомим контрагентом. Залишимо поза увагою питання договірних відносин, що виникатимуть з приводу здійснення перевезення пасажирів, оскільки це виходить за межі нашого дослідження. У цій гіпотетичній ситуації нас цікавлять питання регулювання та реалізації деліктних відносин, що виникають з третіми особами.

2. Потрібно застерегти, що є поширеним погляд, що правила глави 82 ЦК України регулюють виключно деліктні відносини. З такою оцінкою погодитися неможливо.

За задумом розробників ЦК України правилами цієї глави ЦК України мали регулюватися усі цивільні відносини з приводу відшкодування шкоди, завданої приватній особі у недоговірних відносинах. Як кодекс приватного права ЦК України мав на меті забезпечити приватну особу в усіх правових відносинах, в які ця особа вступила у своєму житті, окрім тих, що за своєю правовою природою не є цивільними та врегульовувалися законом відмінним чином.

За цим задумом особа, яка незаконно піддана кримінальному переслідуванню, також повинна була отримувати судовий захист за правилами ЦК України (стаття 1176 ЦК України). Так само й особа, яка не змогла отримати повне відшкодування шкоди, завданої їй в результаті вчинення проти неї злочину безпосередньо від винної особи, за правилом статті 1177 ЦК України вправі була розраховувати на отримання справедливої компенсації таких втрат від держави.

Отже, запроваджуючи зміни до глави 82 ЦК України потрібно враховувати, що вміщеними у ній правилами регулюються не тільки деліктні відносини, а й інші відносини, які за своєю

правовою природою не є деліктними та пов'язані з виплатою відшкодування, компенсації не за правилами делікту.

3. Розвиваючи попередню тезу, відзначимо, що українське законодавство потребує розмежування двох різних категорій – відшкодування шкоди та її компенсація.

Компенсація, зазвичай, застосовується не в межах існуючих деліктних відносин, а у тому випадку, коли отримати повне відшкодування від безпосереднього заподіювача шкоди є неможливо або надзвичайно утруднено. Йдеться про компенсацію державою шкоди, завданої від терористичного акта, а також заподіяної в результаті збройної агресії іноземної країни, від злочину тощо.

Держава має позитивний обов'язок взяти на себе витрати із компенсації такої шкоди жертвам насильницьких злочинів відповідно до Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою, схваленою резолюцією 40/34 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада 1985 року. Відповідно до пункту 12 цієї Декларації в тих випадках, коли компенсацію неможливо отримати в повному обсязі від правопорушника або з інших джерел, державам належить вживати заходи з надання фінансової компенсації:

а) жертвам, які в результаті тяжких злочинів отримали істотні тілесні ушкодження або зазнали істотного порушення свого фізичного чи психічного здоров'я;

б) сім'ям, зокрема утриманцям осіб, які померли або стали фізично чи психічно недієздатними в результаті такої віктимізації.

Першочергово, держава має принаймні взяти на себе обов'язок та реалізувати право осіб на отримання компенсації жертвам злочинів у таких мінімальних розмірах, надалі визначаючи фінансові можливості держави з виплати такої компенсації відповідно до наявності коштів у Державному бюджеті України.

Так само й першочергово Українська держава повинна визначити порядок, умови та розміри виплати компенсації шкоди особам – громадянам України, які змушені були переселитися з тимчасово окупованих територій Луганської, Донецької областей та АР Крим.

Наголошую, це не є цивільно-правовою відповідальністю держави, а є мірою її політичної відповідальності за незабезпечення публічної функції, пов'язаної з гарантуванням недоторканості своїх кордонів та безпеки її громадян. В цьому має знайти й прояв соціальної функції сучасної держави. Суто цивільно-правові конструкції приватно-правового делікту для реалізації таких компенсаторних механізмів не можуть бути застосовані, бо не відповідають правовій природі цих явищ.

4. Судова практика також уточнила різницю у підходах до розуміння принципу безпосередності завдання шкоди, право на відшкодування якої має особа. Зокрема, у справі № 523/2163/16-ц (провадження № 61-26889св18) Верховний Суд не зміг дійти одностайності під час розгляду позову родича особи, яка безпосередньо зазнала тілесних ушкоджень у результаті дорожньої пригоди.

Так, на переконання судді – автора окремої думки, тлумачення статті 1168 ЦК України дає підстави для висновку, що законодавець певним чином визначив умови, при яких право на відшкодування моральної шкоди за збитки, завдані каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, набуває інша особа, а не потерпілий, якому завдано таке ушкодження здоров'я, і такою умовою є смерть потерпілого. Отже, за умови, коли внаслідок каліцтва чи іншого ушкодження здоров'я потерпілий живий, право на відшкодування моральної шкоди у зв'язку із такими пошкодженнями має лише сам потерпілий, а не члени його сім'ї чи близькі родичі.

Отже, не за будь-які страждання, яких зазнає особа і які викликані неправомірною поведінкою не стосовно неї самої, а до членів сім'ї чи близьких родичів, заподіювач буде нести обов'язок з відшкодування моральної шкоди, а виключно у випадках, що безпосередньо передбачені законом. Зокрема, для відшкодування моральної шкоди має існувати безпосередній зв'язок між діями заподіювача шкоди та стражданнями родича потерпілого. У тому випадку, коли моральна шкода родича є наслідком страждань потерпілого, а не безпосереднім наслідком дій заподіювача шкоди потерпілому у дорожньо-транспортній пригоді, на переконання судді-автора окремої думки, відсутні підстави для відшкодування моральної шкоди [1].

Отже, за встановлених обставин особа має право на відшкодування шкоди лише у тому разі, якщо негативні наслідки для неї та втрати у її майновій та/або немайновій сфері настали (виникли) б напряду (безпосередньо) з дій заподіювача такої шкоди. Причому, такі негативні наслідки не можуть бути опосередковані будь-якими свідомими цілеспрямованими діями майбутнього позивача.

Оцінюючи обґрунтованість вимог позивача, колегія суддів склала свою правову позицію щодо кола можливих заінтересованих осіб, уповноважених на отримання відповідної реституції (відшкодування).

Відповідно, законодавець має дати відповідь, чи вправі вимагати відшкодування близькі родичі, дружина особи, безпосередньо постраждалої від інциденту, що мав місце з вини відповідача, тощо.

5. Нагальним для практики також є питання про нормативний статус статті 23 ЦК України. У літературі виявлена вся палітра думок з приводу значення правил цієї статті. Одні автори переконані, що її положення мають самостійний характер та її правил достатньо для вирішення питання про відшкодування шкоди (Шимон С. та інші). Інші вважають, що правил цієї статті недостатньо для відшкодування шкоди у конкретній правовій ситуації. До другої групи науковців належить й автор цих тез: призначення глави 2, статей 15–23 ЦК України – дати визначення інструментарію, запровадженого законодавцем для відновлення стану особи до вчинення стосовно неї певного правопорушення.

Варіанти бажаної та небажаної поведінки визначаються більш конкретизовано у наступних підрозділах ЦК України. Правил зокрема статті 23 ЦК України для того, щоб скласти деталізоване уявлення про заборонену поведінку, що призводить до застосування такого способу захисту цивільних прав, недостатньо.

Визнаймо, що у судовій практиці не застосовується такий правовий захід як визначення правочину недійсним виключно на підставі статті 16 ЦК України. За такої логіки, чи вправі суд постановляти рішення про відшкодування шкоди, застосовуючи правила статей 22, 23 ЦК України? Запитання є риторичним. Приватна особа кожної миті зазнає втрат як наслідок перебігу різноманітних економічних процесів, зокрема й передбачуваного

знецінення національної валюти. Проте, чи дає виникнення такої шкоди право кожному громадянину на вимогу про відшкодування шкоди до уряду країни.

Інший приклад: забудовник побудував інший, новіший і сучасніший, будинок, в результаті цього квартира особи, що розташована у старішому будинку, який вже не є таким сучасним і вже не так відповідає вимогам сьогодення, втратила у своїй ринковій вартості. Відповідно, майнове благо власника старішої квартири зменшилося у своїй вартості. Хіба це дає підстави вимагати від добросовісного забудовника відшкодування різниці у вартості квартири, що побудована раніше, до та після описаних подій. Зрозуміло, що ні.

6. Визначаючи напрямки удосконалення положень глави 82 ЦК України, варто визнати, що судова практика засвідчила велике зростання застосування вимог про відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Застосування такого способу захисту досить часто набуває рис поширеного й безпідставного застосування до неоднорідних цивільних відносин, відповідно, назріла потреба в певному обмеженні застосування такого способу захисту цивільних прав як відшкодування немайнової шкоди.

Як представляється, найбільш логічним є обмеження можливості застосування такого способу захисту виключно в разі порушення немайнових благ особи, зокрема пов'язаних з недоторканістю честі, гідності, ділової репутації фізичної особи, з її здоров'я та життям.

7. Наголосити треба на необхідності розмежування правил про відшкодування шкоди за нормами договірного і недоговірного права.

Більш чітка і глибока диференціація норм існує не тільки у договірному праві і недоговірному праві, а у першу чергу, у праві приватному та публічному.

Книга VI DCFR присвячена позадоговірній відповідальності, що виникає в результаті шкоди, заподіяної іншій особі. Деякі правила Книги VI про позадоговірну відповідальність за шкоду, завдану іншій особі, захищають від такої поведінки, яка є шкідливою для суспільства в цілому. Багато з цих правил також можна розглядати як приклади правил, що сприяють безпеці [2]. Правила DCFR регулюють інші приватні права і обов'язки в сфері свого застосування, навіть якщо вони виникли не з договору.

Зокрема, вони охоплюють права і обов'язки, що виникають в результаті безпідставного збагачення, заподіяння шкоди іншій особі або дії в чужому інтересі без доручення. Також вони поширюються на обов'язки, які можуть бути покладені на особу, наприклад, в силу того, що вона володіє активами, обтяженими реальним забезпеченням, або є довірчим власником. Отже, DCFR охоплює позадоговірні зобов'язання більшою мірою, ніж *Principles on European Contract Law (PECL)*[3].

Література:

1. Окрема думка судді Верховного Суду Ступак О. В. від 11 грудня 2019 року у справі № 523/2163/16-ц (провадження № 61-26889св18)//Електронний ресурс. Режим доступу: <http://reestr.court.gov.ua/Review/86607333>
2. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). 2009 by sellier. European law publishersGmbH, Munich. P. 15. URL: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf
3. Там само. С. 23.

СПІЛЬНА БАТЬКІВСЬКА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ: НАЗРІЛА НЕОБХІДНІСТЬ НОВИХ ПІДХОДІВ В УКРАЇНІ

Простибоженко О. С.

*к.ю.н., старший науковий співробітник відділу
забезпечення інтеграції академічної та університетської
правової науки та розвитку юридичної освіти
Київського регіонального центру
Національної академії правових наук України
м. Київ, Україна*

В психології встановлено, що в силу своїх психоемоційних вікових особливостей дитина потребує зростання у стійкому (сталому) і спокійному оточенні. З іншої сторони дослідження у сфері дитячої психології та соціології вказують, що найбільш повноцінно дитина розвивається у середовищі під опікою та

піклуванням обох батьків. Розірвання стосунків між батьками, розпад їх сім'ї зумовлюють найбільші труднощі у житті дитини.

Донедавна достатнім для розвитку дитини визнавалося зростання під опікою одного з батьків за умови регулярного контакту з іншим з батьків (т.зв. «недільний тато» чи «батько вихідного дня»). Однак на сьогодні соціологічні дослідження вказують, що покоління таких дітей менш задоволене своїм дорослим життям, серед них значно вищим є відсоток нарко- і алкозалежних тощо. Тому сьогодні держави Заходу шукають шляхів для: 1) більшого залучення другого з батьків до участі у житті дитини та 2) зменшення рівня конфліктності між батьками.

Саме на підставі цих висновків у ст. 18 Конвенції про права дитини проголошено необхідність, щоб держави-учасниці докладали всіх можливих зусиль до того, щоб забезпечити визнання принципу загальної та однакової відповідальності обох батьків за виховання і розвиток дитини.

В 2013 році Комітет ООН з прав дитини схвалив Коментар № 14 щодо найкращих інтересів дитини. Відповідно до п. 67 зазначеного Коментаря Комітет ООН з прав дитини виходить з того, що спільна відповідальність батьків є загалом в найкращих інтересах дитини. Суперечить найкращим інтересам дитина, якщо закон автоматично наділяє батьківською відповідальністю одного або обох батьків. При оцінці найкращих інтересів дитини суддя повинен прийняти до уваги право дитини на збереження відносин з обома батьками, а також інші обставини, що мають відношення до справи.

На сьогодні у парламенті перебуває низка законопроектів, якими пропонується закріпити, що той з батьків, з ким за рішенням суду визначено місце проживання дитини, самостійно вирішує питання щодо зміни її місця проживання, вибору місця і форми її навчання та лікування та ін. Тобто, по-перше, держава орієнтує батьків на вирішення питань саме у судовому порядку, а, по-друге, фактично виштовхує другого з батьків з життя дитини, поглиблюючи у такий спосіб відчуження між ним і дитиною.

Глава 13 СК України носить назву «Особисті немайнові права і обов'язки батьків та дітей», а в цій главі широко використовуються словосполученнями на кшталт «права та обов'язки щодо дитини» та подібні. Такі формулювання

породжують явно хибне уявлення, що батьки мають якісь права щодо (над) дітьми, а діти відповідно мають перед батьками якісь обов'язки. Проте очевидним є, що батьки мають щодо дитини лише відповідальність, а дитина – лише права. Тому зміна термінології СК має стати підставою зміни способу мислення громадян, батьків, правників і держави.

Таким чином, на нашу думку, подальші реформи національного сімейного законодавства мають бути спрямовані на:

1) закріплення спільної батьківської відповідальності, яка має розглядатися як цілісна категорія, що охоплює такі питання: а) місце проживання дитини; б) участь другого з батьків у спілкуванні з дитиною; в) вибір навчального закладу; г) вибір медичної установи; д) короткостроковий виїзд за межі України;

2) одночасне вирішення усього комплексу питань батьківської відповідальності в судовому порядку у разі виникнення спору між батьками;

3) закріплення у ЦПК особливостей вирішення сімейних справ, які серед іншого повинні передбачати: а) наявність спеціалізації суддів (подібно до слідчих суддів); б) врахування судом поведінки батьків щодо виконання попередньої ухвали про здійснення батьківської відповідальності; в) перегляд рішення суду про батьківську відповідальність має здійснюватися тим самим суддею (подібно до заочного рішення) (суддя ніби прикріплюється до цієї сім'ї);

4) наділення суду можливістю після відкриття провадження за клопотанням одного з батьків прийняти ухвалу, в якій попередньо, до вирішення справи, встановити умови здійснення батьківської відповідальності.

ОСНОВНІ НАПРЯМИ УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ НЕДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН У ПРОЦЕСІ РЕКОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Хоменко М. М.

*к.ю.н., доцент, завідувач відділу інтеграції академічної
та університетської правової науки та розвитку
юридичної освіти Київського регіонального центру
Національної академії правових наук України
м. Київ, Україна*

Сфера недоговірних зобов'язань є унікальною для приватного права, оскільки базується на непритаманних йому засадах імперативності. Таким чином, оновлення відповідного нормативного масиву потрібно здійснювати виважено, з використанням релевантного правового інструментарію – запозичення відповідних положень уніфікаційних актів до національного законодавства не повинно зводитися до «сліпого копіювання» заради бажання «бути в європейському тренді». Проведення рекодифікації за сучасним європейським сценарієм передбачає виважену рецепцію найкращих практик, які насправді полегшать процес правозастосування та якісно покращать національне цивільне законодавство.

Найважливішим концептуальним завданням удосконалення правового регулювання недоговірних відносин є перехід до пандектної системи деліктного права.

§5.39 Концепції оновлення ЦК України передбачає ґрунтовний перегляд норм §1 Глави 82 ЦК «Загальні положення про відшкодування шкоди».

Пандектна модель деліктного права у ЦК України дозволить врахувати запитову позицію національних судів та спростити процеси застосування та тлумачення відповідних правових норм.

Викладене дозволяє дійти висновку про обґрунтованість імплементації до §1 Глави 82 ЦК окремих положень PECTL, присвячених визначенню шкоди, що підлягає відшкодуванню (ст. 2:102); шкоди, яка не підлягає відшкодуванню (ст. 2:103);

превентивним витратам (ст. 2:104); доказуванню завдання шкоди (ст. 2:105). Перспективним є закріплення у новій редакції ЦК безпосереднього причинно-наслідкового зв'язку та інших умов відповідальності (ст. ст. 3:101–3:106).

Апробованими часом та фундаментальними науковими дослідженнями є також положення Розділу III PETL – Загальні підстави відповідальності за завдану шкоду.

У контексті побудови принципово нової, пандектної системи деліктного права на рівні ЦК України зазначимо, що подальша європеїзація національного цивільного законодавства передбачає кардинальний перегляд низки теоретичних конструкцій, які є засадничими для сучасної української цивілістики. Безумовно, одним із таких «форпостів» є інститут цивільно-правової відповідальності.

Можемо констатувати, що PETL спонукає переглянути усталені підходи до підстав деліктної відповідальності. Так, підхід, реалізований у PETL, не може співіснувати з конструкцією «склад цивільного правопорушення».

На окрему увагу заслуговує питання розмежування мір відповідальності та мір захисту.

У Концепції оновлення ЦК України задекларовано доволі амбітну ціль – змінити усталений підхід до співвідношення понять «правові наслідки порушення зобов'язання» та «відповідальність». Так, відповідно до § 5.22 Концепції пропонується виключити з назви Глави 51 ЦК словосполучення «відповідальність за порушення зобов'язання». Таким чином, до випадків порушення договірної зобов'язання пропонується використовувати категорію «правові наслідки невиконання зобов'язання». Водночас категорію «відповідальність» пропонується використовувати щодо випадків протиправного завдання шкоди.

Ідея переходу на пандектну модель у регулюванні не лише деліктних, але й недоговірних зобов'язань загалом, передбачає необхідність перегляду нормативних положень, присвячених підставам виникнення зобов'язань. В аспекті викладеного слід звернути увагу на § 5.29 Концепції згідно з яким запропоновано передбачити дві групи підстав виникнення зобов'язання: договір та інші підстави. У Концепції висловлено пропозицію закріпити

відповідні правила на рівні нової Глави Книги п'ятої – «Підстави виникнення зобов'язання». При цьому необхідним та обґрунтованим є розширення переліку підстав виникнення недоговірних зобов'язань.

На окрему увагу заслуговує і можливість застосування загальних положень про зобов'язання до регулювання недоговірних зобов'язань. Так, загальним положенням про зобов'язання присвячені ст.ст. 509–625 ЦК. Водночас значна частина наведених норм (наприклад, норм про забезпечення виконання зобов'язання) не застосовуються до регламентації недоговірних зобов'язань. З метою вирішення наведеної проблеми розробниками Концепції оновлення ЦК України пропонується у ст. 509 ЦК зробити застереження про можливість застосування норм Розділу 1 Книги п'ятої до регулювання недоговірних зобов'язань, якщо інше не встановлено ЦК, договором, законом або не впливає із суті зобов'язання.

Одним з основних напрямів удосконалення правової регламентації недоговірних відносин у процесі оновлення ЦК є визначення системи недоговірних зобов'язань.

Проблемою, яку слід вирішити за результатами рекодифікації цивільного законодавства, є також значна кількість відсилочних норм, що регулюють недоговірні (передусім деліктні) зобов'язання.

Досвід застосування ЦК національними судами свідчить про існування проблеми у регулюванні відносин, пов'язаних із набуттям та збереженням майна без достатньої правової підстави.

В аспекті оновлення нормативного масиву, присвяченого регламентації недоговірних відносин, необхідно здійснити перегляд системи спеціальних деліктів, передбачених Главою 82 ЦК України. Зокрема, йдеться про необхідність доповнення чинного ЦК положеннями щодо: 1) відшкодування шкоди, завданої шкідливим програмним забезпеченням; 2) відшкодування шкоди, завданої вірусами та іншими біологічними організмами; 3) відшкодування шкоди, завданої робототехнікою та штучним інтелектом; 4) відшкодування шкоди, завданої малолітніми особами, які перебували під наглядом закладу освіти; 5) відшкодування шкоди, завданої руйнуванням будівлі або споруди, що перебувала у неналежному

технічному стані; 6) відшкодування шкоди, завданої інформацією чи порадою; 7) відшкодування шкоди, завданої порушенням правил добросусідства; 8) відшкодування шкоди, завданої навколишньому природному середовищу; 9) відшкодування шкоди, завданої внаслідок зловживання правом.

На увагу заслуговує питання відшкодування шкоди, завданої здоров'ю при виконанні договору. Доволі популярним трендом сучасного деліктного права у світі є положення відповідно до якого відшкодування шкоди, завданої здоров'ю, повинно здійснюватися за правилами деліктної відповідальності, навіть якщо шкода була завдана внаслідок виконання договору. На нашу думку, відповідне правило повинно бути передбачене у ЦК України за результатами рекодифікації.

Зауважимо, що результатом рекодифікації недоговірних зобов'язань має бути перегляд не тільки норм підрозділу 2 Розділу 3 Книги п'ятої ЦК. Проблематику недоговірних зобов'язань необхідно розглядати у комплексі з суміжними питаннями (передусім з підходами до реформування інституту цивільно-правової відповідальності). Так, необхідно здійснити комплексний перегляд підходів до змісту низки статей усіх Книг ЦК.

На окрему увагу заслуговує можливість закріплення у ЦК інституту переддоговірної відповідальності. Так, забезпечення стабільності цивільного обороту, лібералізація умов ведення бізнесу та необхідність посилення захисту прав та інтересів слабкої сторони правовідношення вимагають імплементації до ЦК норм, які передбачали б відповідальність недобросовісного учасника на стадії до вступу у договірні правовідносини.

Окремо зазначимо, що удосконалення правового регулювання недоговірних відносин у процесі рекодифікації ЦК повинно передбачати системний підхід до низки універсальних конструкцій зобов'язального права.

На увагу при проведенні рекодифікації цивільного законодавства України заслуговує і термінологічно-категоріальний апарат нормативно-правових актів (передусім ЦК). В аспекті реформування недоговірних зобов'язань обґрунтованою є відмова від термінів і категорій, характерних для тих чи інших правових систем, та використання загальноприйнятих категорій.

Викладене дозволяє дійти висновку, що основною рушійною силою перегляду підходів до регулювання недоговірних зобов'язань є триваючий в Україні процес рекодифікації цивільного законодавства. Аналіз численних змін і доповнень, які протягом тривалого часу вносилися до ЦК України, свідчить, що далеко не завжди вони були достатньо обґрунтованими, а здебільшого носили безсистемний характер. За таких умов має бути проведена повна ревізія внесених змін і доповнень до ЦК України і в цілому здійснений аналіз його положень з точки зору сучасних потреб регламентації цивільно-правових відносин.

Підсумовуючи викладене можна констатувати, що у процесі оновлення цивільного законодавства України повинні бути максимально враховані положення міжнародних уніфікаційних документів, оскільки вони є продуктом сучасної світової приватноправової думки.

СПІВВІДНОШЕННЯ ДОГОВІРНОЇ ТА ДЕЛІКТНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Юркевич Ю. М.

*д.ю.н., професор, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін
Львівського державного університету внутрішніх справ
м. Львів, Україна*

В умовах функціонування багатоукладної ринкової економіки в Україні, технічного прогресу та розвитку сучасних суспільних відносин, на порядку денному постає необхідність оновлення найбільш важливих правових механізмів, а також впровадження ефективного регулювання задля максимального гарантування охорони та захисту інтересів учасників цивільного обороту. У зв'язку з цим, необхідно згадати про ініціативи по рекодифікації цивільного законодавства України, котра покликана не тільки усунути дуалізм регулювання приватних відносин, але й запровадити найкращі практики правової регламентації, що відомі зарубіжним країнам.

Як свідчить судова практика, серед питань, які потребують окремого аналізу – співвідношення договірної та деліктної відповідальності у цивільному праві України. При цьому, слушно вказано у працях проф. Н. С. Кузнецової, що цивільно-правова відповідальність посідає не останнє місце в механізмі цивільно-правового регулювання (а відповідно, і на різних стадіях цього правового регулювання), а сам факт правової норми, її зміст (гіпотеза, диспозиція та санкція) вже виявляє нормативну основу цивільно-правової відповідальності [1, с. 358–359]. З огляду на вказане, а також на те, що Великою Палатою Верховного Суду уже здійснювалися відступи від попередніх правових позицій з питань договірної та деліктної відповідальності, дослідження цієї проблематики є актуальним.

У проєкті Концепції оновлення Цивільного кодексу України зазначено про доцільність конкретизації на рівні окремих статей § 1 глави 82 ЦК України загальних умов деліктної відповідальності, а також запропоновано під час формулювання норм, присвячених вині як умові деліктної відповідальності, об'єктивувати положення щодо загальноприйнятих норм поведінки (required standard of conduct) [2, с. 49].

Під договірною відповідальністю прийнято вважати відповідальність, що настає у випадках невиконання чи неналежного виконання зобов'язання, яке виникло на підставі договору [3, с. 485]. Натомість, порушення зобов'язання, яке виникло не з договору, а з інших підстав, обумовлює виникнення недоговірної відповідальності. При цьому, обґрунтованим є висновок, відповідно до якого відсутність чіткої відповіді на питання щодо співвідношення норм договірної та недоговірної (зокрема, деліктної) права та низки інших питань не сприяють формуванню усталеної судової практики [2, с. 106].

Встановлюючи режим договірної або недоговірної відповідальності, законодавець керується тим, що норми про одну з них будуть більш ефективно впливати на учасників цивільного обороту. Разом з тим, диференціація цивільно-правової відповідальності станом на сьогодні іноді викликає певні труднощі, зокрема, коли деліктна відповідальність є наслідком порушення договірних обов'язків. Водночас, можливість конкуренції договірних і деліктних вимог у тій ситуації, коли

заподіяння шкоди одночасно є порушенням договірною обов'язку, визнається законодавством і судовою практикою Німеччини, Японії, Англії, США тощо [4].

В Україні, у ст. 1196 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), зазначено, що шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи під час виконання нею договірних зобов'язань (договір перевезення тощо), підлягає відшкодуванню на підставах, встановлених ст. 1166 ЦК України (загальні підстави відповідальності за завдану майнову шкоду) та ст. 1187 ЦК України (відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки) [5]. Тобто, коли йдеться про шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю – значення матиме чи заподіяна вона джерелом підвищеної безпеки, зокрема, якщо так, наприклад внаслідок дорожньо-транспортної пригоди, то така підлягатиме відшкодуванню незалежно від вини заподіювача.

Як звернуто увагу в Концепції оновлення ЦК України, доволі популярним трендом сучасного деліктного права у світі є положення, відповідно до якого відшкодування шкоди, завданої здоров'ю (*compensation of personal injuries*), повинно здійснюватися за правилами деліктної відповідальності, навіть якщо шкода була завдана внаслідок виконання договору і, на думку її авторів, відповідне правило повинно бути об'єктивовано в ЦК України за результатами рекодифікації [2, с. 52].

Однак, ст. 1196 та інші приписи ЦК України станом на сьогодні не можуть у недвозначний спосіб визначити орієнтири правозастосування у всіх можливих ситуаціях.

Так, наприклад, ухвалюючи Постанову від 16.05.2018 у справі № 686/21962/15-ц, Велика Палата Верховного Суду (далі – ВП ВС) підкреслила, що: «У ст. 625 ЦК України визначені загальні правила відповідальності за порушення будь-якого грошового зобов'язання незалежно від підстав його виникнення. Приписи цієї статті поширюються на всі види грошових зобов'язань, якщо інше не передбачено договором або спеціальними нормами закону, який регулює, зокрема, окремі види зобов'язань» [6]. Натомість, Відповідач у цій справ стверджував, що, оскільки приписи ст. 625 ЦК України регулюють зобов'язальні правовідносини та поширюються на порушення грошового

зобов'язання, яке існувало між сторонами до ухвалення рішення суду (договірне зобов'язання), ці приписи не підлягають до застосування до спірних правовідносин, які виникли з недоговірною зобов'язання (делікту). Варто звернути увагу, що цією Постановою ВП ВС відступила від правової позиції, яка панувала раніше та містилася у Постанові Верховного Суду України (далі – ВСУ) від 02.03.2016 у справі № 6-2491цс15. Зокрема, на думку ВСУ, дія ст. 625 ЦК України поширюється на порушення грошового зобов'язання, яке існувало між сторонами до ухвалення рішення суду, а ч. 5 ст. 11 ЦК України не дає підстав для застосування положень ст. 625 ЦК України у разі наявності між сторонами деліктних, а не зобов'язальних правовідносин [7]. Подібної точки зору дотримуються і судді ВП ВС Н. П. Лященко та О. М. Ситнік, яку вони висловили в Окремій думці до Постанови від 16.05.2018, вказавши, зокрема, що дія ч. 2 ст. 625 ЦК України не поширюється на правовідносини, що виникають у зв'язку із завданням шкоди [8].

Іншим прикладом проблем із застосуванням положень про договірну та деліктну відповідальність може послугувати Постанова ВП ВС у справі № 662/397/15 від 08.06.2021 [9], у якій зроблено висновок, відповідно до якого спір щодо невиконання договору підлягає вирішенню із застосуванням положень ст. 625, 1058–1060 ЦК України. Зокрема, у разі пред'явлення позову про стягнення коштів за договорами банківського вкладу, у тому числі відсотків та інфляційних втрат, які не були повернуті вкладнику внаслідок злочину (кримінального правопорушення), вчиненого службовими особами банку, застосуванню до спірних правовідносин між вкладником та банком підлягають норми цивільного законодавства, які регулюють договірні, а не деліктні зобов'язання, оскільки вчинення працівниками банку злочину (кримінального правопорушення) із заволодіння внесеними на депозит коштами не впливає на договірні правовідносини вкладника і банку, не спростовує їх існування та не припиняє їх. Раніше, ВСУ у подібних ситуаціях навпаки вважав правильним застосування приписів, які регламентують деліктні відносини (зокрема, така позиція міститься у Постанові від 05.07.2017 у справі № 662/1922/15-ц [10]).

З іншого боку, ВС у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду у Постанові від 27.02.2019 у справі № 755/2545/15-ц вказав, що договірна відповідальність настає за невиконання умов договору, а позадоговірна (деліктна) за спричинену шкоду здоров'ю на підставі правил ст. 1166, 1167, 1195 ЦК України, зауваживши, що якщо у разі ненадання чи неналежного надання медичної допомоги пацієнтові завдана шкода каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, то застосовуються правила як про договірну, так і деліктну відповідальність [11].

У зв'язку з цим, на окрему увагу заслуговує Ухвала ВП ВС у справі № 753/15214/16-ц від 20.02.2020 [12], якою було повернуто справу для розгляду у касаційному порядку та відмовлено в розгляді питання щодо уточнення позиції ВП ВС про зміну існуючої перед тим позиції ВСУ. Як наслідок, належним відповідачем у цій справі у межах ліміту страхового відшкодування було визнано винятково страхову компанію, незважаючи на те, що у неї були ознаки неплатоспроможності, а розмір заподіяної шкоди перевищував згаданий ліміт. Хоча у цій справі, передаючи її на розгляд до ВП, Касаційний цивільний суд пропонував конкретизувати попередні підходи, вказавши, що у разі, якщо страхова компанія позбавлена ліцензії, виключена із Моторно-транспортного страхового бюро України, перебуває в стані припинення (банкрутства), фактично не здійснює діяльності, ці висновки не застосовуються та потерпілий може звернутися, з позовом про стягнення шкоди безпосередньо до особи, яка її завдала.

Надання потерпілій особі права вибору з питань застосування договірної чи деліктної відповідальності, на наш погляд, також могло б бути одним із варіантів врегулювання таких проблем за наслідками рекодифікації. Безумовно, не позбавлений сенсу і підхід, запропонований у постановках ВП ВС від 04.12.2019 у справі № 917/1739/17 та від 25.06.2019 у справі № 924/1473/15, відповідно до якого посилання суду в рішенні на інші норми права, ніж зазначені в позовній заяві, не може розумітися як вихід суду за межі позовних вимог і суд, з'ясувавши при розгляді справи, що позивач послався не на ті норми, що фактично регулюють спірні правовідносини, самостійно здійснює

правильну правову кваліфікацію останніх та застосовує в рішенні саме такі норми матеріального і процесуального права, предметом регулювання яких є відповідні правовідносини [13; 14].

Позаяк, будь-яке регулювання суспільних відносин повинно базуватися на засадах ефективності, збалансованості та передбачуваності правозастосування. При цьому, перманентна зміна підходів у судовій практиці щодо співвідношення договірної та деліктної відповідальності не сприяє правовій визначеності, яка, своєю чергою, виступає елементом принципу верховенства права. Згідно з п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК України, справедливість, добросовісність та розумність належать до загальних засад цивільного законодавства. На нашу думку, такі засади повинні виступати орієнтиром при реформуванні та оновленні цивільного законодавства України, як і при визначенні порядку та підстав договірної та деліктної відповідальності у цивільному праві України.

Література:

1. Кузнецова Н. С. Вибрані праці. Київ: ПрАТ «Юридична практика», 2014. 544 с.
2. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.
3. Гражданское право: Том 1: Учебник. 2-изд. перераб. и доп. / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. М.: Волтерс-Клувер, 2006. 720 с.
4. Сафин Р. Р. Соотношение договорной и внедоговорной ответственности. URL: https://kpfu.ru/portal/docs/F_1462082952/Safin.pdf (дата обращения: 12.09.2021).
5. Цивільний кодекс України № 435-IV від 16.01.2003. ВВРУ. 2003. № 40. 3 жовт.
6. Постанова Великої Палати Верховного Суду у справі № 686/21962/15-ц від 16.05.2018. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74838873> (дата звернення: 13.09.2021).
7. Постанова Верховного Суду України у справі № 6-2491цс15 від 02.03.2016. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/56309766> (дата звернення: 13.09.2021).

8. Окрема думка суддів Великої Палати Верховного Суду Н. П. Лященко та О. М. Ситнік. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74842752> (дата звернення: 13.09.2021).

9. Постанова Великої Палати Верховного Суду у справі № 662/397/15 від 08.06.2021. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97967336> (дата звернення: 12.09.2021).

10. Постанова Верховного Суду України у справі № 662/1922/15-ц від 05.07.2017. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/67621521> (дата звернення: 12.09.2021).

11. Постанова Верховного Суду у справі № 755/2545/15-ц від 27.02.2019. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81020404> (дата звернення: 12.09.2021).

12. Ухвала Великої Палати Верховного Суду у справі № 753/15214/16-ц від 20.02.2020. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87951335> (дата звернення: 12.09.2021).

13. Постанова Великої Палати Верховного Суду у справі № 917/1739/17 від 04.12.2019. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86310237> (дата звернення: 12.09.2021).

14. Постанова Великої Палати Верховного Суду у справі № 924/1473/15 від 25.06.2019. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83025253> (дата звернення: 12.09.2021).

НОТАТКИ

НОТАТКИ

НА ШЛЯХУ ДО ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

*збірник матеріалів
XI Міжнародного цивілістичного форуму
м. Київ, 12–13 жовтня 2021 року*

*Матеріали друкуються в авторській редакції.
Відповідальність за точність поданих фактів, цитат, цифр,
прізвищ тощо несуть автори.*

Підписано до друку 08.11.2021. Формат 60×84/16.
Папір офсетний. Гарнітура Times New Roman. Цифровий друк.
Умовно-друк. арк. 10,46. Тираж 25. Замовлення № 1121-283
Ціна договірна. Віддруковано з готового оригінал-макета.

Видавничий дім «Гельветика»
65101, м. Одеса, вул. Інглєзі, 6/1
Телефон +38 (048) 709 38 69,
+38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox@helvetica.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.