

КИЇВСЬКИЙ РЕГІОНАЛЬНИЙ ЦЕНТР
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК

МАТЕРІАЛИ
МІЖНАРОДНОЇ НАУКОВО-ПРАКТИЧНОЇ
КОНФЕРЕНЦІЇ

**ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС: ВИТОКИ,
ЗДОБУТКИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ**

18–19 грудня 2020 р.

Частина II



Видавничий дім
«Гельветика»
2020

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Голова організаційного комітету:

Кузнєцова Наталія Семенівна – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, віце-президент НАПрН України, керівник Київського регіонального центру НАПрН України.

Члени організаційного комітету:

Гриняк Андрій Богданович – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, керівник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України;

Кот Олексій Олександрович – доктор юридичних наук, старший дослідник, член-кореспондент НАПрН України, провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України;

Кохановська Олена Валеонівна – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, академік-секретар відділення цивільно-правових наук НАПрН України, професор кафедри цивільного права Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Носік Володимир Васильович – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, вчений секретар відділення екологічного господарського та аграрного права НАПрН України, завідувач кафедри земельного та аграрного права Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Притика Юрій Дмитрович – доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, професор кафедри правосуддя Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Хоменко Михайло Михайлович – кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Цивільне право і процес: витоки, здобутки та перспективи розвитку:

Ц58 Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 18–19 грудня 2020 р. – Київ : Київський регіональний центр, 2020. – Ч. 2. – 160 с.

ISBN 978-966-992-339-4

У збірнику представлено стислий виклад доповідей і повідомлень, поданих на міжнародну науково-практичну конференцію «Цивільне право і процес: витоки, здобутки та перспективи розвитку», яка відбулась на базі Київського регіонального центру Національної академії правових наук України 18–19 грудня 2020 р.

УДК 347(063)

ЗМІСТ

НАПРЯМ 5. ПРАВО ВЛАСНОСТІ ТА ІНШІ РЕЧОВІ ПРАВА

Теоретичний диспут з приводу співвідношення категорій « правонаступництво», «перехід права» та «відчуження права» Гудима М. М.	7
Давнісне володіння чужим майном: суб'єктивне право чи фактичний стан Гуйван П. Д.	11
Реальність договору про встановлення довірчої власності Рябчинська А. О.	15
Довірча власність як альтернативний спосіб забезпечення виконання зобов'язання Ходирєва А. В.	19

НАПРЯМ 6. ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНЕ ПРАВО

Особливості реалізації туристом права на відмову від договору про надання туристичних послуг Андрусів У. Б.	23
Проблеми розуміння реального договору в цивільному праві України Вавженчук С. Я.	27
До дискусії про відповідальність за шкоду, завдану використанням технологій штучного інтелекту Великанова М. М.	30
Договір у сфері публічних закупівель Гнатів О. М.	34
Щодо об'єкта субсидіарного зобов'язання Гудима-Підвербецька М. М.	36
Цивільно-правові перспективи забезпечення гарантій за державними цінними паперами Донцов Д. Ю.	41
NESS-тест для встановлення причинності в деліктному праві Карнаух Б. П.	43
Відшкодування моральної шкоди за порушення зобов'язань, що виникають із договору перевезення Лукашевич-Крутник І. С.	46

Деякі питання позасудового врегулювання звернення стягнення на предмет іпотеки Мирославський С. В.	50
Якість послуг у договірних зобов'язаннях зі страхування Міловська Н. В.	54
Соціальна напруга навколо валютної іпотеки Резворович К. Р.	58
Перспективи розвитку цивільного законодавства України в контексті адаптації до нових вимог права ЄС у сфері відповідності товару Саванець Л. М.	60
Громадське харчування в Україні: цивільно-правові аспекти Федорченко Н. В.	65
Дискусійні питання визначення сторін публічного договору Яновицька А. В.	68

НАПРЯМ 7. ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Видалення із зали судового засідання: аналіз положень ЦПК України Бичкова С. С.	72
Обмеження реалізації принципу гласності у цивільному процесі Бойко А. О.	76
Проблемні питання представництва прокурором інтересів держави в суді Бойко В. Б.	78
Особливості розгляду справ про розкриття банками інформації, яка містить банківську таємницю Булошник Є. Д.	82
Дотримання конфіденційності процесу медіації у випадках передачі спору до цивільної юрисдикції Васильсва-Шаламова Ж. В.	85
Порівняльний аналіз загальних положень про зобов'язання за Цивільним та Господарським кодексами України Гриняк А. Б.	89
Співвідношення позовного та спрощеного позовного проваджень Єпанчінцев О. С.	92
Шляхи вдосконалення механізму судового контролю за виконанням рішень у цивільному процесі України Жукевич І. В.	95

Окремі питання предмета доказування у справах, які виникають у зв'язку із розірванням трудового договору з ініціативи роботодавця Коваленко О. О.	99
Проблеми правового регулювання цивільних правовідносин в умовах COVID-19 Ковальова Я. Д.	102
Щодо питання формалізації оціночних понять в процесуальному праві. Синергетичні особливості Корунчак Л. А.	104
Окремі теоретико-правові аспекти підходів до характеристики методів цивільно-процесуального регулювання Котюк О. І.	107
Дотримання норм Європейської конвенції захисту прав людини і основоположних свобод під час арбітражного розгляду зовнішньоекономічних спорів Кравцов С. О.	110
Значення принципів цивільного судочинства та основні підходи до їх системного застосування в нормотворчій діяльності Кройтор В. А.	115
Права на землю і володіння землею у земельному праві України: стан та перспективи Кулинич П. Ф.	119
Види права власності: загальна характеристика Липка Я. В.	123
A brief comparative analysis of the differences between civil and administrative proceedings Mikheiev M. V.	125
Спеціальні принципи виконавчого провадження Остафійчук Л. А.	129
Питання захисту конфіденційної інформації у цивільному судочинстві Поліщук М. Г.	133
Окремі питання розмежування категорій «суб'єкт цивільного процесуального права» та «учасник цивільного процесуального правовідношення» Рябченко Ю. Ю.	136

Експерт з питань права та його процесуальна правосуб'єктність у цивільному процесі Сібільов Д. М.	139
Критерії визначення цивільної юрисдикції у справах про захист немайнових прав подружжя Скіченко А. А.	143
Відшкодування витрат на професійну правничу допомогу як складова реалізації права на справедливий суд Скоропад Д. О.	1496
Статус присяжних у цивільному процесі України Ткачук А. Я.	149
Про передачу цивільних справ на розгляд Великої Палати Верховного Суду з підстав порушення судами правил юрисдикції Уркевич В. Ю.	152
Загальноєвропейський інститут обмеження у цивільних справах Шабалін А. В.	155

НАПРЯМ 5. ПРАВО ВЛАСНОСТІ ТА ІНШІ РЕЧОВІ ПРАВА

ТЕОРЕТИЧНИЙ ДИСПУТ З ПРИВОДУ СПІВВІДНОШЕННЯ КАТЕГОРІЙ «ПРАВОНАСТУПНИЦТВО», «ПЕРЕХІД ПРАВА» ТА «ВІДЧУЖЕННЯ ПРАВА»

Гудима М. М.

*кандидат юридичних наук, доцент,
докторант кафедри цивільного права*

Навчально-наукового юридичного інституту

Державного вищого навчального закладу

*«Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника»
м. Івано-Франківськ, Україна*

Сучасний стан доктринальних досліджень в царині цивільного права ознаменувався розглядом суб'єктивних прав самостійними майновими цінностями, оборотоздатними об'єктами, котрі здатні відчужуватися та переходити від одних суб'єктів до інших. Така ситуація є закономірною і продиктована юридичною практикою, проте, на жаль, далеко не всі теоретичні проблеми, котрі її стосуються є вирішеними. Так, наразі дискусійною є теоретична проблема смислового співвідношення категорій « правонаступництво », « перехід права » та « відчуження права ». Водночас, чітке розуміння теоретичних конструкцій є необхідною умовою глибокого осягнення їх змісту задля вдалого практичного застосування, а чітке їх розрізнення дасть змогу коректно відмежовувати відповідні правові явища на практиці та вдало обирати моделі їх правової регламентації. Та й загалом вживання відповідного юридичного терміну має бути вираженням та базуватися на достатньому науковому підрунті.

Дослідження вказаної проблеми розпочнемо з семантичного аналізу мовних одиниць, широко вживаних юридичною наукою у царині досліджуваної проблематики. Значення слова « наступник » згідно тлумачного словника С. І. Ожегова – « той, хто зайняв чийсь місце », в той час як слово перейти може вживатися в значенні « дістатися комусь від когось » [1]; а звернувшись до словника української мови виявляємо, що « чужий » розглядається такий об'єкт, що не належить кому-небудь іншому, не свій, не власний [2]. Тобто виходячи з буквального тлумачення слів, від яких походять досліджувані правові поняття, стають відчутними декотрі відмінні відтінки їх смислового наповнення, відтак

останні в юридичній науці до кінця не розкриті Тож надалі перенесемо вказану проблему в правову площину.

В юридичній науці традиційно правонаступництво розуміється як перехід суб'єктивного права (в широкому розумінні – також правового обов'язку) від однієї особи праводавця до іншої (правонаступника) в порядку похідного правонабуття (у відповідних випадках – похідного набуття правового обов'язку) [3, с. 311]. Під правонаступництвом у цивільному праві В. В. Валах розуміє перехід прав та/або обов'язків від однієї особи, якій ці права та/або обов'язки належали (правопопередника, ауктора), до іншої (правонаступника, сукцесора) у повному обсязі шляхом одночасної їх втрати правопопередником і їх набуття правонаступником [4, с. 115]. Тож очевидно є подібність категорій « правонаступництво» та «перехід прав», яка веде декотрих науковців навіть до визначення їх одна через одну. Подібність наразі вбачається в наявності двох суб'єктів (правонаступника, особи, до якої переходить право та правопопередника, особи, якій право належало) та перенесенні права від одного суб'єкта до іншого. Водночас, видається в цьому аспекті лежить перша точка відмежування вищедосліджуваних категорій із категорією «відчуження прав», оскільки остання охоплює два смислові відтінки: перший передбачає адресне відчуження, тобто акцент здійснюється на тому, що певна річ (благо) не моя, але належить кому-небудь іншому; тоді як другий означає, що певні об'єкти не мають відношення до мене і описує ситуацію безадресного відчуження. Крайній аспект підтримувався і в філософії. Зосібна, Г. В. Гегель писав, що істинне відчуження – це волевиявлення, за яким особа не бажає більше розглядати благо як своє; в результаті відчуження виникає можливість взагалі відмежувати від себе річ навіть як безхазяйну [5, с. 120–121].

На тлі вищевикладеного констатуємо відсутність тотожності понять «перехід прав», «відчуження прав» та « правонаступництво», як таких, що є різними за широтою їх обсягів: перехід прав та правонаступництво є тільки адресним варіантом відчуження, тоді як останнє може мати і безадресний характер.

Водночас, наявність спільної ознаки «адресності» у правонаступництві та «переході права» не слід сприймати як підставу для поспішних висновків про тотожність вказаних категорій. Перехід прав фактично ототожнюється з похідним правонабуттям, яке протиставляється первинному і містить ознаку базування прав наступника на правах попередника. Раціональним вважаємо підхід С. С. Каширського, який відзначає, що «похідний характер означає лише наявність зв'язку, в той час як правонаступництво передбачає повну тотожність в рамках все тієї ж самої правової форми» [6, с. 173].

Принагідно до правонаступництва відзначимо, що перенесення прав та обов'язків від правопередника до правонаступника є наслідком зміни існуючого правовідношення. Справді, ніякого нового правовідношення при правонаступництві не виникає, правовідносини не припиняючи свого існування, змінюють тільки наповнення свого суб'єктного елементу (шляхом вибуття із відповідної взаємодії одного суб'єкта та вступу іншого). Останній своєю чергою пропускає етап виникнення правовідносин, а вступає у вже існуючий правовий зв'язок, який продовжує свою дію, лише модифікуючись.

Застосувати вказану тезу можемо і до численних випадків переходу права, проте не всіх. Що стосується терміну «перехід прав», то він переважно використовується для опису тих ситуацій коли право однієї особи перейшло до іншої, яка займає місце особи у правовідносинах, замінюючи її (характеризуючи оборотоздатність прав). Тобто відбувається похідне правонабуття пов'язане з таким відчуженням суб'єктивного права (в цілому), в результаті якого правовідчужувач наділяє суб'єктивним правом іншу особу, втрачаючи при цьому права сам. Проте цілком можливий такий перехід, за якого правовідчужувач, наділяючи правом іншу особу, сам права не втрачає, тобто відбувається перенесення лише однієї чи декількох правомочностей, а не всього суб'єктивного права в цілому. Отож, констатуємо, що конструкція «перехід права» описує ситуації як повного перенесення права, так і перенесення правомочності зі збереженням у правоволодільця права, правомочність зі складу якого переходить. Як влучно пише А. С. Сліпченко, при переході в адресата може виникати не тільки стан абсолютної присвоєності, а й стан відносної присвоєності. Абсолютний стан пов'язаний із виникненням в учасника цивільних правовідносин, до якого перейшла річ, права власності, а в окремих випадках – володіння як речового права, тоді як відносний стан присвоєності пов'язаний із володінням адресатом чужою річчю і може бути зафіксований як за допомогою речових прав на чужу річ, так і за допомогою зобов'язальних прав, тобто прав, що виникають на підставі договорів [7, с. 6–7]. Яскравим прикладом останнього слугують випадки встановлення на базі повного речового права – права власності обмежених речових прав. Так, при встановленні обмеженого речового права має місце виникнення нового правовідношення (дочірнього), пов'язаного з основним (материнським), проте цілком самостійного та самодостатнього. В цьому випадку похідний характер перенесення права при його переході охоплює два правовідношення: основне («материнське») та похідне («дочірнє»), які існують паралельно.

На тлі вищевикладеного віднаходимо ще один аспект відмінності між відчуженням права та його переходом: при відчуженні права,

відбувається його повне відчуження, тобто право, яке належало суб'єкту стає для нього чужим, і за останнім не зберігається, що у цьому розумінні зближує його із правонаступництвом, тоді як перехід прав можливий і в розумінні передання правомочності (правомочностей). Звернемося до поглядів О. Г. Ломідзе, яка стверджує, що поряд з конструкціями відчуження, може бути виділена конструкція правонаділення без відчуження [8, с. 69].

Резюмуємо, що кожна з досліджуваних категорій володіє власними сутнісними ознаками, котрі дають можливість здійснити її чітке відмежування від суміжних категорій. «Відчуження» описує правові ситуації повного адресного або безадресного перенесення права; « правонаступництво » характеризує заміну суб'єкта у правовідношенні, яке не припиняється, тобто являє собою перенесення права в цілому від однієї особи, яка вибуває із взаємодії до іншої, яка у неї вступає; «перехід прав» застосовується для найменування ситуацій адресного перенесення права в цілому чи окремої правомочності з вибуттям правопопередника з правовідносин або без такого відповідно.

Отже, підсумуємо, що терміни « правонаступництво в праві » та «перехід прав», відображають випадки тільки адресного перенесення прав, тоді як категорією «відчуження прав» можуть охоплюватися ситуації і безадресного їх перенесення. Відтак, під іншим кутом зору виявлено, що на відміну від «відчуження» та « правонаступництва», які передбачають повну втрату права правоволодільцем, категорія «перехід права» описує також ті правові ситуації, коли до правонабувача переходить право (правомочність), при збереженні права за правоволодільцем.

Література:

1. Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений. 4-е изд., доп. М. : ООО «А ТЕМП», 2006. 944 с.
2. Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970–1980). URL : <http://sum.in.ua/s/chuzhyj> (дата звернення: 12.12.2020).
3. Черепяхин Б. Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву. Труды по гражданскому праву. М. : Статут, 2001. 479 с.
4. Валах В. В. Відмежування правонаступництва від суміжних явищ у цивільному праві. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія : Право. 2015. Вип. 30 (1). С. 114–118.
5. Гегель Г. В. Философия права. М. : Мысль, 1990. 526 с.
6. Каширский С. С. Преемство прав и обязанностей в гражданском правоотношении : дис. ... канд. юрид. наук : 12. 00. 03. Нижний Новгород, 2015. 200 с.

7. Сліпченко А. С. Способи та форми цивільного обороту речей : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. Харків, 2019. 18 с.
8. Ломидзе О. Г. Правонаделение в гражданском законодательстве России. СПб. : «Юридический центр Пресс». 2003. 535 с.

ДАВНІСНЕ ВОЛОДІННЯ ЧУЖИМ МАЙНОМ: СУБ'ЄКТИВНЕ ПРАВО ЧИ ФАКТИЧНИЙ СТАН

Гуйван П. Д.

*кандидат юридичних наук, заслужений юрист України, професор
Полтавського інституту бізнесу
м. Полтава, Україна*

Наукова полеміка щодо того, є нетитульне володіння фактичним станом чи суб'єктивним правом триває вже багато років. Її поява напругу не пов'язана з запровадженням давнісного набувного інституту, адже такий характер утримання речі де-факто існував завжди. Наразі доводиться визнати, що в теорії цивільного права існують серйозні розбіжності та протиріччя щодо змісту тих матеріальних взаємодій, які характеризують безтитульне володіння майном. У своїх роботах дослідники надавали перевагу тій чи іншій концепції правової сутності незаконного володіння. Як результат, було напрацьовано декілька теорій. Полярних позицій притримувалися Павел та Папиніани у римському праві, Дерибурґ та Віндшейд у німецькій цивілістиці, Д.І.Мейер та Г.Ф.Шершеневич у російському науковому пошуку [1, с. 271]. Так, Д.І. Мейер стверджував, що давність не забезпечує жодного права, допоки вона не призведе до права власності [2, с. 341]. Низка сучасних дослідників також підтримують дану тезу. Вони наголошують, що закон, кажучи про захист безтитульного володіння, якраз підкреслює відсутність такого права [3, с. 57–60, 154]. Навпаки, інші дослідники вважають юридичне володіння правом [1, с. 271]. Зокрема, С.Б.Гомолицький стверджував, що володілець речі не може бути позбавленим позову для захисту свого права від порушення його власником, байдуже – попереднім чи новим: це впливає з поняття про загальні засади позову для будь-якого права. Відомий цивіліст початку ХХ століття В.М.Хвостов вказував на наявність у володільця правового статусу, який, однак, має урізаний зміст [4, с. 273]. З цією позицією погоджується і К.І. Скловський, аналізуючи вже сучасне російське

цивільне законодавство. Він, зокрема, зазначає, що, хоча незаконне володіння і має ознаки певного права, воно все ж не є абсолютним, позаяк не включає в себе можливість протиставлення іншим правам (зокрема, праву власника чи титульного володільця, від яких воно не захищається). Відтак, це урізане право співвідноситься з іншими речовими абсолютними правами як факт [5, с. 290–292]. Як бачимо, питання має достатньо полемічний характер.

Спробуймо більш детально розібратися із правовим статусом особи, яка без належної підстави володіє чужим майном для давності. Аналіз, як самої сутності такого утримання майна, так і чинного законодавства у цій царині, дозволяє дійти висновку про правову природу даного відношення. Межі здійснення повноважень набувача встановлені нормативно: добросовісне отримання майна плюс відкритість та безперервність володіння протягом визначеного часу від встановленого у законі терміну. І лише повною реалізацією (вичерпаністю) закладених у такому повноваженні можливостей вдасться пояснити набуття іншого матеріального права – власності.

Відповідні положення законодавства, в тому числі щодо активного власницького захисту, мають далекі не декларативний, а цілком прагматичний зміст, котрий лишень потребує деякої конкретизації. Подібна точка зору спостерігається у працях низки сучасних цивілістів, які погоджуються з тою тезою, що давнісне володіння спирається на певне встановлене законодавством суб'єктивне право його носія. І саме із безспірності даного права витікає юридична можливість та необхідність юрисдикційного захисту володіння, яке не забезпечене правовим титулом. Зокрема, Г.А. Гаджиєв, розглядаючи прописане у ч. 2 ст. 234 ЦК РФ положення про право на захист свого володіння у системному взаємозв'язку зі ст. 11 ЦК РФ про судовий захист порушених цивільних прав, розцінює їх як визнання конкретного правового титулу володільця. Він цілком справедливо виходить з того, що позовне домагання може виникати лише при порушенні певного суб'єктивного права, у даному випадку – речового [1, с. 272–273].

Власне, нерідко серед обумовлених правовим регулюванням матеріальних відносин можемо зустріти належні особі суб'єктивні права, що не забезпечені можливістю юридичного захисту у разі порушення. Декларативний характер окремих повноважень вже давно відмічений у нашій цивілістиці [6, с. 96–97]. Такого вигляду набуває, наприклад, охоронне право кредитора після спливу позовної давності: в силу припису ч. 1 ст. 267 ЦКУ вимога продовжує існувати, але вона втратила позовну властивість. Тож існування правових ситуацій, коли порушене право не може бути захищене в судовому порядку, є цілком припустимим. Але взаємовідношення зворотного змісту уявити собі не

можна. Якщо вже існує встановлене законом позовне домагання, то обов'язково мусить існувати і суб'єктивне право, порушення якого приводить право на позов у дію.

Отже, отримавши нове речове право, володілець набуває не тільки можливість безпосереднього фізичного тримання речі, а й певну міру майнової влади. Він вправі впливати на майно та відбивати зазіхання на своє володіння з боку третіх осіб. І вказані повноваження не слід обмежувати тільки пасивним захистом свого володіння. Власне кажучи, український закон також вказує на можливість судової реалізації вимог незаконного володільця до інших осіб. Той факт, що така особа має як суб'єктивне право на утримання речі, так і можливість його захисту, підтверджується не тільки загальним правилом ст. 396 ЦКУ, а й положенням частини другої пункту 3 статті 344 ЦК України. В ній передбачається пред'явлення позову давнісим володільцем про витребування майна у разі його втрати останнім не з своєї волі. Фактично вказані нормативні правила дозволяють вести мову про надання такому суб'єктові притаманних власнику повноважень щодо, наприклад, пред'явлення позову про витребування майна. При цьому судовий захист даного володіння не обмежується вимогами до третіх осіб. Відтак, у цивілістичній літературі прийнято вважати, що домагання про витребування майна у разі втрати його володільцем не з своєї волі можуть спрямовуватися і на адресу власника або іншого титульного володільця. Принаймні, саме таким чином зазвичай тлумачиться дане правило на теоретичному рівні.

Чи так це насправді? Дозволимо собі поставити під сумнів практичну дієвість згаданого механізму. Передбачений у ч. 2 п. 3 ст. 344 ЦКУ позовний захист ніяк не може ототожнюватися із римським *praescriptio longi temporis*, котре як давнісне володіння було одночасно і обґрунтуванням заперечень проти вимог недбайливого власника, і спеціальною підставою для позовного домагання володільця, який міг витребувати річ (навіть якщо вона попадала до власника) [7, с. 231], зокрема, в силу більш вузької сфери застосування. Крім того, залишається спірним питання про практичну можливість аргументованого обґрунтування володільцем свого матеріального права на утримання майна при пред'явленні такого позову. Уявимо собі ситуацію, коли власник, що втратив можливість судового витребування, або третя особа силоміць чи іншим шляхом поза волею давнісного володільця відбере у нього річ. Володілець пред'явив позов про витребування цієї речі. Але яке повноваження він протиставить праву власності чи титульного володіння? Навіть коли вважати нетитульне володіння таким, що забезпечене правом, його протиставлення власності не виглядає перспективним. На жаль, практика захисту володіння сьогодні не

напрацьована, а українські суди переконані, що такий захист можливий лише через процедуру визнання права власності, відтак він завжди буде спрямований на користь власника, навіть коли той самовільно вилучив майно у добросовісного володільця. Певною мірою такий підхід сьогодні пояснюється існуючим станом товарно-матеріальних відносин, коли відверта підтримка незаконного набувача навряд чи отримає суспільне схвалення.

Як же забезпечити ефективність задекларованого нормативно правового інструментарію? Коли закон прямо веде мову про можливість позовного захисту давнісного володіння, він також мусить визначити конкретні способи його реалізації. При цьому нерідко нові підходи проявляються у призабутих старих. Як вже згадувалося, у цивільному праві, починаючи з римських часів, існував юридичний механізм посесорного захисту, який застосовувався незалежно від наявності титулу у позивача (*possessorium*) і був покликаний запобігти самоуправству [8, с. 87–88]. У такому процесі немає потреби не тільки доводити, а й навіть посилатися на право, достатньо лиш довести факт свого володіння [9, с. 201]. Сенс даного захисту полягає у тому, що володільець протистоїть будь-якому загарбнику, незалежно від наявності у останнього титулу. Відтак самоуправство навіть власника повинне вважатися дією поза межами права, і від нього є захист. І саме у такому підході, коли мова йде не про право взагалі, а про речі набагато вищі та ідеальні – затвердження поваги до людської особистості, котра зростає у своїй самосвідомості, вбачалося значення активного захисту володіння [10, с. 229].

Як би там не було, популярна в літературі наразі ідея запровадження посесорного захисту поки що не знайшла реального втілення. Протистояння ідеальної теорії та приземленої практики продовжується на рівні коректної полеміки. У результаті такого перманентного стану казуальні питання віддані на відкуп правозастосовному органу. Як завжди, коли букує нормотворча думка. Дане питання потребує подальшого детального вивчення науковцями та законодавцем та нормативного відображення.

Література:

1. Гаджиев Г.А. О субъективном имущественном праве добросовестного владельца. Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Сборник научных статей. М. : Волтерс Клувер, 2005, Вып. 5. С. 269–278.
2. Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2 (по изданию 1902 г.). М. : Статут, 1999. 455 с.

3. Лапина В.В. Институт приобретательной давности и способы защиты давностного владения в гражданском праве России / Автореф. дисс. канд. юрид. наук 121.00.03 – М. : 2006. 186 с.
4. Хвостов В.М. Система римского права. Учебник. М. : Спарк, 1996. 310 с.
5. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. Учебно-практическое пособие, 2-е изд. М. : Дело, 2000. 512 с.
6. Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав: монография. М.: Издательство Московского Университета, 1972. 284 с.
7. Римское частное право Учебник для бакалавров. /Под ред. И.Б.Новицкого, И.С. Перетерского / М.: Юрайт, 2013. 607 с.
8. Покровский И.А. История Римского Права. Издание 3-е, исправленное и дополненное. 1917. Ст.-Пб., Allpravo.Ru. 2004. 138 с.
9. Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 1996. 544 с.
10. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М. : Статут, 1988. 353 с.

РЕАЛЬНІСТЬ ДОГОВОРУ ПРО ВСТАНОВЛЕННЯ ДОВІРЧОЇ ВЛАСНОСТІ

Рябчинська А. О.

*аспірантка кафедри цивільного та трудового права
Юридичного інституту Державного вищого навчального закладу
«Київський національний економічний університет
імені Вадима Гетьмана»
м. Київ, Україна*

Реальним договором (від латинського *res* – річ) вважається договір, який є укладеним з моменту передачі речі або вчинення іншої дії. Для укладення реального договору необхідна наявність двох юридичних фактів: по – перше, домовленість між його сторонами щодо істотних умов договору; по – друге, передача речі однією стороною іншій стороні або вчинення іншої дії [2]. Таким чином, для визнання укладеним реального договору волевиявлення сторін повинні супроводжуватися передачею речі – для укладення угоди вимагається наявність фактичного складу, тобто, деякої сукупності юридичних фактів, накопичення яких призводить до визнання угоди укладеною. У межах

такого фактичного складу, власне волевиявлення є необхідним, однак недостатнім елементом [4, с. 31].

Нормативні положення, які регулюють окремі види договірних зобов'язань, зазвичай не містять спеціального правила про момент укладення договору, проте його характер визначається словесною формулою тієї чи іншої правової норми. [8, с. 169] За договором про встановлення довірчої власності довірчий засновник передає майно довірчому власнику на праві довірчої власності для забезпечення зобов'язання боржника за кредитним договором, договором позики (ч. 1 ст. 597 – 1 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)) [1]. Аналіз законодавчої дефініції свідчить про реальність зазначеного договору: для того, аби такий договір вважався укладеним, необхідними є як досягнення згоди між довірчим власником і довірчим засновником щодо усіх істотних умов договору, так і здійснення останнім передачі майна у довірчу власність кредитора з метою забезпечення виконання зобов'язання (юридичні факти, які утворюють юридичний склад укладення договору про встановлення довірчої власності).

Передача майна у довірчу власність довірчого власника здійснюється на стадії укладення правочину довірчої забезпечувальної власності – як слушно зазначає Ю. А. Серкова, необхідна для укладення реального договору передача майна здійснюється не замість укладення угоди, а як додаток до неї, тобто відбувається «підтвердження» узгодження умов договору дією його сторін, що і призводить власне до вчинення правочину [6, с. 182].

Лебедева А. Н. звертає увагу на те, що у разі непередачі майна реальний договір є неукладеним [5, с. 468]. Схожої думки дотримується вітчизняна вчена Яворська О. С., яка стверджує, що правовим наслідком непередання майна за реальним договором є визнання його неукладеним, а якщо договір неукладений, то не може йтися про встановлення, зміну чи припинення прав та обов'язків його сторін, і застосування будь – яких засобів захисту. У договорах про передання майна у власність вірне визначення характеру договору дає змогу правильно вирішити питання про момент набуття права власності за договором [8, с. 170].

Згідно із ч. 4 ст. 597 – 3 ЦК України договір про встановлення довірчої власності на нерухоме майно укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню. Довірча власність на нерухоме майно виникає з моменту її реєстрації у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно (ч. 5 ст. 597 – 3 ЦК України). У контексті викладеного заслуговують на увагу: положення ч. 3 ст. 640 ЦК України, відповідно до якого договір, який підлягає нотаріальному посвідченню, є укладеним з дня такого посвідчення; норма ч. 3 ст. 334

ЦК України, що передбачає виникнення у набувача права власності на майно за договором, який підлягає нотаріальному посвідченню, з моменту такого нотаріального посвідчення; норма п. 1 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», що встановлює обов'язковість державної реєстрації права довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язання на нерухоме майно. Викладене дозволяє стверджувати, що договір про встановлення довірчої власності вважається укладеним з моменту його нотаріального посвідчення. Виникнення у кредитора права довірчої власності на передане у забезпечувальну власність нерухоме майно пов'язується з моментом його державної реєстрації.

Щодо зазначеного заслуговує уваги наукова позиція Е. Ф. Тимкіної, яка зазначає, що по – суті державна реєстрація права, яка засвідчує перехід права власності від одного власника до іншого – це і є власне передача речі. Дослідниця погоджується з М. І. Брагінським, на думку якого, «необхідністю ув'язки переходу права власності на нерухоме майно... з моментом реєстрації... підкреслюється знову ж таки реальна природа договору, оскільки його виникнення все рівно пов'язане не з угодою як такою, а з передачею речі» [7, с. 3, с. 633]. Учений підкреслює, що правове значення передачі речі, з якою пов'язується розмежування консенсуальних і реальних договорів, залежить від характеру того договору, на основі якого здійснюється передача. Якщо йдеться про договір, спрямований на перехід майна у власність, то і передача повинна означати перехід права власності від одної сторони до іншої. Уся відмінність між зазначеними договорами полягає у тому, що перехід права власності за консенсуальним договором здійснюється у його межах, водночас за реальним – до його виконання. Науковець наголошує, що момент самої передачі визначається з урахуванням законодавчої норми, що встановлює момент виникнення права власності за договором: «Ним повинен вважатися момент реєстрації переходу права власності для випадків, коли закон вважає це для відчуження майна необхідним, і фактичне вручення – у всіх інших випадках» [3, с. 631–632].

Договір про встановлення довірчої власності спрямований на передачу майна у довірчу власність кредитора з метою забезпечення виконання зобов'язання. Перехід права власності від довірчого засновника до довірчого власника засвідчується державною реєстрацією права довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язання на нерухоме майно, тобто саме з моменту державної реєстрації цього речового права кредитор набуває речово – правовий титул на майно довірчого засновника: у контексті реального правочину довірчої забезпечувальної власності момент передачі майна визначається

моментом виникнення права довірчої власності у довірчого власника, зокрема моментом його державної реєстрації. Таким чином, реальність договору про встановлення довірчої власності на нерухоме майно полягає у тому, що він вважатиметься укладеним за наявності трьох юридичних фактів: по – перше, домовленості довірчого засновника та довірчого власника щодо усіх істотних умов забезпечувальної угоди; по – друге, державної реєстрації права довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язання на нерухоме майно, яка визначатиме момент передачі майна довірчим засновником у довірчу власність кредитора; по – третє, нотаріального посвідчення договору.

Згідно із ч. 6 ст. 597 – 3 ЦК України довірча власність на рухоме майно виникає з моменту укладення договору про встановлення довірчої власності, якщо таким договором не встановлено інше. Аналіз зазначеної норми дозволяє стверджувати щодо виникнення у кредитора права довірчої власності на рухоме майно з моменту фактичної передачі забезпечувального майна за загальним правилом. Аби договір вважався укладеним, необхідними є домовленість сторін щодо усіх істотних умов договору, а також передача рухомого майна від довірчого засновника до довірчого власника, при цьому речово – правовий титул за реальним правочином довірчої забезпечувальної власності виникає у довірчого власника з моменту передачі рухомого майна у довірчу власність. Однак сторони можуть домовитися про виникнення у довірчого власника права довірчої власності на рухоме майно з моменту, відмінного від укладення договору. Наприклад, сторони можуть передбачити виникнення довірчої забезпечувальної власності з моменту державної реєстрації права довірчої власності на рухоме майно як забезпечувального обтяження у порядку, встановленому Законом України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень». У такому випадку договір про встановлення довірчої власності вважатиметься укладеним за наявності такого юридичного складу: домовленість довірчого засновника та довірчого власника щодо усіх істотних умов договору; державна реєстрація права довірчої власності на рухоме майно, що визначатиме момент передачі рухомого майна у довірчу власність кредитора.

Література:

1. Цивільний кодекс України: Закон від 16 січня 2003 р. № 435-IV / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40. Ст. 144
2. Постанова Верховного Суду від 23 січня 2019 року у справі № 355/385/17 / [Електронний ресурс] – Режим доступу:

https://protocol.ua/ua/postanova_ktss_vp_vid_23_01_2019_roku_u_spravi_355_385_17/

3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. Москва, 2000. 800 с.
4. Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153 – 208 Гражданского кодекса Российской Федерации. Под ред. Карапетова А. Г. Москва, 2018. 1264 с.
5. Лебедева А. Н. О правовой природе реальных договоров. *Научный альманах*. 2017. № 4–1(30). С. 467–470.
6. Серкова Ю. А. К вопросу о юридической конструкции консенсуального и реального договоров. *Актуальные проблемы экономики и права*. 2013. № 3. С. 181–186.
7. Тимкина Э. Ф. К вопросу о характере договора ренты. *Вестник Челябинского государственного университета*. 2007. № 7 (85). С. 46–49.
8. Яворська О. С. Реальні договори в цивільному праві України. *Актуальні проблеми держави і права*. 2013. Вип. 70. С. 169–175.

ДОВІРЧА ВЛАСНІСТЬ ЯК АЛЬТЕРНАТИВНИЙ СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Ходирєва А. В.

*аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін
Національної академії внутрішніх справ
м. Київ, Україна*

Довірча власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язання є новим інститутом у цивільному праві України. Проте, необхідно констатувати, що станом на сьогодні відсутнє його належне законодавче регулювання. Недосконалість змісту законодавчих норм породжує проблеми як наукового, так і практичного характеру, які продовжують залишатися невирішеними.

Відповідно до ст. 6 Директиви 2002/47/ЄС Європейського Парламенту й Ради Європейського Союзу стосовно механізмів застосування фінансової застави (далі – Директива) від 06 червня 2002 року держави-члени ЄС повинні запровадити механізм передачі права власності на фінансову заставу [1]. У зв'язку із підписанням Угоди про асоціацію з Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами (далі – Угода) [2], Україна теж узяла на себе зобов'язання виконати вищевказану Директиву. Згідно з

розділом Е Доповнення XVII-2 Додатку XVII Угоди, положення Директиви 2002/47/ЄС повинні бути впроваджені протягом 6 років із дати набрання чинності цією Угодою [3].

З метою адаптації національного законодавства до законодавства країн Європейського Союзу та імплементації вищезазначеної Директиви 20 вересня 2019 року Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні» (далі – Закон) [4]. Відповідно до вказаного Закону були внесені зміни, зокрема, до Цивільного кодексу України (далі – ЦК України). Главу 49 ЦК України, яка регулює питання забезпечення виконання зобов'язання, було доповнено Параграфом 8 під назвою «Довірча власність». Отже, перелік поіменованих способів забезпечення виконання зобов'язання, передбачених ЦК України, було законодавчо розширено.

Запровадження такого альтернативного механізму забезпечення виконання зобов'язань, як довірча власність також стало наслідком необхідності мінімізації ризиків кредиторів, пов'язаних із поверненням проблемної заборгованості, зменшення обсягів проблемних боргів, зменшення відсоткових ставок по кредитах, а також створення передумов для зростання обсягів кредитування бізнесу.

У вітчизняній науковій літературі стверджується, що право власності з метою забезпечення (фідуціарний заклад) або довірча власність є неакцесорним і непосесорним речовим способом забезпечення виконання зобов'язання, який полягає в передачі кредитору (довірчому власнику) права власності на майно, що перебуває в користуванні боржника (довірчого засновника), для забезпечення виконання основного зобов'язання на умовах, передбачених договором та/або законом. При цьому наголошується, що «неакцесорність забезпечувального права власності передбачає його існування незалежно від забезпечуваного зобов'язання і вимагає вчинення фактичної передачі майна для припинення довірчої власності» [5, с. 516].

Згідно зі ст. 597¹ ЦК України право довірчої власності є одним зі способів забезпечення виконання зобов'язання за кредитним договором [6]. Необхідно зазначити, що незважаючи на назву Параграфу 8, якою є «Довірча власність», новим способом забезпечення виконання зобов'язання є «право довірчої власності». Видається, що назва «довірча власність» є більш прийнятною для позначення способу забезпечення виконання зобов'язання.

Відповідно до ч. 1 ст. 597¹ ЦК України право довірчої власності виникає внаслідок укладення договору про встановлення довірчої власності. Ми вважаємо, що закономірним наслідком укладення договору про встановлення довірчої власності є виникнення саме «довірчої

власності» як особливої форми договірних майнових відносин, а не «права довірчої власності» в його суб'єктивному розумінні.

Більше того, ч. 1 ст. 597¹ ЦК України передбачає право довірчої власності як спосіб забезпечення зобов'язання боржника. Зауважимо, що такий підхід є не зовсім правильним та доречним. На нашу думку, довірча власність є способом забезпечення не самого зобов'язання боржника, а його належного виконання. У зв'язку із цим пропонуємо доповнити ч. 1 ст. 597¹ ЦК України словом «виконання».

Із назви ст. 597¹ ЦК України випливає, що довірча власність є способом забезпечення виконання зобов'язання саме за кредитним договором. Проте, зауважимо, що згідно з ч. 1 ст. 597¹ ЦК України договір про встановлення довірчої власності передбачає виникнення права довірчої власності не тільки для забезпечення виконання кредитного договору, а й договору позики. Отже, ч. 1 ст. 597¹ ЦК України передбачає розширений перелік випадків застосування довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язання, у той час як назва статті звужує коло відносин, які передбачають можливість виникнення права довірчої власності.

Вбачається, що законодавець ототожнює договір позики з кредитним договором. З таким підходом важко погодитись, зважаючи на те, що відповідно до ч. 2 ст. 1054 ЦК України до відносин за кредитним договором застосовуються положення про позику. Отже, договір позики є більш широкою категорією, порівнюючи з кредитним договором.

З огляду на положення ст. 597¹ ЦК України можемо констатувати, що законодавець передбачив вичерпний перелік договорів, виконання яких може забезпечуватися правом довірчої власності. Проте, ми вважаємо, що довірча власність також може використовуватися для забезпечення виконання інших видів договорів, зокрема, договорів зберігання, доручення, комісії, управління майном. У зв'язку з цим перелік підстав для застосування довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язання, передбачений ст. 597¹ ЦК України, має бути доповнений та розширений.

Не можемо не погодитись із К. Г. Некіт, яка стверджує, що «безперечною перевагою такого способу забезпечення для кредитора є придбання повного комплексу правомочностей відносно предмету забезпечення. Перевагою фидуціарної власності є й те, що на відміну від права застави, яке звичайно є акцесорним зобов'язанням, майно, що знаходиться у фидуціарній власності кредитора, здатне забезпечувати без переоформлення договорів одночасно декілька вимог кредитора, як існуючих, так і майбутніх. При цьому вимоги до угод про передачу власності мінімальні: необхідно, щоб майно було індивідуально визначеним» [7, с. 121].

З метою недопущення кредитором спонукання боржника укласти договори про встановлення довірчої власності для забезпечення виконання будь-яких правочинів, у ч. 4 ст. 597¹ ЦК України передбачено обов'язок кредитора запропонувати боржнику можливість забезпечити виконання зобов'язання за кредитним договором чи договором позики іншим способом.

Підсумовуючи вищевикладене, можемо констатувати, що довірча власність покликана стати дієвим та ефективним способом забезпечення виконання зобов'язання. Проте, використання такого альтернативного механізму потребує суттєвого доопрацювання положень чинного цивільного законодавства.

Література:

1. Директива 2002/47/ЄС стосовно механізмів застосування фінансової застави від 06.06.2002 року – [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_502.
2. Угода про асоціацію між Україною та з Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами в редакції від 30.11.2015 року – [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#n2825.
3. Додаток XVII Угоди про асоціацію між Україною та з Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами в редакції від 30.11.2015 року – [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://www.kmu.gov.ua/storage/app/media/ugoda-pro-asociaciyu/17_Annexes.pdf.
4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні: Закон України від 20.09.2019 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2019. – № 46. – Ст. 299.
5. Цивільне право України. Загальна частина: підручник / За ред. О. В. Дзери, д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України, засл. юриста України [та ін.]; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 976 с.
6. Цивільний кодекс України в редакції від 16.10.2020 р. – [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.
7. Некіт К. Г. Управління майном у цивільному праві Німеччини: зарубіжний досвід для вдосконалення вітчизняного законодавства // Порівняльно-аналітичне право: електронне наукове фахове видання юридичного факультету ДВНЗ «Ужгородський національний університет». – Уж., 2014. – № 2. – С. 120–122.

НАПРЯМ 6. ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНЕ ПРАВО

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ТУРИСТОМ ПРАВА НА ВІДМОВУ ВІД ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ТУРИСТИЧНИХ ПОСЛУГ

Андрусів У. Б.

кандидат юридичних наук, доцент,

*доцент кафедри цивільно-правових дисциплін юридичного факультету
Львівського державного університету внутрішніх справ*

м. Львів, Україна

Туризм є невід'ємною частиною життя сучасної людини, здатної як відновити її фізичні сили, так і задовольнити інтелектуальні та духовні потреби.

Правовим засобом досягнення основної мети туризму, яка полягає у забезпеченні туристів якісними туристичними послугами, є цивільно-правовий договір. Законодавець для позначення відносин, які виникають між туристом та суб'єктом туристичної діяльності, використовує термін «договір на туристичне обслуговування». На наше переконання, суті та правовій природі договору, який опосередковує надання туристичних послуг, відповідає позначення «договір про надання туристичних послуг» [1, с. 104–105].

Під час укладення договору про надання туристичних послуг неможливо спрогнозувати всі ймовірні варіанти розвитку подій. На практиці нерідко трапляються випадки, коли за тих чи інших обставин виконання договору стає неможливим або одна зі сторін втрачає до нього інтерес. З метою унормування таких ситуацій та забезпечення віднастання негативних наслідків для контрагентів договірного зобов'язання, на законодавчому рівні закріплені інститут відмови від договору.

Загальні положення про відмову від договору регламентовані у ст. 651 Цивільного кодексу України (надалі – ЦК України). Як випливає з приписів ч. 3 цієї норми, договір може бути розірваним у разі односторонньої відмови від договору у повному обсязі, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом. Це нормативне положення кореспондується зі ст. 615 ЦК України, якою визначена заборона односторонньої відмови від зобов'язання, за винятком випадків, коли право на таку відмову встановлено договором або законом [2].

У самому загальному вигляді зміст відмови від договору у повному обсязі можна визначити як визначену законом або договором реалізацію особою суб'єктивного права на вчинення правомірної дії,

спрямованої на припинення договірної правовідносини. Відмову від договору необхідно розглядати як одночасну відмову від прав та обов'язків.

Солідаризуємося з позицією тих вчених, які, враховуючи характер волевиявлення суб'єкта, який здійснює право на односторонню відмову від договору, наслідки такої відмови, розглядають її як односторонній правочин [3, с. 234]. Відмова від договору є способом припинення (розірвання) договірних зобов'язань управомоченою особою в односторонньому порядку, для здійснення цього суб'єктивного права не вимагається звернення до суду з відповідною вимогою.

З'ясувавши зміст та правову природу інституту відмови від договору, зосередимо увагу на особливостях здійснення права на відмову від договору про надання туристичних послуг туристом, як найслабшої сторони досліджуваних правовідносин.

З аналізу положень ст. 20 Закону України «Про туризм» вбачається, що законодавець визначає дві підстави відмови туриста від договору про надання туристичних послуг. Так, туристу надана можливість відмовитися від договору без відшкодування шкоди туроператору (турагенту) у зв'язку зі зміною істотних умов договору та обставин, якими вони керувалися під час укладення договору (ч. 7–8). Крім того, до початку подорожі турист може відмовитися від виконання договору (незалежно від причини такої відмови) за умови відшкодування туроператору (турагенту) фактично здійснених ним документально підтверджених витрат, пов'язаних із відмовою (ч. 10) [4].

Законодавець не визначив момент, з якого договір, від якого в односторонньому порядку відмовилася одна зі сторін, вважається припиненим. Вважаємо, що у разі відмови туриста від договору про надання туристичних послуг з підстав, визначених зазначеною статтею, договір вважається розірваним з моменту одержання туроператором і (або) турагентом повідомлення туриста про таку відмову.

За таким критерієм як підстава виникнення відмова туриста від договору про надання туристичних послуг поділяється на:

– відмову, яка виникає незалежно від порушень умов договору контрагентом. Нерідко трапляються випадки, коли після укладення договору та сплати вартості туристичних послуг, туристи з незалежних від них обставин не можуть скористатися відповідними послугами. За таких обставин, відповідно до ч. 10 ст. 20 Закону України «Про туризм» турист вправі відмовитися від виконання договору. Однак туроператори, порушуючи цей законодавчий припис, відмовляються повертати туристам сплачені за договором платежі.

Прикладом може слугувати справа № 761/3395/19. Позивач звернувся до суду із позовом до туроператора та турагента про

стягнення збитків та моральної шкоди. Позовні вимоги мотивовано тим, що після укладення договору про туристичне обслуговування дружина позивача отримала травму, проте у задоволені вимоги про повернення сплачених коштів за туристичні послуги у зв'язку з відмовою від договору було відмовлено.

В аналізованій справі суд дійшов правильного висновку, що відповідачі зобов'язані були повернути позивачу кошти за мінусом реально понесених витрат на придбання туру [5];

– відмову, що є наслідком порушення, яке допущено туроператором/турагентом. Критично оцінюємо позицію С. С. Панченко, що одностороння відмова від договору допускається лише у разі відсутності порушень умов договору іншою стороною [6, с. 45]. Приклади односторонньої відмови туриста від договору з наведеної підстави є у судовій практиці. Так, у справі № 177/1522/17 суд встановив правомірність відмови позивача від договору про надання туристичних послуг у зв'язку із порушенням туроператором умов договору: зміни місця відправлення в туристичну подорож та затримки вильоту авіарейсу більше ніж на 10 годин [7].

Отже, турист може скористатися правом на відмову від договору про надання туристичних послуг як у випадку порушення договору контрагентом, так і тоді, коли відмова не є наслідком допущених порушень.

Крім того, постає питання про можливість реалізації туристом права на відмову від договору про надання туристичних послуг в умовах пандемії коронавірусу, особливо після віднесення карантину, встановленого Кабінетом Міністрів України, до форс-мажорних обставин [8]. Зважаючи на ці законодавчі положення та покликаючись на обставини непереборної сили, туроператори пропонують споживачам туристичних послуг перенести строк подорожі, відмовляючись повертати кошти.

На нашу думку, застосуванню підлягають приписи ч. 7–8 Закону України «Про туризм». До початку туристичної подорожі кожна зі сторін договору на туристичне обслуговування може вимагати внесення змін до цього договору або його розірвання у зв'язку зі зміною його істотних умов та обставин, якими вони керувалися під час укладення договору, зокрема, в разі погіршення умов туристичної подорожі, зміни її строків. Відповідно до ч. 8 ст. 20 зазначеного нормативно-правового акту на туроператора (турагента) покладається обов'язок повідомити туриста про таку зміну обставин з метою надання йому можливості відмовитися від виконання договору без відшкодування шкоди туроператору (турагенту) або внести зміни до договору [4].

Таким чином, турист має право на відмову від туристичної подорожі без відшкодування шкоди туроператору (турагенту) та повернення

всіх коштів за ненадану послугу. Такий підхід корелюється з положеннями ст. 12 (4) Директиви ЄС 2015/2302 про пакетні тури, якою встановлено, що туристи, чії подорожі були скасовані, мають право вибрати між поверненням коштів та іншими формами відшкодування, у тому числі ваучерами на майбутні поїздки [9].

Враховуючи викладене, з метою забезпечення ефективної реалізації туристом права на односторонню відмову від договору та недопущення зловживань з боку суб'єктів туристичної діяльності, вважаємо за доцільне ч. 10 ст. 20 Закону України «Про туризм» викласти у такій редакції: «Турист вправі відмовитися від виконання договору про надання туристичних послуг до початку туристичної подорожі незалежно від причини за умови відшкодування туроператору або турагенту фактично здійснених ними документально підтверджених витрат, пов'язаних із відмовою. У разі настання обставин, що свідчать про виникнення в країні (місці) тимчасового перебування туриста загрози безпеці його життя чи здоров'ю, а також обставин, які не залежать від туриста, що унеможливають здійснення туристичної подорожі, він має право відмовитися від договору про надання туристичних послуг (до або після початку туристичної подорожі). При розірванні договору про надання туристичних послуг у зв'язку з настанням цих обставин туристу/замовнику повертається сума, пропорційна вартості ненаданих туристичних послуг».

Література:

1. Андрусів У. Б. Договір про надання туристичних послуг: понятійно-категоріальний апарат і правова природа. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2019. № 4. Том 2. С. 103–107.
2. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 березня 2004 року №435-15. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40-44. Ст. 356.
3. Боднар Т. В. Одностороння відмова в договірних зобов'язаннях. *Університетські наукові записки*. 2012. № 1 (41). С. 232–241.
4. Про туризм: Закон України від 15 вересня 1995 року № 324/95-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 31. Ст. 24.
5. Постанова Київського апеляційного суду від 11 грудня 2019 року у справі № 761/3395/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86466757> (дата звернення: 11.12.2020).
6. Панченко С. С. Одностороння відмова від договору як підстава припинення строку його дії. *Університетські наукові записки*. 2016. № 60. С. 45–55.

7. Постанова Верховного Суду від 02 грудня 2020 року у справі № 177/1522/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93336315/> (дата звернення: 11.12.2020).
8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19): Закон України від 17 березня 2020 року № 530-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № 16. Ст. 100.
9. Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC. URL: <http://data.europa.eu/eli/dir/2015/2302/oj> (дата звернення: 11.12.2020).

ПРОБЛЕМИ РОЗУМІННЯ РЕАЛЬНОГО ДОГОВОРУ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ¹

Вавженчук С. Я.

доктор юридичних наук, доцент,

*професор кафедри трудового права та права соціального забезпечення
Інституту права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
м. Київ, України*

Аналізуючи реальний договір не можна обійти увагою той факт, що ст. 640 ЦК, яка регламентує укладення реального договору, не містить вказівки на способи передачі майна. Також в ній відсутня й відсылка норма з цього приводу. Таким чином не зрозуміло чи можливо в такому разі застосувати способи набуття майна визначені в ст. 334 «Момент набуття права власності за договором» ЦК України, а якщо й так, то чи можна застосовувати їх усі. Відповідно до ст. 334 ЦК України законодавець виокремлює наступні способи передання майна: 1) вручення майна набувачеві; 2) вручення майна особі (перевізникові, організації зв'язку тощо) для відправлення або пересилання набувачеві майна відчуженого без зобов'язання доставки; 3) передання коносаменту або іншого товарно-розпорядчого документа на майно. Останнє, з огляду на ст. 195 «групи цінних паперів» ЦК України, передбачає можливість

¹ Дана робота ґрунтується на численних публікаціях автора (підручниках, посібниках, монографіях, наукових статтях, тезах тощо) та в тій чи іншій мірі відображає власні раніше опубліковані наукові результати.

передання майна шляхом передачі лише товаророзпорядчого цінного паперу. Інші групи цінних паперів не входять в орбіту ст. 334 ЦК України. У цьому контексті не можна не враховувати й вимоги ст. 197 ЦК України, яка визначає способи передачі прав за цінним папером та ст. 4 «Перехід права на цінні папери та прав за цінними паперами» Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок». Норми ст. 4 згаданого Закону визначають способи передачі цінного паперу в залежності від форми цінного паперу (документарна або бездокументарна) або його виду [1, с. 45–51].

Варто підкреслити, що на ст. ст. 334, 197 ЦК України, ст. 4 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» та ст. 640 ЦК України покладені різного роду завдання. Зокрема, назва ст. 334 ЦК України та ч.1 ст. 334 ЦК вказують на те, що мета законодавця була сфокусована на визначенні моменту набуття права власності, при чому способи набуття права власності ґрунтуються на вже укладеному договорі, що не корелює реальному договору окресленому у ст. 640 ЦК України. Норми ст. 197 ЦК України та ст. 4 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» покликані окреслити момент та порядок переходу права на цінний папір та права з цінного паперу у їх взаємодії з огляду на різні форми, види цінного паперу, процедурні особливості [1, с. 45–51].

Не можливо не відмітити й той факт, що для укладення реального договору не обов'язково здійснити передання майна виключно у власність. Тобто, для укладення реального договору першочергове значення має передумова у вигляді дії, що направлена на передання майна. Дійсно, низка реальних договорів не направлена на передання майна у власність. Як наслідок, встановлення жорсткої кореляції норм ст. 640 ЦК України та ст. 334 ЦК України (що містить способи набуття майна у власність) є неможливим. З іншого боку низка визначених ст. 334 ЦК України способів передання майна є загально прийнятими та в певних умовах можуть застосовуватися до реальних договорів в частині, що передбачають правові наслідки передачі майна [1, с. 45-51].

Таким чином, у разі укладення реального договору, предметом якого виступають речі або цінні папери, можуть бути застосовані різні способи передання майна. Найрозповсюдженішим способом є передання майна шляхом вручення такого майна контрагенту. Відповідний спосіб передачі речі може бути застосований у разі коли предметом реального договору виступає рухома річ, готівкові гроші, документарний цінний папір [1, с. 45–51].

Суперечки виникають із можливістю «передачі» бездокументарних цінних паперів за реальним договором. У доктрині пануючою є точка зору, за якою заперечується можливість віднесення бездокументарних цінних паперів до речей [2, с. 51–52]. Так, Є.О. Суханов вказує, що

стосовно бездокументарних цінних паперів не можуть виникати речові правовідносини, а лише зобов'язальні [3, с. 14]. В.А. Белов також підтримує цю думку та вказує, що неможливо поширювати режим речових прав на бездокументарні цінні папери, оскільки права, складові бездокументарних цінних паперів, оборотоздатні самі собою, і становлять самостійний об'єкт цивільних прав, який неможливо вважати речами [4, с. 25–26]. К.К. Лебедев наголошує, що бездокументарні цінні папери, не маючи матеріальної оболонки, навіть умовно не можуть розглядатися як речі, і відповідно, бути об'єктом права власності та інших речових прав [5, с. 2]. Дійсно, віднести бездокументарні цінні папери до категорії речей неможливо хоча б з огляду на те, що особа володіє не цінним папером як річчю, а, так би мовити, відповідним обліковим записом на рахунку в цінних паперах в системі депозитарного обліку цінних паперів. Через такий механізм законодавець запроваджує юридичну фікцію володіння бездокументарними цінними паперами. Вказане здійснюється для того, щоб впровадити конструкцію бездокументарного цінного паперу в цивільне право, адже останнє довгий час будувалося на документарній теорії цінного паперу [1, с. 45–51].

Таким чином, списання бездокументарного цінного паперу із рахунку та зарахування на відповідний рахунок контрагента здійснюється, у більшості випадків, через застосування спеціальних порядків (клірингу, індосаментів тощо), що залежать від типу (виду) цінного паперу, а тому не може розглядатися як традиційний спосіб передачі речі (*res*) шляхом вручення майна контрагенту [1, с. 45–51].

Подібна проблема при передачі за реальними договорами існує й щодо безготівкових грошових коштів. Не зупиняючись детально на вченні про гроші, що потребує окремого глибокого дослідження, обмежимося тезою проте, що безготівкові грошові кошти окреслені іншою правовою природою аніж звичайні речі та наділені різними юридичними характеристиками. Зокрема, якщо за договором позики здійснене перерахування грошових коштів на рахунок позичальника у безготівковій формі, останній не отримує право власності на грошові кошти, а наділяється правом вимоги до фінансової установи (банку) [1, с. 45–51]. За цих обставин, реальний договір, предметом якого виступають безготівкові грошові кошти, буде вважатися укладеним в момент зарахування таких грошових коштів на рахунок одержувача виходячи лише із застосування законодавцем юридичної фікції до таких договірних правовідносин [1, с. 45–51].

Як наслідок, варто зафіксувати наступне. По-перше, аналізуючи реальний договір не можна обійти увагою той факт, що ст. 640 ЦК, яка регламентує укладення реального договору, не містить вказівки на способи передачі майна. По-друге, назва ст. 334 ЦК України та ч. 1

ст. 334 ЦК вказують на те, що мета законодавця була сфокусована на визначенні моменту набуття права власності, при чому способи набуття права власності ґрунтуються на вже укладеному договорі, що не корелює реальному договору окресленому у ст. 640 ЦК України [1, с. 45–51].

Література:

1. Вавженчук С.Я. До питання класифікації договорів на консенсуальні та реальні договори. // Проблеми законності. 2020. № 1. С. 45–51.
2. Вавженчук С.Я. Правове регулювання фондового ринку: навч. посіб. / С.Я. Вавженчук. Ніжин: ТОВ «Видавництво «Аспект-Поліграф», 2013. 582 с.
3. Белов В.А. Ценные бумаги в российском гражданском праве. М. : Учебно-консультационный центр «ЮрИнфоР», 1996. 448 с.
4. Белов В.А. Юридическая природа бездокументарных ценных бумаг и безналичных денежных средств // Рынок ценных бумаг. 1997. № 5. С. 25–26.
5. Лебедев К.К. Защита прав обладателей бездокументарных ценных бумаг (материально– и процессуально-правовые аспекты разрешения споров, связанных с отчуждением бездокументарных ценных бумаг). М. : Волтерс Клувер, 2007. 168 с.

ДО ДИСКУСІЇ ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ШКОДУ, ЗАВДАНУ ВИКОРИСТАННЯМ ТЕХНОЛОГІЙ ШТУЧНОГО ІНТЕЛЕКТУ

Великанова М. М.

*доктор юридичних наук, доцент,
доцент*

*Науково-навчального інституту Київського національного
університету культури і мистецтв
м. Київ, Україна*

Останнім часом досить активно ведеться дискусія про штучний інтелект, його місце в структурі цивільних правовідносин, правове регулювання відносин з використання технологій штучного інтелекту. Порушуються досить непрості питання: чи є штучний інтелект суб'єктом або об'єктом правовідносин; як захистити права та законні інтереси фізичних та юридичних осіб від порушень при застосуванні цифрових технологій; хто і як має відповідати за шкоду, завдану штучним

інтелектом. Відразу хочеться зазначити, що однозначні відповіді на ці питання не даються. У цій публікації, певно, також глобально не будуть вирішені проблеми використання штучного інтелекту. Втім, метою теперішньої дискусії вбачається окреслення окремих напрямів вирішення проблеми відповідальності за шкоду, завдану штучним інтелектом.

Дуже часто лунають пропозиції питання відповідальності за шкоду, завдану штучним інтелектом, вирішувати за аналогією із джерелом підвищеної небезпеки. Загалом не відкидаючи таку ідею, доцільно вказати на окремі неузгодженості, що можуть привести до неможливості відшкодування завданої шкоди. Так, згідно з ч. 2 ст. 1187 ЦК України відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, покладається на особу, 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. Обов'язок відшкодування такої шкоди може виникати і у кількох суб'єктів у випадках неправомірного заволодіння транспортним засобом, механізмом, іншим об'єктом та внаслідок взаємодії кількох джерел підвищеної небезпеки (ч. 4 ст. 1187, ст. 1188 ЦК України). Відповідно до ст. 5:101 Principles of European Tort Law сувору відповідальність за шкоду, завдану діяльністю, що є підвищено небезпечною, несе особа, діяльність якої пов'язана із підвищеною небезпечною. При цьому діяльність, що створює підвищену небезпеку для оточуючих, визнається такою діяльністю, яка: а) характеризується заподіянням передбачуваної та істотної шкоди незалежно від того, було вжито необхідних заходів обережності для її попередження чи ні і б) не є загальноприйнятною [1].

Тому логічно виникає питання хто має нести відповідальність за шкоду, завдану штучним інтелектом – особа, яка на відповідній правовій підставі володіє штучним інтелектом, чи особа, діяльність якої пов'язана із підвищеною небезпечною? І кого визнавати такими особами: розробників програм штучного інтелекту, їх замовників, операторів таких програм чи користувачів?

У Резолюції Європейського парламенту від 16 лютого 2017 року з рекомендаціями Комісії з питань цивільно-правових норм з робототехніки зазначається, що у випадку, коли робот може приймати автономні рішення, виникають труднощі у визначенні сторони, відповідальної за надання компенсації. Тим більше, що Директива 85/374/ЄС може охоплювати лише шкоду, заподіяну виробничими дефектами робота, за умови, що потерпіла особа зможе довести фактичну шкоду, дефект виробу та причинний зв'язок між шкодою та дефектом. Натомість, шкода, заподіяна роботами нового покоління, не зовсім потрапляє у сферу дії цієї Директиви, бо такі роботи можуть бути

оснащені адаптивними та навчальними здібностями, що спричиняють певний ступінь непередбачуваності їх у своїй поведінці. Тому, ці роботи будуть самостійно вчитися на власному досвіді і взаємодіяти з навколишнім середовищем унікальним і непередбачуваним чином. Відповідно, правила суворої відповідальності або відповідальності без вини не зможуть врегулювати таку ситуацію [2].

Висловлюється думка, що особами, які мають відшкодувати шкоду, завдану штучним інтелектом, мають бути оператори (або, якщо говорити ширше, користувачі). Звісно, така думка не позбавлена сенсу, адже логічно, що ризики має нести та особа, яка отримує вигоду (в широкому розумінні цього слова) від певної діяльності. Але знову таки чи завжди така діяльність є джерелом підвищеної небезпеки, оскільки, як зазначалося, вона має характеризуватися заподіянням передбачуваної шкоди. А якщо шкода була завдана через помилку у кодї програми, що, за словами ІТ-фахівців, трапляється досить часто? Або штучний інтелект самостійно вчиться на власному досвіді й взаємодіє з навколишнім середовищем унікальним і непередбачуваним чином. Тому, слушною є думка, що визначення особи, яка відповідатиме за шкоду, завдану штучним інтелектом, залежить від того, наскільки такий штучний інтелект був автономним. Тобто, притягнення до цивільно-правової відповідальності має здійснюватися відповідно та пропорційно до фактичного рівня інструкцій, даних згідно зі ступенем автономності штучного інтелекту. Неавтономні або частково автономні роботи мають розглядатися як інструментарій, яким користуються суб'єкти правовідносин – виробник, власник, розробник програмного забезпечення, користувач, орган державної влади, військовий начальник тощо. Відповідно, у такому разі відповідальність за завдання збитків або негативних наслідків має покладатися пропорційно на розробників роботів, їхніх володільців і користувачів [3, с. 160].

Зрозуміло, що у випадку, коли діяльність із використання штучного інтелекту відповідає характеристикам підвищено небезпечної, то і застосування за аналогією правил відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки не викликає заперечень. Хоча і в такому разі залишається відкритим питання про суб'єкта цієї відповідальності. Наприклад, якщо на замовлення медичного закладу була написана програма з діагностики певного захворювання, у кодї якої мала місце помилка. Оператор цієї програми, не будучи лікарем та здійснюючи діагностику не помітив помилки, у результаті чого було поставлено неправильний діагноз і, відповідно, призначене неправильне лікування. При цьому, як це завжди практикується розробниками програмного забезпечення, при встановленні такої програми замовник погодився із умовами угоди з користувачем, де, як правило, уся відповідальність перекладається на користувача. Звичайно, у таких

ситуаціях можна говорити про застосування ст. 1190 ЦК України, якою встановлюються правила відшкодування шкоди, завданої спільно кількома особами. Але чи достатньо зазначених норм для належного і повного відшкодування шкоди, завданої використанням технологій штучного інтелекту? Логічно, що відносини з використання штучного інтелекту вже набули того розвитку, коли виникає потреба в їх урегулюванні. Як мінімум необхідно ввести до національного законодавства такий різновид спеціального делікту, як завдання шкоди при використанні технологій штучного інтелекту. Це вже є виклик сьогодення. Певні кроки у цьому напрямі зроблені. 2 грудня 2020 року КМУ затвердив Концепцію розвитку штучного інтелекту [4], у якій одними із принципів розвитку та використання технологій штучного інтелекту проголошено забезпечення гарантій дотримання верховенства права, основоположних прав і свобод людини і громадянина, демократичних цінностей під час використання технологій штучного інтелекту та покладення на організації та осіб, які розробляють, впроваджують або використовують системи штучного інтелекту, відповідальності за їх належне функціонування відповідно до закріплених принципів. Необхідно йти далі й виконуючи поставлене цією Концепцією завдання забезпечення захисту прав та свобод учасників відносин у галузі штучного інтелекту, закріплювати спеціальні норми регулювання відносин у галузі штучного інтелекту, у тому числі й щодо відповідальності за шкоду, завдану використанням технологій штучного інтелекту.

Поки що, за відсутності належного нормативного врегулювання таких відносин, можна звернутися до інституту страхування, щоб забезпечити компенсацію завданої шкоди при використанні штучного інтелекту. Незважаючи на те, що цей інститут не виконує функції стимулювання до зменшення ризику завдання шкоди та сприяння соціальному добробуту, втім він є економічно ефективною системою з точки зору компенсаційної функції.

Отже, відповідальність за шкоду, завдану штучним інтелектом має покладатися на особу, яка стала причиною дії чи бездіяльності штучного інтелекту, у результаті якої було завдано шкоду. Виходячи з того, що таку діяльність не завжди можна розглядати як діяльність, що пов'язана із підвищеною небезпекою, назріла потреба на законодавчому рівні вирішити питання про відшкодування шкоди, завданої штучним інтелектом, встановивши такий різновид спеціального делікту. Також відшкодування шкоди, завданої штучним інтелектом може здійснюватися за допомогою правової конструкції страхування ризиків завдання шкоди штучним інтелектом. І хоча ця конструкція не вирішує питання відповідальності, втім дає змогу компенсувати шкоду від діяльності з використанням штучного інтелекту.

Література:

1. Principles of European Tort Law: Text and Commentary. (2005, January). URL: file:///C:/Documents%20and%20Settings/Admin/D0%9C%D0%BE%D0%B8%20D0%B4%D0%BE%D0%BA%D1%83%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82%D1%8B/Downloads/PETLTextCommentary.pdf (дата звернення: 08.10.2020).
2. European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics. (2017, February). URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html?redirect (дата звернення: 08.10.2020).
3. Костенко О. В., Костенко В. В. Правова відповідальність та ідентифікація суб'єктів і об'єктів зі штучним інтелектом (IOT). *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 1. С. 158–162.
4. Концепція розвитку штучного інтелекту в Україні. URL: <https://thedigital.gov.ua/news/mikhaylo-fedorov-rozvivayuchi-sferu-shtuchnogo-intelektu-mi-zabezpechujemo-konkurentospromozhnist-ukraini-na-mizhnarodnomu-rinku> (дата звернення: 03.12.2020).

ДОГОВІР У СФЕРІ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

Гнатів О. М.

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри цивільного права та процесу

Львівського національного університету імені Івана Франка

м. Львів, Україна

Договір слід розглядати як універсальну правову конструкцію для впорядкування цивільно-правових відносин, які виникають між їх учасниками, на засадах диспозитивності. Одним із проявів диспозитивного правового регулювання цивільних відносин є принцип свободи договору. Проте, свобода цивільно-правового договору має свої межі. Відносини щодо придбання товарів, робіт, послуг за публічні кошти ґрунтуються на цивільно-правовому договорі, укладеному у порядку, передбаченому Законом України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 року. Водночас, законодавець встановив правила поведінки для учасників цивільно-правових відносин у сфері публічних закупівель.

Договір про закупівлю повинен відповідати загальним вимогам, які містяться у Цивільному та Господарському кодексах України, а також спеціальним вимогам, визначеним спеціальним законодавством України у сфері публічних закупівель. Насамперед, такі вимоги ставляться

до сторін договору. У п.6 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 року міститься визначення договору про закупівлю, яке розкривається через призму господарського договору, який укладається між замовником і учасником за результатами проведення процедури закупівлі або спрощеної закупівлі та передбачає платне надання послуг, виконання робіт або придбання товарів. Натомість, п. 37 ч. 1 тієї ж статті передбачає, що учасником закупівлі може бути фізична особа без цивільно-правового статусу підприємця. З аналізу ч. 1 ст. 179 Господарського кодексу України від 16 січня 2003 року слід зробити висновок, що господарський договір може бути укладений між суб'єктами господарювання або між суб'єктами господарювання та негосподарюючими суб'єктами – юридичними особами.

Таким чином, договір про закупівлю не завжди є господарським договором, оскільки суб'єктний склад останнього є вужчим, оскільки цивільно-правовий договір, стороною якого є фізична особа без статусу підприємця не може вважатися господарським.

Договір про закупівлю укладається між замовником та учасником торгів. Замовниками можуть бути суб'єкти, визначені ст. 2 Закону України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 року. При цьому, законодавцем закладено два критерії для визначення замовників:

- 1) правий статус суб'єкта: органи державної влади, органи місцевого самоврядування, засновані ними юридичні особи, частка у статутному капіталі яких становить понад 50 відсотків, юридична особа є розпорядником або одержувачем бюджетних коштів;

- 2) сфера діяльності, у якій здійснює діяльність юридична особа, частка замовників зазначених вище у статутному капіталі якої становить понад 50 відсотків.

Для цих суб'єктів укладення договорів із застосуванням процедур публічних закупівель є обов'язковою, крім випадків, зазначених у Законі України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 року. Залежно від ціни договору про закупівлю він може укладатися із застосуванням процедури закупівлі, спрощеної закупівлі або без проведення процедури закупівлі, але із наступним опублікуванням звіту про договір про закупівлю у випадках, передбачених законом. При цьому, Закон України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 року визначає умови проведення кожного із видів закупівлі з метою недопущення порушень у сфері публічних закупівель.

Окрім цього, договір про закупівлю може бути змінений за погодженням сторін лише у випадках, встановлених ч. 5 ст. 41 вищевказаного Закону. Водночас, законодавець визначає спеціальні умови продовження строку дії договору про закупівлю на строк, достатній для проведення процедури закупівлі (спрощеної закупівлі) на початку

наступного року в обсязі, який не перевищує 20 відсотків ціни вказаного договору. Продовження строку дії договору надається на розсуд і взаємне погодження сторін, але у межах визначених законом.

До особливостей договору про закупівлю також належать спеціальні підстави його нікчемності у випадках, встановлених ст. 43 Закону України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 року. Поряд з цим, договір про закупівлю може бути недійсним у разі встановлення підстав, визначених Цивільним кодексом України.

Таким чином, для правового регулювання договору про закупівлю законодавець окреслює чіткі межі поведінки суб'єктів у сфері публічних закупівель.

ЩОДО ОБ'ЄКТА СУБСИДАРНОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Гудима-Підвербецька М. М.

*кандидатка юридичних наук, доцентка,
докторантка кафедри цивільного права*

*Навчально-наукового юридичного інституту Державного вищого
навчального закладу «Прикарпатський національний університет
імені Василя Стефаника»*

м. Івано-Франківськ, Україна

Неоднозначний підхід вчених до об'єкта субсидіарного зобов'язання, що є на сьогодні недостатньо науково опрацьованим, ще загострюється накладаючись на проблему визначення та розуміння одного із головних питань зобов'язального права, з приводу якого в науковців і досі не склалось одностайної думки – поняття об'єкта зобов'язання. Саме ж поняття об'єкта зобов'язання повинно стати тією відправною точкою, з якої слід виходити і вченим, і практикам при розгляді будь-якого питання, пов'язаного з дослідженням об'єкта вже конкретних зобов'язань.

До недавніх пір проблема субсидіарних зобов'язань не була на піку уваги дослідників, і потрапляє в поле зору вітчизняних та російських вчених-юристів лише в останні роки. Пожвавленням відзначається і дослідження в цьому контексті специфіки об'єкта субсидіарного зобов'язання в працях А. С. Бакіна, Г. Г. Гриценко, Ю. Я. Крюкової, Х. Т. Насірова, О. П. Прус, Н. М. Сампари, В. М. Сломи, Д. В. Трута, тощо. Однак видається, що комплексності, чіткості та однозначності у вирішенні вказаної проблеми все ж бракує. Тому першочергова мета нашого дослідження – внести ясність у розуміння об'єкта цивільно-правових субсидіарних зобов'язань шляхом аналізу теоретичних положень з

позицій наукової обґрунтованості, практичної доцільності та законодавчої допустимості.

Однозначно, що відправним пунктом дослідження будь-якого об'єкта, явища, процесу або стану є з'ясування суті поняття, що його позначає, від чого принципово залежить інтелектуальна і операційна реакція на його існування і функціонування. Тому наше дослідження не може обійти без звернення до проблеми розуміння об'єкту зобов'язання. Специфіка зобов'язань в дихотомії «речові – зобов'язальні» правовідносини виражається в тому, що реалізація майнового інтересу правомочного суб'єкта в останніх неможлива без відповідної поведінки зобов'язаної особи. Я. М. Магазінер вказував, що «об'єктом будь-якого права є чужа дія» [1, с. 174], що згодом О. С. Іоффе почалося іменуватися юридичним об'єктом, який існує разом з матеріальним об'єктом і, на відміну від першого, у багатьох зобов'язаннях взагалі відсутній [2, с. 13–14]. В юридичній науці в даному разі відзначалось «про об'єкт в двох значеннях – в значенні дії зобов'язаної особи та в значенні того предмету, з приводу якого повинні бути здійснені дії» [3, с. 21]. Г.Ф. Шершеневич писав, що «об'єктом зобов'язального правовідношення є дія, яка в той же час складає і зміст зобов'язання» [4, с. 589–590]. Існуюча думка з приводу дії як об'єкта у зобов'язанні на сьогодні є найпоширенішою, все ж не беззаперечною. Противники її вказують на те, що визнання поведінки людини об'єктом зобов'язання є рівнозначним до того, що об'єктом зобов'язання визнати саму людину [5, с. 192–193]. Однозначно, що говорити про існування дії людини відокремлено від самої людини некоректно. Власне механізми правового регулювання поведінки людини є виявленням волі суб'єктів правовідносин, та й вплив його теж здійснюється через дію людську волю і свідомість. Ще одним аргументом критики в бік аналізованої позиції є те, що правовідношення виражається не лише через суб'єктивне право, але й юридичний обов'язок, і тому його об'єктом може бути тільки те, що є об'єктом не тільки права, але й юридичного обов'язку.

Вважаємо, що вирішити цю дискусію потрібно провівши чітку лінію, щодо того, що об'єктом зобов'язання доречніше вважати не саму дію, що є очевидно невіддільна від людини, а те благо, що породжується внаслідок відповідних дій. Так, як вказував О. С. Іоффе: «в основу правового конструювання зобов'язання повинен бути покладений економічний процес переміщення майна та інших результатів праці, які також мають майновий характер» [2, с. 8]. Власне саме зобов'язання спрямоване не на дії зобов'язаної особи, а на певне благо, що має певну цінність для кредитора з метою задоволення його інтересу, забезпеченого відповідним суб'єктивним правом. Не претендуючи на вичерпність в межах даної публікації щодо узгодження всіх існуючих поглядів на поняття об'єкта зобов'язання, вважаємо, що ним є благо (корисний ефект,

уречовлений результат) поведінки боржника, що складає інтерес уповноваженого суб'єкта з приводу якого суб'єкти вступали у відповідні зобов'язальні правовідносини і яким вони власне і обумовлені. Такий висновок дозволить внести ясність в розмежування окремих елементів зобов'язальних правовідносин (об'єкта та змісту), не суперечачи теоретичним уявленням про їх поняття, лінгвістичному і філософському тлумаченню аналізованих термінів, та й власне не перетворюватиме поведінку людини (відтак і саму людину, невіддільну від її дій) в об'єкт панування іншого суб'єкта.

Переходячи власне до об'єкта субсидіарного зобов'язання відзначимо, що підхід вчених залежить від того чи зводять науковці субсидіарне зобов'язання до субсидіарної відповідальності чи проводять розмежування вказаних понять. Перші з них однозначні в свої висновках щодо об'єкта субсидіарного зобов'язання, який визначається виключно як сплата грошових коштів, оскільки останні є універсальним засобом платежу, здатним служити меті цивільно-правової відповідальності, згідно компенсаційної функції цивільного права – відновити майнове становище особи [6, с. 99]. Деякі українські вчені, зокрема, Н. М. Сампара [7, с. 122], приходять до такого на підставі аналізу частини 3 ст. 619 ЦК (далі – ЦК) України, а тому, наголошується дослідницею (виключно в початкових публікаціях, і не так уже виключно в подальших), що до субсидіарного (додаткового) боржника неможливо пред'явити вимогу щодо виконання зобов'язання в натурі [7, с. 124]; фактично, субсидіарний боржник повертає кредиторю в певному еквіваленті ті майнові втрати, що кредитор поніс внаслідок невиконання або неналежного виконання основним боржником свого зобов'язання» [8, с. 149, 150]. В пізніших працях вченої простежуються вже моменти прихильності до можливості виконання субсидіарним боржником порушеного обов'язку основного боржника в натурі [8, с. 151]. Російська вчена Ю. Я. Крюкова, яка виділяє поряд з субсидіарною відповідальністю й інші види субсидіарних зобов'язань в своєму дослідженні пише, що «... об'єктом субсидіарних зобов'язань поряд з грошовими коштами може виступати інше майно. Подібне може мати місце в субсидіарних зобов'язання договірної природи. Крім поширеного договору поруки, об'єктом в якому можуть бути тільки грошові кошти, між кредитором і субсидіарним боржником можливе укладання іншого договору, який передбачає виконання субсидіарного обов'язку в натурі, тобто має негрошовий об'єкт» [9, с. 24]. При цьому потребує здійснення застереження, що значна частина субсидіарних зобов'язань має недоговірну природу, в яких в субсидіарного боржника відсутня можливість виконати зобов'язання в натурі [8, с. 150].

Резюмуємо, що об'єктом субсидіарного зобов'язання є передання кредиторю грошових коштів субсидіарним боржником, що впливає з

того, що субсидіарний боржник не є стороною за основним зобов'язанням, тому вимога субсидіарному боржнику про виконання зобов'язання в натурі може розцінюватись як покладення на боржника обов'язку зобов'язанням, в якому він участі не брав, що є неможливим в силу ч. 1 ст. 511 ЦК України. Ще одним аргументом на користь вищенаведеного висновку є те, що субсидіарне зобов'язання покликати надати ефективний і оперативний захист інтересів кредитора, так як основне зобов'язання вже й так порушене основним боржником, то кредитор має право на якнайскоріший захист його прав, що, на нашу думку, може бути здійснено шляхом надання субсидіарним боржником виконання зобов'язання саме в грошовій формі. Все ж підтримуємо позицію щодо можливості виконання субсидіарного зобов'язання не лише в грошовій формі з огляду на те, що основним принципом цивільного права є принцип свободи договору, а спрямованість субсидіарного зобов'язання полягає в наданні найбільш повного захисту інтересів кредиторів, тому якщо на це є домовленість сторін зобов'язання, то замість сплати грошових сум може бути передбачено можливість звернення вимоги субсидіарному боржнику про виконання зобов'язання в натурі, наприклад передання товару, виконання робіт, надання послуг. При цьому уточнимо, що можливість прояву диспозитивності в цьому ключі залежить і від того чи таке субсидіарне зобов'язання має договірну чи недоговірну природу. У недоговірних субсидіарних зобов'язаннях зменшення розміру відповідальності субсидіарного боржника за погодженням сторін є неможливим. І це з тих причин, що особа субсидіарного боржника, порядок та обсяг виконання ним зобов'язання прямо визначені чинним цивільним законодавством та є залежними від основного зобов'язання [8, с. 150].

Відзначимо, що об'єкт зобов'язання за субсидіарним зобов'язаннями відмінний від об'єкта основного зобов'язання: тоді як від первинного боржника кредитор може вимагати виконання зобов'язання в натурі (згідно ст. 622 ЦК України), від субсидіарного ж – задоволення своєї вимоги, невиконаної основним боржником в грошовому еквіваленті. Між тим, в силу свободи договору та диспозитивності цивільного законодавства, основне і субсидіарне зобов'язання теоретично можуть мати однаковий предмет у разі обумовленості між сторонами можливості надання того ж предмету виконання, що й основний боржник. Проте якщо основний боржник вже частково виконав своє зобов'язання перед кредитором, обсяг зобов'язання додаткового перед кредитором буде визначатись невиконаною частиною. Отож, як відзначається в літературі, має місце різний обсяг обов'язків основного і субсидіарного боржника [10, с. 96]. Окрім того, виконання субсидіарного зобов'язання виконанням невиконаного чи неналежно основ-

ним боржником боржником субсидіарним не вичерпується, якщо мало місце порушення основного і субсидіарного обов'язку [11, с. 147].

Отже, об'єктом субсидіарного правовідношення є надання з боку субсидіарного боржника, яким задовольняється майновий інтерес кредитора, що здебільшого полягає в наданні грошових коштів для задоволення вимоги кредитора (це найпростіший і найпоширеніший варіант) в розмірі невиконаного основним боржником зобов'язання та санкцій за порушення основного і субсидіарного обов'язку, що, однак не означає неможливості в рахунок виконання субсидіарного обов'язку субсидіарним боржником надати інше майно (в тому числі й права), виконання робіт чи надання послуг, які прокривють його «втрати» на підставі взаємної домовленості суб'єктів договірною субсидіарного зобов'язання.

Література:

1. Магазинер Я.М. Советское хозяйственное право. Л., 1928. 489 с.
2. Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. 880 с.
3. Александров Н.Г. Юридическая норма и правоотношение. М., 1947. 27с.
4. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911.858 с.
5. Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Т. I. М., 2002. 490 с.
6. Бакин А.С. Субсидиарность в гражданском праве Российской Федерации : дис. ... на соиск. уч. степ. к.ю.н : 12.00.03. Томск, 2014. 227 с.
7. Сампара Н.М. До питання про визначення поняття та сутності субсидіарних зобов'язань в цивільному праві. Науковий вісник Херсонського державного університету. 2016. Випуск 6, Том 1. С. 121–124.
8. Сампара Н. М. Субсидіарні зобов'язання за цивільним законодавством України : дисертація на здобут. наук. ступ. канд. юрид. наук 12.00.03. Тернопільський національний економічний університет, Тернопіль, 2020. 218 с.
9. Крюкова Ю. Я. Субсидиарные обязательства в гражданском праве России : автореф.дисс.на соиск.уч.степ. к.ю.н : 12.00.03. Екатеринбург, 2013. 27с.
10. Сердюков К. А. О границах понятия обязательств с множественностью лиц. Общество и право. 2010. № 3 (30). С. 94–97.
11. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : в 4 т. / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. Київ, 2004. Т. 2. 864 с.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ ПЕРСПЕКТИВИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ГАРАНТІЙ ЗА ДЕРЖАВНИМИ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ

Донцов Д. Ю.

*кандидат юридичних наук, суддя
Приморського районного суду
м. Одеса, Україна*

У сучасних економічних умовах державні довгострокові запозичення в рамках внутрішньодержавного позикового ринку покликані диверсифікувати механізми управління державним боргом та покриттям потреб державного бюджетного дефіциту. Основними тенденціями тут слід вважати збільшення терміну розміщення цінних паперів, посилення поінформованості населення та інших суб'єктів ринку, упровадження різноманітних методів і систем розміщення цінних паперів, диверсифікацію боргових програм щодо звільнення від оподаткування тощо [1, с. 44]. Водночас, на наше переконання, становлення і розвиток цього ринку потребують формування надійного правового поля щодо гарантій, які відіграють ключову роль у динаміці цього ринку.

Конституція України має пряму дію та гарантує стійкість і передбаченість цивільного законодавства, проте слід погодитись із Т.Є. Крисань [2, с. 145] у тому, що основний рівень системи цивільно-правових гарантій складає блок гарантій, що містяться в актах цивільного законодавства України. Дане нормативно-правове поле створює систему гарантій як забезпечувального механізму, що застосовується різними суб'єктами цивільно-правових відносин, у тому числі і держави. У цьому контексті постає проблема визначення особливостей державних цінних паперів як об'єктів цивільних прав. Тому підтримуємо думку таких дослідників, як Л.П. Гаращенко та В.С. Шкуратовський [3, с. 114], які зазначають, що незважаючи на те, що їх емітентом є держава як публічно-правове утворення, що приймає участь у цивільних відносинах в особі відповідних державних органів, відносини, пов'язані з їх випуском та обігом, підлягають приватноправовій регламентації.

Необхідно зазначити, що державні цінні папери (в основному облігації) є продуктом забезпечення публічно-правового інтересу, у якому залучення фінансових ресурсів здійснюється на умовах держави, проте це не означає гарантованості виконання державою-позичальником своїх зобов'язань щодо позикодавців.

Наприклад, для емітентів забезпечених облігацій ознакою фіктивності є відсутність договору поруки чи страхування ризиків непогашення основної суми боргу (непогашення основної суми боргу та невиплати доходу за облігаціями) або договору перестрахування

(у випадках, передбачених законодавством), або відкликання гарантії виконання емітентом зобов'язання щодо погашення основної суми боргу (погашення основної суми боргу та виплати доходу за облігаціями) у період після дати реєстрації Національною комісією з цінних паперів та фондових ринків (далі – НКЦПФР) випуску облігацій та проспекту їхньої емісії (у разі якщо не укладено новий відповідний договір, не отримано нову гарантію) відповідно до наявної в НКЦПФР інформації [4, с. 57].

Однак, погоджуємось із О.В. Ішутіною [5, с. 112] у тому, що залучення капіталів можливо лише при наявності правових гарантій, що дозволяють зацікавити масового інвестора в придбанні державних або муніципальних цінних паперів.

У цьому контексті варто зазначити, що у зарубіжних країнах цивільно-правові гарантії зобов'язань позичальника знайшли своє акцентоване вирішення у цивільно-правових нормах. Зокрема, Цивільний кодекс РФ проголошує Російську Федерацію, її суб'єктів і муніципальні освіти рівноправними учасниками цивільного обороту. Включення до Цивільного кодексу РФ ст. 817 «Договір державної позики», яка регулює позикові відносини за участю публічно-правових утворень, означає тим самим поширення на ці відносини норм цивільного законодавства. Отже, гіпотетично інвестор може захистити свої права, скориставшись будь-яким із способів захисту суб'єктивних цивільних прав, передбачених ст. 12 ЦК РФ [5, с. 115].

На наш погляд, перспективами удосконалення цивільно-правового регулювання суспільних відносин у сфері гарантій виконання зобов'язань позичальником – емітентом державних цінних паперів можуть бути аналогічні законотворчі ініціативи. Окремого правового регулювання потребує сфера цивільно-правових відносин із державними цінними паперами з урахуванням наявності публічно-правового сегменту, що ускладнює залучення позичальника до майнової відповідальності за нормами ЦК України. Водночас, на наше переконання, суттєвим удосконаленням може бути запровадження інституту страхування зобов'язань позичальника за державними цінними паперами. Даний інститут забезпечить залучення інституційного інвестора та розширить ринок державних цінних паперів з урахуванням підвищення рівня гарантій реалізації прав майбутніх власників державних цінних паперів. Потрібно зазначити, що страхування майнової відповідальності емітента при здійсненні емісії державних цінних паперів має здійснюватись шляхом залучення механізмів системи транснаціонального страхування. Зазначені напрями підвищать цивільно-правові гарантії держави та дозволять підняти ефективність даного фінансового інструменту у вирішенні проблем з наповнення державного бюджету та ситуативних фінансових впливань.

Література:

1. Білявська А.О. Сучасний ринок внутрішніх довгострокових державних запозичень в країнах Європи. *Вісник ХДУ*. Том 2. № 28 (2018): Серія Економічні науки. С. 42–45.
2. Крисань Т. Є. Поняття системи юридичних гарантій цивільних прав. *Європейські перспективи*. 2013. № 4. С. 145–150.
3. Гарашенко Л. П., Шкуратовський В. С. Правова характеристика цінних паперів: теоретичний аналіз. *Молодий вчений*. 2015. № 11. С. 114–118.
4. Фінансові інструменти: операції з облігаціями : науково-практичний посібник / В. І. Козак, С. О. Москвін, В. В. Посполітак. К. : DESPRO, 2019. 132 с.
5. Ишутина О.В. Проблемы правового регулирования отношений по выпуску и обращению государственных и муниципальных ценных бумаг. *Яш bonumque*: Сб. науч. статей / Отв. ред. Т.В. Сахнова; Краснояр. гос. ун-т. Красноярск, 2001. С. 111–117.

NESS-ТЕСТ ДЛЯ ВСТАНОВЛЕННЯ ПРИЧИННОСТІ В ДЕЛІКТНОМУ ПРАВІ

Карнаух Б. П.

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права № 1*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
м. Харків, Україна*

Загальноновизнано, що тест «якби не» є валідним тестом на причинність: у переважній більшості випадків його застосування дає результат, що адекватно відображає дійсний стан речей і задовольняє потребам судової практики. Згідно з цим тестом для того, аби встановити, чи є та або інша подія причиною певного результату, потрібно дати відповідь на запитання: «Чи настав би результат, якби не ця подія?». Застосування тесту «якби не» по суті полягає у порівнянні двох світів – реального і гіпотетичного, який у цілому такий же як і реальний світ, за винятком однієї події, котру ми підозрюємо як причину певного наслідку і через те перевіряємо за допомогою тесту [1, с. 433, 435, 441, 444; 2, с. 2168]. Коли йдеться, скажімо, про ДТП, ми порівнюємо реальний світ із гіпотетичним, у якому водій не перевищував швидкість. Якщо навіть у цьому гіпотетичному світі ДТП

мало б місце, то це значить, що ДТП сталося з якоїсь іншої причини, а не через перевищення швидкості.

Класичним прикладом симетричної надлишкової причинності є випадок, коли на одному полі в різних місцях стаються дві пожежі. Полум'я обох пожеж розповсюджуються і поле вигорає вщент, але при цьому відомо, що навіть однієї пожежі (будь-якої із двох) було б достатньо, для того, аби згоріло все поле [3, с. 1786; 2, с. 2164].

У такому разі тест «якби не» показує, що жодна із двох пожеж не є причиною шкоди, адже навіть за її відсутності шкода б усе одно настала (жодна із обставин не задовольняє вимогу, що без неї шкода би не настала).

У випадку із двома пожежами реальний світ S включає такі обставини: пожежа № 1 (c_1), пожежа № 2 (c_2), певна вологість повітря (c_3), певна температура повітря (c_4), певний напрямок вітру (c_5), певна швидкість вітру (c_6), певний ступінь дозрівання пшениці на полі (c_7) і так далі ($\dots c_n$). Порівнявши реальний світ S із гіпотетичним світом S' , у якому пожежі № 1 (c_1) не було ($S \setminus S' = \{c_1\}$), робимо висновок, що пожежа № 1 (c_1) не необхідна для згоряння поля (q), а, отже, згідно з тестом «якби не» виходить, що вона не є причиною згоряння поля (див. таблицю). Те ж саме стосується і пожежі № 2.

Таблиця

S	S'
$\{c_1, c_2, c_3, c_4, c_5, c_6, c_7 \dots c_n\}$	$\{c_2, c_3, c_4, c_5, c_6, c_7 \dots c_n\}$
q	q

Утім такий результат є хибно заперечним, адже цілком очевидно, що кожна із двох пожеж відіграла роль у настанні кінцевого результату.

Парадоксальний результат у випадку із двома пожежами зумовлений тим, що тест «якби не» ідентифікує як причину *необхідну* умову результату. Однак, коли йдеться про надлишкову причинність, дві обставини дублюють одна одну так, що жодна із них не є необхідною. Такого хибно заперечного результату можна було б уникнути, якби тест постулював причинність через поняття *достатньої* умови. Однак річ у тому, що одна єдина обставина вкрай рідко (якщо взагалі коли-небудь) може бути достатньою для результату. Дійсно, описуючи фабулу словами, ми вказали, що кожній окремій пожежі було б «достатньо», аби усе поле згоріло. Однак насправді малося на увазі, що пожежа є достатньою, якщо сприймати решту обставин за даність (вологість і температуру повітря, швидкість і напрямок вітру, ступінь дозрівання пшениці і т. д.). Очевидно, що під час зливи пожежа б не

розповсюдилася на все поле. Тож, самої пожежі (№ 1 чи № 2) недостатньо для згоряння усього поля (адже можливим є світ, де пожежа є, але поле не згорає вщент). Насправді достатньою умовою згоряння усього поля є певна множина обставин, необхідним елементом якої є пожежа. Це добре видно із більш точного опису реального світу через логічну формулу $S = \{c_1, c_2, c_3, c_4, c_5, c_6, c_7 \dots c_n\}$.

Синтез необхідності і достатності досягається через тест NESS (необхідний елемент достатнього набору), який уперше був сформульований Г. Гартом і Е. Оноре і дістав подальшого розвитку в роботах Р. Райта [3, 4, 5]. Тест NESS постулює причинність не виключно через поняття необхідної умови, а підпорядковуючи необхідність достатності [3, р. 1803–1804]. Завдяки цьому він більш точний, ніж тест «якби не», і за його допомогою можна дати раду випадкам надлишкової причинності.

Згідно з тестом NESS «досліджувана обставина є причиною певного наслідку, якщо і тільки якщо вона була необхідним елементом множини дійсних обставин, достатньої для настання відповідного наслідку» [3, с. 1790]. При цьому спеціально наголошується, що в реальному світі можуть співіснувати одночасно декілька достатніх множин.

Отже, згідно з тестом NESS у межах множини обставин реального світу $S = \{c_1, c_2, c_3, c_4, c_5, c_6, c_7 \dots c_n\}$ маємо виокремити підмножину U (де $U \subset S$), яка є достатньою для настання певного наслідку (q). У такому разі причиною наслідку слід вважати кожну обставину (c_x), яка є необхідним елементом достатньої підмножини U . Тобто обставина c_x є причиною, якщо в разі її виключення підмножина U перестає бути достатньою для відповідного наслідку. Тобто c_x є причиною q якщо:

$$c_x \in U, \text{ де } (U \Rightarrow q) \wedge (\sim((U \setminus c_x) \Rightarrow q)).$$

Так, у випадку із двома пожежами в межах реального світу S ми можемо виокремити підмножину U_1 до якої входить тільки пожежа № 1 (c_1) і відповідні природні умови: вологість повітря (c_3), температура повітря (c_4), напрямок вітру (c_5), швидкість вітру (c_6), ступінь дозрівання пшениць на полі (c_7). Ця підмножина є достатньою для настання наслідку, оскільки не може бути так, щоб усі обставини цієї підмножини були наявними, але при цьому поле не згоріло. Водночас якщо із підмножини U_1 виключити пожежу (c_1), то множина перестає бути достатньою для настання наслідку. Таким чином, слід висувати, що пожежа № 1 є причиною згоряння поля. Аналогічні міркування застосовні і до пожежі № 2. Тож у кінцевому підсумку згідно з тестом NESS кожна із пожеж визнається причиною згоряння поля.

Тест NESS допускає, що із множини обставин реального світу можна скомпонувати декілька підмножин, достатніх для настання того або іншого наслідку. Уявімо, що троє людей обіперлися об автомобіль,

він посунувся і рухнув зі стрімкого схилу [2, р. 2172; 6, р. 475]. Якщо припустити, що для того, аби посунути автомобіль, було достатньо ваги двох людей, то існує три комбінації, кожна з яких була б достатньою (перша людина із другою, перша із третьою, друга із третьою). Таким чином, хоча дії кожної окремої людини не були ані необхідними, ані достатніми для настання наслідку, дії кожної окремої людини згідно з тестом NESS визнаються причиною відповідного наслідку, оскільки серед усіх обставин реального світу можна виокремити достатню підмножину, для якої дії цієї людини є необхідним елементом.

Література:

1. Stapleton, J. Choosing What We Mean by 'Causation' in the Law. *Missouri Law Review*, 2008, Vol. 73, pp. 433–480.
2. Note. Rethinking Actual Causation in Tort Law. *Harvard Law Review*, 2017, Vol. 130, pp. 2163–2182.
3. Wright, R.W. Causation in Tort Law. *California Law Review*, 1985, Vol. 73, pp. 1735–1828.
4. Wright, R.W. Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts. *Iowa Law Review*, 1988, Vol. 73, pp. 1001–1077.
5. Wright, R.W. The NESS Account of Natural Causation: A Response to Criticisms. In Goldberg, R. (ed.), *Perspectives on Causation*. Hart Publishing, 2011, pp. 285–322.
6. Stapleton, J. Factual Causation. *Federal Law Review*, 2010, Vol. 38, pp. 467–484.

ВІДШКОДУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ, ЩО ВИНΙΚАЮТЬ ІЗ ДОГОВОРУ ПЕРЕВЕЗЕННЯ

Лукаsevич-Крутник І. С.

доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри цивільного права і процесу
Західноукраїнського національного університету
м. Тернопіль, Україна

Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року у статті 920 закріплює загальне положення щодо відповідальності сторін за порушення договірних зобов'язань, що виникають із договору перевезення. Так, сторони договору перевезення несуть відповідальність, визначену

у змісті договору, якщо інше не встановлено ЦК України, іншими законами, транспортними кодексами (статутами) [1].

Можливість договірною регулювання відповідальності відрізняє договір перевезення від інших договорів про надання транспортних послуг, зокрема, від договору транспортного експедирування (ст. 934 ЦК України). *Водночас відповідальність сторін договору перевезення за порушення зобов'язань є обмеженою нормами законодавства, які регулюють договірні відносини з надання транспортних послуг. Це випливає із самого формулювання ст. 620 ЦК України, відповідно до якої «сторони несуть відповідальність, встановлену за домовленістю сторін, якщо інше не встановлено цим Кодексом, іншими законами, транспортними кодексами (статутами)» [1].*

ЦК України закріплює відповідальність за найбільш поширені випадки невиконання чи неналежне виконання зобов'язань, що випливають із договорів перевезення: а) за ненадання транспортного засобу і за невикористання наданого транспортного засобу (ст. 921 ЦК України); б) за затримку відправлення пасажирів і порушення строку доставки пасажирів до пункту призначення (ст. 922 ЦК України); в) за прострочення доставки вантажу (ст. 923 ЦК України); г) за втрату, нестачу, псування або пошкодження вантажу, багажу, пошти (ст. 924 ЦК України).

Норми про відповідальність сторін договору перевезення містяться також у законах України «Про транспорт» (ст. 13), «Про автомобільний транспорт» (Розд. V), «Про залізничний транспорт» (Розділ VI), «Про перевезення небезпечних вантажів» (ст. 25), у транспортних кодексах – КТМ України (ст. 176-183, 277-295), ПК України (ст. 100, Розділ XVIII), у транспортних статутах – СЗ України (розділ VII), САТ УРСР (Розділ IX), СВВТ СРСР (Розділ IX) та ін.

Керуючись загальними положеннями про відповідальність за порушення зобов'язань, визначеними Гл. 51 ЦК України, сторони можуть визначити форми та обсяг відповідальності за порушення зобов'язань, що випливають з цього договору, в змісті індивідуального договору перевезення, якщо інше не встановлено законодавством [2, с. 132]. Так, беручи до уваги ст. 611 ЦК України, сторони можуть передбачити у змісті договору перевезення такі правові наслідки за порушення зобов'язань, які одночасно є формами цивільно-правової відповідальності: 1) сплата неустойки; 2) відшкодування збитків; 3) відшкодування моральної шкоди.

Згідно з ч. 1, 2 ст. 23 ЦК України особа має право на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав. Моральна шкода полягає:

1) у фізичному болі та стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я;

2) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів;

3) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку із знищенням чи пошкодженням її майна;

4) у приниженні честі та гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи.

В матеріалах судової практики часто зустрічаються випадки обґрунтування моральної шкоди за порушення умов договору перевезення транспортом загального користування (ст. 915 ЦК України). При укладенні таких договорів сторони, як правило, не погоджують умови перевезення, в тому числі відповідальність сторін. Замовник транспортної послуги (пасажир, відправник вантажу) лише приєднується до запропонованих йому умов договору перевезення в цілому, оскільки договір перевезення транспортом загального користування водночас є договором приєднання (ст. 634 ЦК України) та публічним договором (ст. 933, ч. 2 ст. 915 ЦК України).

Тому при укладенні договору перевезення транспортом загального користування фактично нівелюється можливість визначення умов про відповідальність сторін, в тому числі відшкодування моральної шкоди, за порушення договірних зобов'язань, на підставі норм законодавства. При вирішенні спорів в суді сторони обґрунтовують право на відшкодування моральної шкоди виключно на підставі норм законодавства.

При цьому в судовій практиці можна знайти протилежні за своїм змістом приклади застосування чи відмови в застосуванні такої форми відповідальності за порушення умов договору перевезення як відшкодування моральної шкоди.

Прикладом задоволення позовних вимог про відшкодування моральної шкоди за неналежне надання транспортних послуг є наступна судова справа.

Верховний Суд у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду у постанові від 26 вересня 2018 р. у справі № 490/8831/15-ц встановив, що недбале виконання своїх службових обов'язків працівниками відповідача ПАТ «Українська залізниця» призвело до порушення прав позивача особи 1, а саме: не було отримано якісні послуги з перевезення. ВС не погоджується з висновками попередніх судових інстанцій про відмову в задоволенні відшкодування моральної шкоди. Закон України «Про транспорт», Закон України «Про залізничний транспорт», Правила перевезень пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України

не містять умови, за яких перевізником має бути відшкодовано моральну шкоду його пасажиру – користувачу послуги з перевезення залізничним транспортом, проте при зверненні до суду із позовом особа 1 посилається на норми Цивільного кодексу України, які регулюються порядок відшкодування моральної шкоди та Закон України «Про захист прав споживачів».

Ураховуючи те, що судами встановлено, що саме з вини ПАТ «Укрзалізниця» позивачу було надано неякісні послуги з перевезення, у зв'язку з чим було задоволено позовні вимоги особа_1 про стягнення вартості проїзду, колегія суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду дійшла висновку, про наявність правових підстав для відшкодування позивачу завданої моральної шкоди [3].

Наступна судова справа є прикладом відмови в задоволенні позову про відшкодування моральної шкоди, завданої порушенням умов договору перевезення.

Верховний Суд у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду у постанові від 30 січня 2018 р. у справі № 175/4013/14-ц зазначає наступне. Судами встановлено, що між сторонами склалися договірні відносини з приводу повітряних перевезень на підставі договору перевезення пасажирів, укладеного шляхом придбання квитка у ПАТ «МАУ». Встановивши договірний характер правовідносин сторін, суди залишили поза увагою те, що ані ПК України, ані Конвенцією про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень (1999 р., м. Монреаль), а також Правилами або умовами укладених між сторонами договорів не передбачено відшкодування моральної шкоди у правовідносинах з повітряного перевезення пасажирів. За таких обставин, а також з урахуванням розміру присудженої судом першої інстанції компенсації матеріальних втрат, позовні вимоги в частині стягнення моральної шкоди до задоволенні не підлягають [4].

Наведений вище різний підхід у правозастосовчій практиці до підстав застосування такої форми відповідальності за порушення зобов'язань, що виникають із договору перевезення, як відшкодування моральної шкоди, свідчить про потребу подальшого ґрунтовного наукового дослідження зазначеної проблематики.

Література:

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 10.12.2020 р.).
2. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар: пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій

- вищих судових інстанцій України, науковців, фахівців. – Т.9, ч. III: Послуги. Перевезення. Транспортне експедирування. Зберігання / С. Є. Морозова, І. С. Лукасевич-Крутник та ін.; за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Харків: «ЕКУС», 2020. 456 с.
3. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 26 вересня 2018 р. у справі № 490/8831/15-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76859575> (дата звернення: 10.12.2020).
 4. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 30 січня 2018 р. у справі № 175/4013/14-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72044294> (дата звернення: 10.12.2020).

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПОЗАСУДОВОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ

Мирославський С. В.

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри права та методики викладання правознавства
Сумського державного педагогічного університету
м. Суми, Україна*

Іпотека сьогодні виступає розповсюдженим способом забезпечення зобов'язань особливо у кредитних відносинах за участі банків. У разі невиконання або неналежного виконання боржником основного зобов'язання відповідно до ст. 22 Закону України «Про іпотеку» іпотекодержатель має право звернути стягнення на предмет іпотеки [5]. Таким чином є можливість захистити майнові інтереси кредитора та не завдати шкоди платоспроможності банку. Відповідно до ч. 3 ст. 33 цього ж Закону звернення стягнення на предмет іпотеки може здійснюватися у судовому порядку, за виконавчим написом нотаріуса або відповідно до договору про задоволення вимог іпотекодержателя. У ст. 36 містяться норми, що регулюють порядок позасудового врегулювання стосовно стягнення на предмет іпотеки. Це може відбутися, якщо така умова була у іпотечному договорі, або сторони уклали договір про задоволення вимог іпотекодержателя.

Глобальна фінансова криза 2008 року зумовила багато проблем для українських банків завдяки падінню платоспроможності позичальників, в подальшому на продовження кризових явищ вплинули нестабільна загальна ситуація та військові дії, що спричинили паніку вкладників.

Для вирішення цих проблем Національний банк України у 2013-2014 роках досить жорстко миттєво вивів з ринку значну кількість проблемних банків [2, с. 15-16]. А для вирішення правових проблем, що впливали на стан кредитних відносин, у 2018 році було ухвалено Закон України № 2478-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відновлення кредитування» [4].

Законом № 2478-VIII були внесені зміни до ст. 36 Закону України «Про іпотеку», що стосуються дійсності основного зобов'язання, забезпеченого іпотекою. Зокрема, тепер, встановлено різницю для фізичних та юридичних осіб щодо дійсності основного зобов'язання після завершення позасудового врегулювання. Так, будь-які наступні вимоги іпотекодержателя щодо виконання основного зобов'язання для боржника – фізичної особи є недійсними (якщо інше не визначено договором іпотеки чи договором про надання кредиту, чи договором про задоволення вимог іпотекодержателя). В той час як для боржника – юридичної особи або фізичної особи – підприємця такі зобов'язання залишаються дійсними, якщо інше не було обумовлено у договорі іпотеки чи в договорі про надання кредиту, чи у договорі про задоволення вимог іпотекодержателя.

Практики відзначають, що цей закон усуває ризики визнання недійсними вимог іпотекодержателів після завершення позасудових способів звернення стягнення на предмети іпотеки, який був зумовлений попередньою редакцією положення ч. 4 ст. 36 Закону «Про іпотеку» [1].

Слід відмітити, що вирішення проблеми застосування схем недобросовісними боржниками із проблемною іпотекою, виникає ризик застосування схем, що ставлять боржника у досить невигідне становище. Так, для підтримання платоспроможності і забезпечення необхідних показників ліквідності банки активно продають свої проблемні активи фінансовим компаніям на умовах факторингу. І на практиці виникають випадки, коли факторингові компанії уступають право вимоги за основним зобов'язанням частинами декільком суб'єктам, при цьому одна частина зобов'язання залишається забезпеченою іпотекою (весь обсяг забезпечення), вартість якої значно перевищує суму переданих цьому кредитору боргових зобов'язань. Новий кредитор, зобов'язання перед яким забезпечене іпотекою звертає стягнення на об'єкт іпотеки, реєструє за собою право власності на майно, яке в разі перевищує за своєю вартістю забезпечену ним частину зобов'язання, перепродає майно третім особам за найнижчою ціною. В той самий суб'єкти, яким належить право вимоги на інші частини зобов'язання, вимагають боржника також сплати суму зобов'язання.

Наприклад, у справі № 910/6648/18 спірні відносини стосуються пред'явлення до боржника вимоги сплатити суму зобов'язання другому кредитору, хоча перший кредитор уже звернув стягнення на предмет іпотеки і матеріали справи свідчать, що вартість предмета іпотеки значною мірою перевищує сукупну вартість прав вимог за тими кредитними договорами, право вимоги за якими набув перший кредитор. В Ухвалі колегії суддів Касаційного господарського суду Верховного Суду від 02 квітня 2019 року у цій справі Суд вважає, що набуття таким чином права власності на предмет іпотеки та подальше стягнення іншим кредитором з боржника заборгованості за одним і тим же основним зобов'язанням суперечить принципам справедливості та розумності [6]. Пізніше Верховний Суд частково задовольнив касаційну скаргу боржника – скасував рішення господарського суду першої інстанції та постанову апеляційного господарського суду в частині задоволення позовних вимог другого кредитора, який набув право вимоги на частину зобов'язання, а справу в цій частині передати на новий розгляд до господарського суду першої інстанції [3]. Зрозуміло, що, з огляду на дію актів цивільного законодавства в часі та п. 2 Прикінцевих та перехідних положень Закону № 2478-VIII, новий розгляд справи буде здійснюватися з урахуванням положень попередньої редакції ст. 36 Закону України «Про іпотеку» про припинення дієвості основного зобов'язання у зв'язку із зверненням стягнення на предмет іпотеки.

Якщо застосовувати до описаної ситуації поточну редакцію Закону «Про іпотеку» про позасудове врегулювання, то ситуація також буде створювати вкрай невігідні наслідки для боржника, коли кредитори, яким будуть передані права вимоги на частини зобов'язання, одна з яких буде мати забезпечення у вигляді іпотеки, також зможе зловживати наданими йому цивільним законодавством правами. Адже звернення ним стягнення на предмет іпотеки звільнить боржника лише від частини зобов'язання саме перед цим кредитором, позбавить власності на предмет іпотеки, а друга частина кредитного зобов'язання все ще підлягатиме виконанню. Так, відповідно до ч. 5 ст. 37 Закону України «Про іпотеку» передбачено обов'язок іпотекодержателя відшкодувати іпотекодавцю перевищення 90 відсотків вартості предмета іпотеки над розміром забезпечених іпотекою вимог іпотекодержателя. Однак виникає питання, забезпечені іпотекою вимоги будуть визначатися відповідно до основного зобов'язання чи його частини, права вимоги на яку набуде новий кредитор, або новий кредитор взагалі відмовиться відшкодувати перевищення, тоді боржнику доведеться вирішувати ці спірні питання у суді та витрачати час та кошти. В той самий час кредитор, який має право вимоги за іншою частиною кредитного зобов'язання, матиме законне право вимагати погашення відповідного зобов'язання.

Викладене дає можливість зробити певні висновки. Цивільне законодавство не повинно ставити боржника за кредитним зобов'язанням забезпеченим іпотекою у складне становище у випадку передачі права вимоги декільком кредиторам. Можна запропонувати два шляхи вирішення цієї ситуації: 1) встановити правило щодо визнання недійсним основного зобов'язання у разі позасудового врегулювання звернення стягнення на предмет іпотеки за правом вимоги на частину зобов'язання забезпеченого іпотекою; або 2) законодавчо заборонити передавати право вимоги за зобов'язанням забезпеченим іпотекою частинами. Перший спосіб при цьому може створити проблеми для кредиторів, які отримують право вимоги на іншу частку кредитного зобов'язання забезпеченого іпотекою, тому найбільш раціональним буде заборонити розділяти зобов'язання забезпечені іпотекою.

Література:

1. Бауліна В. Вплив Закону України № 2478 на застосування кредиторами позасудових способів звернення стягнення на іпотечне майно. *Юрист і Закон*. 13 грудня 2018 року. URL: https://www.asterslaw.com/content/news/files/yz_baulina_122018_1544786618_ua.pdf (дата звернення 10.12.2020).
2. Версаль Н. Проблемні банки в Україні: причини появи та особливості функціонування в 2008-2014 рр. *Вісник Київського національного університету ім. Т.Г. Шевченка. Економіка*. 2014. № 10(163). С. 10–17. URL: http://bulletin-econom.univ.kiev.ua/wp-content/uploads/2015/11/163_10-17.pdf (дата звернення 10.12.2020).
3. Постанова від 25 червня 2019 року м. Київ Справа № 910/6648/18 Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду . URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82772636> (дата звернення 10.12.2020).
4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відновлення кредитування: Закон України від 3 липня 2018 року № 2478-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2478-19#n62> (дата звернення 10.12.2020).
5. Про іпотеку: Закон України від 5 червня 2003 року № 898-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15/ed20200714#Text> (дата звернення 10.12.2020).
6. Ухвала колегії суддів Касаційного господарського суду Верховного Суду від 02 квітня 2019 року у справі № 910/6648/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80987399> (дата звернення 10.12.2020).

ЯКІСТЬ ПОСЛУГ У ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ ЗІ СТРАХУВАННЯ

Міловська Н. В.

*доктор юридичних наук, доцент,
провідний науковий співробітник*

*Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України
м. Київ, Україна*

Підвищення в Україні попиту споживачів на різноманітні товари та послуги призводить до значного збільшення кількості зобов'язань з надання послуг, у тому числі тих, які надаються у процесі здійснення страхової діяльності. Страхування, як категорія, що відображає особливу сферу відносин суспільства, являє собою один із найбільш ефективних правових інструментів, що забезпечують захист майнових інтересів фізичних і юридичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків) за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати цими особами страхових платежів. У свою чергу, договір страхування виступає правовим засобом, який опосередковує процес надання страхової послуги страховиком страховальникові.

Відповідно до ст. 177 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) послуги є одним із видів об'єктів цивільних прав. Але легального визначення послуги, а особливо страхової, що має важливе значення для визначення критеріїв якості страхових послуг, ані в ЦК України, ані в Законі України «Про страхування» не міститься.

Загалом, зважаючи на те, що послуги страхування відповідно до Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» віднесені до різновидів фінансових послуг, а також те, що метою страхування є саме захист інтересів фізичних чи юридичних осіб, і ця мета реалізується незалежно від того – довелось страховику здійснити страхову виплату (страхове відшкодування) чи ні, тобто правове значення має сам процес надання послуги (страхового захисту), який починається з моменту набрання договором страхування чинності, а не лише її результат (здійснення страхової виплати (страхового відшкодування)), під страховою послугою доречно розуміти сукупність дій страховика щодо надання страхового захисту майнових інтересів фізичних та юридичних осіб шляхом прийняття на страхування ризику в межах страхової суми та здійснення страхової виплати (страхового відшкодування) у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування.

Як і інші послуги, страхова послуга не має гарантованих стандартів якості. Однак якість послуги, що надається, є чи не найважливішою характеристикою предмета договору [1, с. 161]. У зв'язку з цим, в умовах розширення як пропозицій на ринку страхових послуг, так і збільшення кількості реально укладених договорів страхування, постає питання про належну якість страхових послуг, що надаються.

Якість – це сукупність характеристик об'єкта, що належить до його здатності задовольняти певні потреби [2, с. 57]. В юридичній літературі превалює підхід, згідно з яким оцінка якості послуги пов'язана з характеристикою самого процесу надання послуги (процедури) та умов її споживання (сервісу послуги), а не результату діяльності виконавця [2, с. 58]. При цьому виділяють низку способів, що забезпечують якість надання послуг, серед яких стандартизація, ліцензування, сертифікація. Однак ліцензування та сертифікація надають можливість оцінити передумови якісної роботи виконавця, а не якість послуги, що надається конкретній особі. Так, незважаючи на те, що страхова діяльність підлягає ліцензуванню, упевненості щодо якості страхової послуги, яка надається в процесі цієї діяльності, жоден із споживачів даної послуги не має. Тому, поряд із цими способами, доцільно додати спосіб формалізації умов про якість у самому договорі шляхом встановлення в ньому вичерпного переліку обов'язків послугонадавача (страховика), адже лише послуга, яка відповідає умовам договору, здатна задовольнити потреби особи [3, с. 97]. Водночас, формування критеріїв якості страхових послуг має взяти на себе спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади у справах нагляду за страховою діяльністю, яким є Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг. Крім цього, якісні характеристики страхової послуги повинні визначатися й у правилах страхування, які відповідно до ст. 17 Закону України «Про страхування» розробляються страховиком для кожного виду страхування окремо і підлягають реєстрації в Уповноваженому органі при видачі ліцензії на право здійснення відповідного виду страхування.

Оскільки метою страхування є захист майнових інтересів фізичних і юридичних осіб, корисний ефект страхової послуги досягається самим процесом її надання і відображається у готовності страховика здійснити страхову виплату у разі настання страхового випадку. Так, як зазначається в юридичній літературі, споживання корисних властивостей страхової послуги відбувається ще до настання страхового випадку. Після настання страхового випадку страховий інтерес страхувальника трансформується в прагнення отримати страхову виплату [4]. Таким чином, можна виділити два етапи реалізації страхової послуги: до настання страхового випадку та після його настання.

І на першому, і на другому етапі загальна функціональна корисність страхової послуги, яка полягає в захисті інтересів, не змінюється. Однак якість страхової послуги на першому етапі її реалізації, тобто до настання страхового випадку, ґрунтується насамперед на репутації страховика в сенсі оцінювання споживачем його надійності, авторитетності тощо. Водночас, як зазначає І. В. Харін, якість послуги визначається також тим набором ризиків, від настання яких здійснюється страхування, тобто відповідністю страхового покриття потребам споживача [4]. Дійсно, споживач здійснює вибір страховика і за вартістю страхової послуги, і за складовими страхової послуги (за конкретними умовами договору страхування), але саме надійність страховика є першочерговою характеристикою, яка відповідає за якість страхової послуги до настання страхового випадку.

На другому етапі реалізації страхової послуги, тобто після настання страхового випадку, оцінити якість страхової послуги можна за допомогою традиційного розуміння, оскільки в цьому разі є наявними реальні дії страховика щодо здійснення страхової виплати з урахуванням вимог чинного законодавства. Тому, якщо страховик здійснює страхову виплату страхувальнику або визначеній ним в договорі особі в необхідному розмірі та в належний строк, то слід говорити про відповідність страхової послуги вимогам якості. Якщо ж виникають претензії щодо строку здійснення страхової виплати або її розміру, то страхову послугу слід вважати неякісною [5, с. 161]. У свою чергу, якщо страховик обґрунтовано відмовив у здійсненні страхової виплати з підстав, передбачених ст. 991 ЦК України, то послуга вважається якісною, оскільки задоволення потреби споживача в отриманні страхової виплати (страхового відшкодування) у даному випадку є неможливим у зв'язку із вказівкою чинного законодавства або згідно з умовами договору.

На нашу думку, у процесі реалізації страхової послуги поряд із її якістю важливого значення набуває питання й якості обслуговування. Обслуговування – це сукупність послуг, а не єдина багатокомпонентна (що триває поетапно або одноразово) послуга [6, с. 562]. Якість обслуговування має значення не тільки протягом усього строку дії договору страхування, а й при укладенні договору до набрання ним чинності. Відчутний ефект захисної суті страхування закладається страховиком на етапі укладання договору. Саме тут обговорюються деталі домовленості зі страхувальником, вказується, скажімо, на особливості умовної та безумовної франшизи в страхових відносинах, способу і строку повідомлення страховика про настання страхового випадку тощо. Отримання цієї інформації або її неотримання страхувальником залежить від страховика і, безумовно, вказує на якість страхового обслуговування.

Отже, якість страхової послуги характеризується наявністю у ній тих властивостей, які здатні задовольняти потреби фізичних та юридичних осіб у захисті їх майнових інтересів. До настання страхового випадку критеріями якості страхових послуг є: надійність, авторитетність страховика, що базуються на його фінансовій стабільності, відповідність страхового покриття потребам споживача, відповідність вартості страхової послуги сукупності ризиків, прийнятих на страхування. У свою чергу, здійснення страхової виплати (страхового відшкодування) страховиком в необхідному розмірі та в належний строк виступає критерієм якості страхових послуг після настання страхового випадку. При цьому, якщо страховик обгрунтовано відмовив у здійсненні страхової виплати з підстав, передбачених ст. 991 ЦК України, то послуга вважається якісною. У свою чергу, на якість страхового обслуговування вказує правильне інформування страховиком страхувальника про основні властивості страхової послуги.

Література:

1. Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. 328 с.
2. Утехін І. Б. Якість послуг за договором у цивільному праві. *Університетські наукові записки*. 2010. № 4 (36). С. 57–62.
3. Корезин А. С. Проблема формування критеріїв качества страхового продукта (услуги) в контексте особенностей рынка морского страхования. *Журнал университета водных коммуникаций*. 2009. Вып. 3. С. 96–111.
4. Харин И. В. Оценка качества страховых услуг. URL: <https://cyberleninka.ru/article/v/otsenka-kachestva-strahovyh-uslug> (дата звернення: 10.12.2020).
5. Міловська Н. В. Договірні зобов'язання зі страхування у цивільному праві України: проблеми теорії та практики: монографія. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2019. 488 с.
6. Степанович Г. Послуга як об'єкт цивільних прав. *Актуальні проблеми держави і права*. 2011. Вип. 59. С. 558–564.

СОЦІАЛЬНА НАПРУГА НАВКОЛО ВАЛЮТНОЇ ІПОТЕКИ

Резворович К. Р.

кандидат юридичних наук,

*завідувач кафедри цивільного права та процесу факультету
підготовки фахівців для підрозділів кримінальної поліції*

*Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ
м. Дніпро, Україна*

Проблеми правового регулювання договору банківського кредиту в іноземній валюті в цілому можуть бути пов'язані з гіпотетично можливими колізіями норм кількох галузей законодавства – цивільного, банківського та валютного, що регламентують питання, які мають значення для його укладення і виконання. При цьому норми валютно-правової спрямованості практично безпосередньо регулюють предмет, об'єкт, суб'єктний склад договору і непрямим чином – права, обов'язки та відповідальність сторін за договором; відповідно при виникненні колізії керуватися слід саме зазначеними положеннями. Отже, проаналізувавши відповідні валютні норми стосовно конкретних видів договору банківського кредиту в іноземній валюті, ми зможемо виявити існуючі проблеми в правовому регулюванні останніх і запропонувати можливі варіанти їх вирішення.

Як відомо, з 2014 року, в Україні вступив в дію мораторій на стягнення майна громадян, що надане в якості забезпечення кредитів в іноземній валюті [1]. Така заборона повинна була припинити свою дію ще в жовтні 2020 року, однак в липні 2020 року на розгляд Верховної Ради був внесений законопроект № 3640, відповідно до якого пропонувалося продовжити термін дії мораторію на відчуження майна за прострочені валютні кредити громадян аж до 2022 року [2].

Звичайно, Національний банк України, Міністерство юстиції та бізнес-спільнота виступили проти його прийняття у запропонованій редакції, навіть президент накладав вето, проте Верховна Рада його прийняла.

Вважаємо, що текст нового закону містить ряд колізій, які можуть вплинути на зловживання його положеннями недобросовісними боржниками:

– текст дозволить розширити коло осіб, на яких поширюється мораторій за рахунок кредитів фізичних осіб в іноземній валюті, які не є «споживчими». Сюди також можна буде віднести і валютні кредити фізичних осіб – підприємців, кредити фізичних осіб на розвиток бізнесу та інші кредити, які можуть бути пов'язані з підприємницькою діяльністю фізичної особи;

– з огляду на вищезазначений пункт і той факт, що закон не містить будь-яких посилань на терміни видачі валютних кредитів, на які поширюється мораторій, це створює ще одну лазівку для використання законопроекту не за призначенням і можливість посилатися на мораторій і щодо нових валютних кредитів;

– через відсутність прямої залежності між пунктами закону, деякі його положення про заборону на відчуження іншого майна боржника без його згоди можуть застосовуватися не тільки до валютних позичальників, а й до будь-яких інших зобов'язань.

Законодавчі процедури, пов'язані з відчуженням майна, що знаходиться в заставі, і мораторієм на його реалізацію, так і залишилися недопрацьованими. Як відомо, мораторій вводився в якості тимчасового заходу як частина загальної стратегії по реструктуризації валютних кредитів, щоб допомогти валютним позичальникам.

Обмежившись тимчасовими заходами, законодавці так і не прийняли закон про реструктуризацію валютних кредитів. Через це і виникають колізії у сфері цивільно-правових відносин банківської діяльності. Якщо позичальник не погашає борг, кредитор має право звернутися до суду, щоб отримати право на примусове стягнення боргу; отримавши виконавчий документ, він пред'являє його до виконання. Однак мораторій забороняє забирати у боржників майно, тому банк не може виселити боржника з квартири, яка знаходиться в заставі у банку. Проте, банки намагаються розпродати на аукціонах ліквідну іпотечну нерухомість, закладену по валютній іпотечі.

Найчастіше банки продають майно, що знаходиться в заставі, на відкритих аукціонах. Купивши його, новий власник отримує право користування, володіння і розпорядження нерухомістю на законних підставах. Він оформляє право власності на підставі виданого нотаріусом свідоцтва про покупку майна на публічних торгах і розглядається як добросовісний набувач. Колишні власники майна перестають бути його законними власниками. Якщо вони проживають в проданій квартирі, новий власник звертається до суду з позовною заявою, домагаючись їх примусового виселення. Однак зробити це не дозволяє мораторій і старий Житловий кодекс УРСР [3], який забороняє виселяти людей з квартири без надання іншого житла.

Сьогодні ліквідовано досить багато банків, і Фонд гарантування вкладів фізичних осіб продає права вимоги за заставними кредитами зі знижкою до 20% від оціночної вартості кредиту. Банки пропонують боржникам частково погашати кредит і готові пробачити борг і припинити іпотеку, отримавши 50 % і навіть менше реальної вартості житла.

У 2019 був прийнятий Кодекс України з процедур банкрутства [4], який запроваджує механізми реструктуризації валютних іпотечних

кредитів, але в повну силу цей інструмент не зможе запрацювати, поки не буде знято мораторій.

Шість років дії закону і поступова стабілізація економіки країни так і не вплинули на значне зростання обслуговування боржниками своїх валютних кредитів. В результаті потерпілими виявилися банки, що екстраполюється і на нових позичальників.

Отже, на сьогоднішній день мораторій на стягнення валютної іпотеки вчоргове створює соціальну напругу – хто платив, той платив, хто не платив, може уникнути відповідальності та обов'язків. Тож такий підхід закладає проблему на майбутнє – чи можна розраховувати на дешеві іпотечні кредити в країні, де в будь-який момент можуть дозволити їх не повертати без можливості застосувати правові санкції.

Література:

1. Закон України «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1304-18#Text>
2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо мораторію на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69117
3. Житловий Кодекс Української РСР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5464-10#Text>
4. Кодекс України з процедур банкрутства. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#Text>

ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ АДАПТАЦІЇ ДО НОВИХ ВИМОГ ПРАВА ЄС У СФЕРІ ВІДПОВІДНОСТІ ТОВАРУ

Саванець Л. М.

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри міжнародного права та міграційної політики
Західноукраїнського національного університету
м. Тернопіль, Україна*

Сучасне договірне право Європейського Союзу перебуває на етапі трансформації, зумовленої викликами цифрової революції, стандартизації та діджиталізації приватно-правових відносин договірного характеру. Прийняттям 20 травня 2019 року двох довгоочікуваних

законодавчих актів ЄС, Директиви 2019/770 про деякі аспекти договорів поставки цифрового контенту та цифрових послуг (далі-Директиви 2019/770), та Директиви 2019/771 про деякі аспекти договорів купівлі-продажу товарів (далі-Директиви 2019/771), європейському законодавцю вдалося гармонізувати значну частину цивільного законодавства у формі регулятивного інструменту в умовах формування єдиного цифрового ринку. І хоча необхідність нового законодавчого масиву визначалася Стратегією єдиного цифрового ринку для Європи 2015 року, саме розробка нових Директив, на наш погляд, є результатом довготривалого процесу європеїзації договірних відносин, що розпочався із кінця 80-х – початку 90-х років минулого століття. Характерними особливостями Директиви 2019/770 та Директиви 2019/771 виступає закріплення ряду принципово нових положень у сфері купівлі-продажу товарів та постачання цифрового контенту на засаді максимальної гармонізації.

Підписавши Угоду про асоціацію із ЄС Україна узяла на себе низку зобов'язань, серед яких забезпечувати поступову адаптацію законодавства України до *acquis* ЄС, в тому числі і у сфері договірних відносин.

Варто відзначити і те, що процес імплементації країнами-членами ЄС нових Директив, що закріплюють положення про відповідність товару, припадає на рекодифікацію вітчизняного цивільного законодавства, що підвищує важливість дослідження цих нормативних актів в контексті адаптації законодавства України.

Вперше у законодавстві ЄС концепція відповідності товару (*conformity of goods*) була закріплена Директивою 1999/44/ЄС про деякі аспекти продажу споживчих товарів та пов'язаних з ними гарантій (далі-Директива 1999/44/ЄС), та перейнята із Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (далі – Віденська конвенція 1980 р.).

Новелою обох Директив виступає чіткий поділ критеріїв відповідності на суб'єктивні та об'єктивні. Варто зазначити, що норми Директиви 1999/44/ЄС, як і Віденської конвенції 1980 р., не закріплювали поділу критеріїв відповідності товару на об'єктивний та суб'єктивний, та регулювали дане питання за суб'єктивною ознакою, виходячи із домовленостей сторін як основної підстави визначення відповідності товару. Зазначена концепція ґрунтувалася на принципі свободи договору, який з поміж іншого встановлює можливість сторін вільно визначати предмет договору купівлі-продажу [1, с. 168, 171].

Аналізуючи положення ст.8 Директиви 2019/770, та ст.7 Директиви 2019/771 про об'єктивні критерії відповідності товару, простежуємо використання європейським законодавцем оціночного юридичного поняття «обґрунтовані очікування» (*reasonably expect*). Принагідно

зауважимо, що концепція «обґрунтованих очікувань споживача» містилася у Директиві 1999/44/ЄС (п.д) ч.2 ст.2), та була запозичена з англійського законодавства [2, с. 239]. Критерієм визначення «обґрунтованого очікування» не виступають суб'єктивні сподівання певного споживача, а те, що підлягає об'єктивному встановленню, враховуючи предмет договору, обставини справи та звичаї ділового обороту.

Новий критерій відповідності товару – зносостійкість (*durability*) – міститься в Директиві 2019/771, та визначає раціональну необхідність функціональності товару протягом звичайного використання. Законодавче визначення цього поняття зумовлено сучасною концепцією кругової економіки, та обґрунтованості довготривалого користування товаром. Зносостійкість товару як ознака його відповідності відома законодавству деяких держав-членів ЄС. Більше того, ідея цієї властивості товару була закладена у ст. 2 Директиви 1999/44/ЄС, але вона швидше охоплювала інші вимоги відповідності, такі як придатність за призначенням, висока якість та продуктивність [3, с. 260].

Ще однією важливою новелою обох Директив, на якій варто, на нашу думку, зупинити свою увагу є вперше закріплення в європейському договірному праві обов'язку постачальника (продавця) інформувати споживача про оновлення цифрового контенту (товару з цифровими елементами), та можливість його здійснення з метою підтримання цих товарів, чи цифрового контенту у відповідності, протягом певного періоду часу. Зазначена вимога входить в межі критерію об'єктивної відповідності. Істотним є період, протягом якого такі оновлення повинні надаватися. У випадку одноразового або кількох пов'язаних актів постачання (передання) цифрового контенту (товарів із цифровими елементами) постачальник (продавець) зобов'язаний оновлювати програмне забезпечення протягом періоду, на який споживач може обґрунтовано очікувати, враховуючи тип та призначення товару із цифровими елементами (цифрового контенту), обставини та особливості договору. Оновлення цифрового контенту (цифрової послуги) повинно здійснюватися постачальником (продавцем) протягом усього передбаченого договором періоду постачання цифрового контенту (надання цифрової послуги). Ані Директива 2019/770, ні Директива 2019/771, прямо не визначають обов'язок споживача здійснювати оновлення. Проте, якщо останній не оновив програмне забезпечення, необхідне для підтримки відповідності цифрового контенту (товару із цифровими елементами), постачальник (продавець) звільняється від відповідальності за їх невідповідність, за умови попереднього повідомлення споживача про необхідність оновлення та наявність причинно-наслідкового зв'язку між відсутністю оновлення та невідповідністю.

Відповідно до ч.6 ст.8 Директиви 2019/770 цифровий контент або цифрова послуга надаються в останній існуючій версії, доступній на момент укладення договору, якщо сторони не домовилися про інше. Директива 2019/771 не містить подібної норми. Вважаємо цілком прийнятним застосування за аналогією наведеного положення Директиви 2019/770 до договірних правовідносин купівлі-продажу товарів із цифровими елементами. Проблематичнішою ж видається ситуація придбання за договором купівлі продажу товару без цифрових елементів. Виникає цілком логічне питання можливості застосування за аналогією наведеної норми і до такого виду відносин, або необхідності закріплення аналогічного положення і в Директиві 2019/771.

На відміну від Директиви 1999/44/ЄС, нові Директиви містять положення про права третіх осіб (ст.10 Директиви 2019/770 та ст. 9 Директиви 2019/771), та визначають механізми захисту прав у разі передання постачальником (продавцем) цифрового контенту (товару з цифровими елементами) в межах об'єктивних критеріїв відповідності, але порушуючи ліцензію у сфері авторського права (п. 54 мотивів Директиви 2019/770, п. 35 мотивів Директиви 2019/771). Наприклад, відсутність у споживача спроможності використовувати певні функції цифрового контенту або товарів з цифровими елементами, зумовленої реалізацією авторських прав автором [2, с. 242]. Держави-члени ЄС у наведеній ситуації мають можливість встановити правові наслідки недійсності такого договору або його розірвання.

У нових Директивах збільшено період дії презумпції невідповідності товару з шести місяців, як це попередньо визначалося положеннями Директиви 1999/44/ЄС, до одного року, з моменту передання товару (ч. 1 ст. 11). Директива 2019/771 дозволяє збільшити цей період до двох років (ч. 2 ст. 11) та не знижувати значно існуючий у державах-членах ЄС рівень захисту споживачів. Директива 2019/770 не передбачає такої можливості, тому період дії презумпції невідповідності цифрового контенту або цифрової послуги становить лише один рік. Споживач несе тягар доказування відсутності відповідності придбаного товару. Як вказував Суд Справедливості ЄС у справі Faber [4; 5, с. 152; 6, с. 561; 7, с. 182], споживач повинен довести лише відсутність відповідності, а не її причину або зумовленість її виникнення продавцем [7, с. 182; 2, с. 247–248].

Вперше на законодавчому рівні ЄС закріплено положення про тягар доведення невідповідності цифрового контенту або цифрової послуги, що залежить від особливостей виконання договірних зобов'язань. Він покладається на споживача, якщо договір виконується одним окремим актом або сукупністю індивідуальних актів постачання. У випадку постійного постачання протягом певного періоду часу, обумовленого у

договорі, тягар доведення невідповідності покладається на продавця (ч. 3 ст. 12 Директиви 2019/770).

Таким чином, основними новелами законодавства ЄС у сфері відповідності товару є поділ критеріїв відповідності на об'єктивний та суб'єктивний, закріплення поняття обґрунтованих очікувань як одного із вимог об'єктивної відповідності, вимоги зносостійкості товару, обов'язку постачальника (продавця) інформувати набувача про можливість оновлення цифрового контенту (товару з цифровими елементами) з метою їх підтримання у відповідності, правового недоліку товару як ознаки його невідповідності; особливостей тягара доведення невідповідності цифрового контенту або цифрової послуги; збільшення періоду дії презумпції невідповідності.

Література:

1. Zoll F. Problem negatywnego uzgodnienia cech rzeczy sprzedanej – w oczekiwaniu na wspólne europejskie prawo sprzedaży. *Transformacje prawa prywatnego*. 2012. № 2. S.167–174.
2. Staudenmayer D. The Directives on digital contracts: first steps towards the private law of the digital economy. *European review of private law*. 2020. Issue 2. Vol. 28. PP. 219–249.
3. Vanherpe J. White smoke, but smoke nonetheless: some (burning) questions regarding the Directives on sale of goods and supply of digital content. *European review of private law*. 2020. Vol. 28. Issue 2. PP. 251–273.
4. Judgment of the Court of Justice of the European Union C-497/13 Froukje Faber contra Autobedrijf Hazet Ochten BV. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-497/13> (дата звернення: 7.12.2020)
5. Podszun R. Procedural autonomy and effective consumer protection in sale of goods liability: easing the burden for consumers (even if they aren't consumers). *EuCML*. 2015. Heft 4. PP. 149–153.
6. Rott P. Anmerkung zur Entscheidung des EuGH vom 04.06.2015, Az.: C-497/13 «Faber». *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. 2015. Heft 14. PP. 556–562.
7. Patti F. P. The effectiveness of consumer protection in sales contracts – some observations from recent european case law. *EuCML*. 2015. Heft 5. PP. 179–184.

ГРОМАДСЬКЕ ХАРЧУВАННЯ В УКРАЇНІ: ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Федорченко Н. В.

*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри загальноюридичних дисциплін,
цивільного права та правового забезпечення туризму
Київського університету туризму, економіки і права
м. Київ, Україна*

В умовах глобального насиченого ринку та поширення наслідків пандемії COVID-19 відбувається переосмислення всіх сфер людської діяльності в тому числі і в сфері громадського харчування, з позиції збереження їх функціонування та конкурентноспроможності. Зараз в Україні сформувалась мережа системи громадського харчування з її такими складовими (ресторани, готелі, бари, кафе, кав'ярні, буфети, їдальні, закусочні та інші).

З офіційних даних Державної служби статистики України у 2018 році в країні налічувалось 53 558 суб'єктів господарювання, що здійснювали діяльність із забезпечення стравами і напоями (сфера ресторанного господарства (далі – РГ)), з них 47 816 були ФОП. Для порівняння у 2019 році діяло 60 851 суб'єкт господарювання РГ, з них 54 842 були ФОПи.

Велика кількість клієнтів, яку отримує дана сфера послуг, потребує глибокого опрацювання правового забезпечення з врахуванням світового та європейського досвіду. А також розробки та затвердження багатовекторних підзаконних нормативно-правових актів, Положень, службових обов'язків та інструкцій. В даному процесі задіяні ряд організаційних та господарських структур країни. В тому числі сільського господарства, підприємства по переробці с/г продукції, служби сантарно-гігієнічного контролю, служби логістики та інші.

Таке збільшення ФОПів говорить про те, що законодавство є недосконалим, формувалось при відсутності необхідної бази даних, практики та аналізу роботи ФОПів. «Тому ФОПи намагаючись легально оптимізувати свої витрати пов'язані з оподаткуванням, знаходять різні варіанти щоб знизити оподаткування. Так наприклад, великі мережі (сітьові утворення) у сфері РГ України ще з початку 2000-х років «дробляться» на малі підприємства для забезпечення собі зниження податкового навантаження. При цьому, наприклад, кухар може бути оформлений як фізична-особа підприємець, а бар чи ресторан, що знаходиться в одному приміщенні та належать одному власнику, можуть бути різними суб'єктами підприємницької діяльності» [2, с. 70].

Слід зазначити, що ФОП в РГ має фіксований податок, спрощену схему звітності, відсутність касових апаратів, мінімізацію податкового навантаження, спрощену процедуру кадрової роботи та умов оплати працівників, що значно вигідніше в економічному та організаційному плані.

Видається, що наслідком «білих плям» законодавства в сфері договірного регулювання відносин з надання послуг закладами громадського харчування є відсутність сучасних доктринальних досліджень в цій сфері.

Тому актуальним завданням сьогодення є визначення правової природи зобов'язальних цивільно-правових відносин, які виникають між споживачами та закладами громадського харчування (закладами ресторанного господарства).

На сьогодні в Україні послуги з громадського харчування (ресторанного господарства) [1] відносяться до торговельної діяльності. Постановою Кабінету Міністрів України від 15 червня 2006 р. № 833 затверджений Порядок провадження торговельної діяльності та правила торговельного обслуговування населення. Цей Порядок визначає загальні умови провадження торговельної діяльності, основні вимоги до торговельної мережі, мережі закладів ресторанного господарства і торговельного обслуговування громадян [3].

Тобто, із цього можна зробити висновок, що при здійсненні діяльності з ресторанного господарства виникають відносини договору купівлі-продажу. Але чи тільки одну мету – придбання у власність страви, яка готується у закладах ресторанного господарства, має споживач.

На мою думку, ні. Неможливість застосування норм ЦК, які регулюють відносини купівлі-продажу, спростовують і Правила роботи закладів (підприємств) ресторанного господарства, відповідно до п. 3.8. яких у разі відмови замовника від обслуговування в день проведення заходу він зобов'язаний викупити замовлену продукцію, яка не може бути продана іншим споживачам [4]. Натомість гл. 54 ЦК України не надає безумовне право відмовитися покупцю від договору, окрім випадків порушення продавцем своїх зобов'язань.

Метою договору між закладом ресторанного господарства та споживачем є не тільки придбання у власність страви, але і сервірування та прибирання столу, обслуговування офіціантом, можливість споживання їжі (напоїв) у закладі ресторанного обслуговування. Тому первинним у цих відносинах є надання послуг споживачу.

Водночас ЦК України встановлює загальні правила щодо регулювання відносин, які виникають за договором з надання послуг: зміни обов'язку замовника щодо внесення виконавцеві плати у випадку, якщо неможливість виконання договору виникла з вини замовника (ст. 903 ЦК); порядок, підстави та наслідки розірвання договору (ст. 907 ЦК).

В той час як в Правилах роботи закладів (підприємств) ресторанного господарства закріплено спеціальний механізм їх правового регулювання.

Отже, на підставі вищенаведеного приходимо до таких висновків. По-перше, в законодавстві України не існує чіткої концепції визначення правової природи відносин, які виникають між суб'єктом підприємництва, який здійснює обслуговування у сфері громадського харчування, та споживачем.

По-друге, у спеціальному законодавстві в сфері надання послуг громадського харчування виділено два види зобов'язальних відносин, які виникали в сфері громадського харчування: продаж продуктів харчування та надання послуг. На нашу думку, зобов'язання, які виникають між суб'єктами підприємництва щодо організації громадського харчування не можна визнати змішаним видом договору, який регулює відносини з продажу продуктів харчування та надання послуг (сервірування столу, обслуговування офіціантами, надання послуг із зберігання речей у гардеробі, організації дозвілля тощо), оскільки основна мета укладення такого договору полягає в отриманні послуг громадського харчування, а не в набутті у власність продуктів харчування.

По-третє, до суб'єктів, які мають право здійснювати діяльність ресторанного господарства, законодавець відносить лише підприємства та заклади. Вважаємо, що такі послуги можуть надавати не тільки такі види організаційно-правових форм юридичних осіб, як підприємства та заклади, але і не підприємницькі юридичні особи, а також юридичні особи публічного права. Тому пропонуємо у найменуванні Правил роботи закладів (підприємств) ресторанного господарства, а також у їх змісті, замінити термін «заклад (підприємство) ресторанного господарства» на «суб'єкт підприємництва».

По-четверте, необхідно прийняти Закон України «Про харчування у закладах загальної середньої освіти» [6], який зареєстрований у ВР України за № 2664 від 20.12.2019 року (Розробники – науковці Київського університету туризму, економіки і права та Київський національний торговельно-економічний університет). А також необхідно прийняти нову редакцію Закону України «Про захист прав споживачів» [5], проект якого знаходиться у ВР України за № 3631-06/5572103 від 11.09.2020 року.

Література:

1. Наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції за № 219 від 24.07.2002 затверджені нові Правила роботи закладів (підприємств) ресторанного господарства, в яких термін «громадське харчування» замінений на термін «ресторанне господарство».

2. П'ятницька Т.Г., Найдюк В.С. Сучасні тренди розвитку ресторанного господарства в Україні. Економіка та держава, № 9/2017. С. 66–73.
3. Про затвердження Порядку провадження торговельної діяльності та правил торговельного обслуговування населення: Постанова Кабінету Міністрів України від 15 червня 2006 р. за № 833 / Офіційний Вісник України. – 2006. – № 25. – Ст. 1818.
4. Про затвердження Правил роботи закладів (підприємств) ресторанного господарства: наказ Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції від 24 липня 2002 р. за № 219; зареєстровано в Міністерстві юстиції України від 20.08.2002 р. за № 680/6968 / Офіційний Вісник України. – 2002. – № 34. – Ст. 1633.
5. Про захист прав споживачів. Проект закону № 3631-06/5572103 від 11.09.2020 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://ips.ligazakon.net/document/FN063992>
6. Про харчування у закладах загальної середньої освіти. Проект закону № 2664 від 20.12.2019 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/J101031A.html

ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ СТОРІН ПУБЛІЧНОГО ДОГОВОРУ

Яновицька А. В.

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри господарсько-правових дисциплін

Львівського державного університету внутрішніх справ

м. Львів, Україна

Поняття публічного договору визначено у статті 633 Цивільного кодексу України. У ній вказано, що це «договір, в якому одна сторона – підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо)» [1].

Проблема визначення суб'єктного складу даного договору була і досі є предметом розгляду та дискусії у багатьох наукових працях. Так, В. І. Дрішлюк у своєму дисертаційному дослідженні публічного договору зазначав, що склад публічного договору є чітко визначеним, що є однією з істотних ознак публічного договору. Відповідно до ст. 633 ЦК України – це підприємець, який виступає зобов'язаною

стороною в договорі. Контрагентом підприємця виступає невизначене коло осіб – «кожен, хто до нього звернеться», – з аналізу ст. 633 ЦК України – це споживач [2, с. 13].

Застосовуючи конструкцію «кожен, хто до нього звернеться», як зазначає Олюха В. Г., законодавець фактично розширює категорію «споживач» і відносить до них, крім фізичних, і юридичних осіб. Підставою для такого твердження є встановлення режиму публічності Цивільним кодексом за прямою вказівкою у відповідних статтях для договорів складського зберігання автотранспортних засобів, яке здійснюється суб'єктом підприємницької діяльності (ст. 977). Адже в такі договірні відносини часто вступають і юридичні особи [3, с. 57].

На протигагу наведеному, у деяких останніх наукових напрацюваннях можна віднайти спроби порівняння понять «публічний договір» та «споживчий договір». Так, В. Я. Горблянський аналізуючи зміст ст. 633 ЦК України та інших норм цього кодексу, які регулюють договірні відносини, що віднесені до публічних договорів, робить висновок, що вони є споживчими, а тому погоджуючись із думкою І. І. Банасевич, наполягає, що договірні відносини, які регулюються ст. 633 ЦК України «Публічний договір» насправді є споживчими. У зв'язку із чим, підтримує підхід, відповідно до якого доцільно відмовитися від інституту публічного договору, який закріплений у ст. 633 ЦК України, на користь законодавчого закріплення у ЦК України споживчого договору [4, с. 80–81].

Вважаємо, що такі зміни будуть недоречними. По-перше, споживачі можуть укладати публічні договори як для задоволення власних потреб, так і для здійснення господарської, підприємницької діяльності [3, с. 57]. По-друге, у господарських відносинах, конструкція публічного договору застосовується якраз із застосуванням норми статті 633 ЦК України, оскільки Господарський кодекс України допускає існування публічних зобов'язань (ст. 178), але не містить норм, які б регулювали укладення публічного договору [5]. При цьому, варто звернути увагу, що поняття «споживач» у цивільному та господарському законодавстві не є тотожним. Закон України «Про захист прав споживачів», споживачем називає лише фізичну особу, у той же час, наприклад, Закон України «Про ринок природного газу», споживачами називає також підприємства, установи, організації [6]. Враховуючи наведене, а також те, що Цивільний кодекс України не містить власного визначення поняття «споживач», таке позначення сторони публічного договору слід розуміти у широкому сенсі.

Статтю 178 ГК України стороною, яка є контрагентом споживача, визначено суб'єкт господарювання. Відповідно до статті 55 ГК України ними є господарські організації – юридичні особи, державні,

комунальні та інші підприємства; громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці.

Контрагентом «споживача» у публічному договорі за ЦК України – виступає «підприємець». Зміст цієї категорії в ЦК України не розкривається, але використовуються такі категорії, як «підприємницькі товариства» та «фізична особа-підприємець». Ще до прийняття Господарського кодексу України в літературі була висловлена думка, що запровадження зазначеного терміна звужує коло суб'єктів публічного зобов'язання і безпідставно виключає з них юридичних осіб. Однак, на сьогодні ч. 2 статті 3 ГК України підприємцями називає суб'єктів підприємництва, коло яких можна визначити шляхом аналізу статей 42-55 ГК України: юридичні та фізичні особи, зареєстровані у встановленому законодавством порядку, які здійснюють господарську діяльність для досягнення економічних та соціальних результатів та з метою одержання прибутку [3, с. 57–58].

Аналізуючи наведене, слід звернути увагу на наступне. Ціна є істотною умовою господарського договору. Вона є вираженням у грошовій формі еквівалентом одиниці товару (продукції, робіт, послуг, матеріально-технічних ресурсів, майнових та немайнових прав), що підлягає продажу (реалізації), який повинен застосовуватися як тариф, розмір плати, ставки або збору, крім ставок і зборів, що використовуються в системі оподаткування [5]. Однак, укладення договору підприємцем з метою одержання прибутку, за наслідками належного його виконання, не свідчить про публічний чи не публічний характер такого договору. Натомість слід звертати увагу на «публічну» діяльність суб'єкта.

Саме ця ознака є визначальною, коли йде мова про публічний договір. Тут враховуються наступні вимоги статті 633 ЦК України: обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто звернеться; умови публічного договору встановлюються однаковими для всіх (крім тих, кому за законом надані відповідні пільги); заборона надавати переваги щодо укладення публічного договору (якщо інше не встановлено законом) та відмовлятися від укладення публічного договору за наявності можливостей надання відповідних товарів (робіт, послуг).

Отже, виникає запитання можливості включення у коло зобов'язаної сторони у публічному договорі суб'єктів, які не здійснюють підприємницької діяльності. Так наприклад, фізичні особи незалежно від статі, віку, національності, освіти, соціального походження, політичних та релігійних переконань, місця проживання мають право на бібліотечне обслуговування. Бібліотечна послуга – результат діяльності бібліотеки із задоволення інформаційних, науково-дослідних,

освітніх, культурних та інших потреб користувачів бібліотеки. Основними джерелами фінансування бібліотек державної і комунальної форми власності є кошти відповідно державного та місцевих бюджетів; бібліотек, заснованих на інших формах власності, – кошти засновників. Основою державної політики в галузі бібліотечної справи є реалізація прав громадян на бібліотечне обслуговування, забезпечення загальної доступності до інформації та культурних цінностей, що збираються, зберігаються та надаються в тимчасове користування бібліотеками [7].

Таким чином, при встановленні кола суб'єктів, які можуть бути сторонами публічного договору, під поняттям «споживач» у межах статті 633 ЦК України, варто розуміти усіх учасників цивільних правовідносин, які можуть виступати управненою стороною публічних договорів про продаж товарів, на виконання робіт або надання послуг. Щодо зобов'язаної сторони, вважаємо за доцільне надати можливість укладати публічні договори суб'єктам, які не здійснюють підприємницької діяльності. А отже, відмовитись від використання поняття «підприємець», натомість у статті 633 ЦК України зобов'язаною стороною договору вважати «юридичну особу або фізичну особу-підприємця».

Література:

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>
2. Дршлюк В. І. Публічний договір (цивільно-правовий аспект): автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / НДІ приватного права і підприємництва Академії правових наук України. К., 2007. 20 с.
3. Олюха В. Г. Публічний договір в системі цивільно-правових договорів. *Вісник Академії адвокатури України*. 2005. Вип. 2. С. 54–60.
4. Горблянський В. Я. Захист прав споживачів за договором про надання послуг: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Навч.-наук. юрид. ін-т ДВНЗ «Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника». Івано-Франківськ, 2019. 200 с.
5. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/436-15>
6. Термін «Споживач». Термінологія законодавства (станом на 27.11.2020). *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>
7. Про бібліотеки і бібліотечну справу: Закон України від 27.01.1995 № 32/95-ВР. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/32/95-%D0%B2%D1%80#Text>

НАПРЯМ 7. ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

ВИДАЛЕННЯ ІЗ ЗАЛИ СУДОВОГО ЗАСІДАННЯ: АНАЛІЗ ПОЛОЖЕНЬ ЦПК УКРАЇНИ

Бичкова С. С.

*доктор юридичних наук, професор
м. Київ, Україна*

Про видалення із зали судового засідання при вирішенні питань, пов'язаних із цивільною справою, законодавець згадує кілька разів:

- 1) в межах розкриття змісту однієї із загальних засад цивільного судочинства – гласності судового процесу (ч. 3 ст. 7 ЦПК України);
- 2) при визначенні заходів процесуального примусу і підстав їх застосування (ч. 1 ст. 144, ст. 145 ЦПК України);
- 3) під час встановлення процесуального порядку допиту свідків (ст. 219, частини 4, 5 ст. 232 ЦПК України).

Щодо визначення видалення із зали судового засідання у цивільному процесуальному законодавстві є лише одне позначення – така дія належить до заходів процесуального примусу (ч. 1 ст. 144 ЦПК України).

Але розберімося, чи завжди видалення є указаним заходом?

Відповідно до ч. 1 ст. 143 ЦПК України заходами процесуального примусу є процесуальні дії, що вчиняються судом у визначених цим Кодексом випадках з метою спонукання відповідних осіб до виконання встановлених у суді правил, добросовісного виконання процесуальних обов'язків, припинення зловживання правами та запобігання створенню протиправних перешкод у здійсненні судочинства.

Під видаленням із зали судового засідання (як одним із таких заходів) розуміють примусове позбавлення особи можливості перебувати у залі судового засідання під час розгляду цивільної справи у суді [1, с. 92].

При цьому визначальними ознаками подібного заходу є те, що він застосовується:

- 1) як до учасників судового процесу, так і до інших осіб, присутніх у судовому засіданні;
- 2) з метою підтримання порядку під час судового засідання і забезпечення виконання розпоряджень головуючого;
- 3) у разі повторного вчинення дій, за які до особи було застосовано попередження.

Як підстави застосування указанного заходу процесуального примусу законодавець встановлює повторне:

- 1) порушення порядку під час судового засідання;
- 2) невиконання розпоряджень головуючого.

У ч. 3 ст. 7 ЦПК України також встановлено право суду на видалення будь-якої особи, що перебуває у залі судового засідання.

При цьому закріплено дещо ширший перелік підстав для цієї процесуальної дії:

- 1) перешкоджання веденню судового засідання;
- 2) перешкоджання здійсненню прав або виконанню обов'язків учасників судового процесу або судді;
- 3) порушення порядку у залі суду.

Якщо проаналізувати наведені підстави та порівняти їх з підставами застосування видалення із зали судового засідання, що їх регламентує ч. 1 ст. 145 ЦПК України, можна помітити: за формальними ознаками йдеться про одне й те саме. І в обох випадках видалення особи на меті – підтримання порядку під час судового засідання і забезпечення вирішення питання, задля якого воно проводиться.

Таким чином, вбачається, наявне у ч. 3 ст. 7 ЦПК України положення присвячене видаленню із зали судового засідання як заходу процесуального примусу.

Навіщо ж було його розмішувати додатково в цій статті, в межах розкриття змісту однієї із засад цивільного судочинства?

Гласність судового процесу передбачає, що розгляд справ у судах проводиться усно і відкрито, крім випадків, передбачених ЦПК України. При цьому будь-яка особа має право бути присутньою у відкритому судовому засіданні (частини 1, 2 ст. 7 ЦПК України).

Декларування в ч. 3 цієї ж статті права суду на видалення порушників встановлених у суді правил із зали судового засідання підкреслює, що така процесуальна дія не суперечить основним засадам (принципам) цивільного судочинства, не обмежує гласності судового процесу, а повністю охоплюється її змістом.

До речі, у ч. 3 ст. 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» встановлено, що видалити із зали судового засідання суд вправі у разі вчинення особою дій, що свідчать про неповагу до суду або учасників судового процесу. Саме поняття «неповага до суду» розкривається, зокрема, в ч. 1 ст. 185-3 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

У межах аналізу видалення із зали судового засідання можна відзначити, що неповага до суду – як підстава для вчинення цієї процесуальної дії – виражається у невідкоренні розпорядженню головуючого чи в порушенні порядку під час судового засідання, а так

само у вчиненні дій, які свідчать про явну зневагу до суду або встановлених у суді правил.

Тобто, знову таки, хоча підстави для видалення із зали судового засідання в Законі України «Про судоустрій і статус суддів» визначаються в інших формулюваннях, порівняно із ЦПК України, по суті, в обох законодавчих актах йдеться про ті самі форми протиправної поведінки.

І, нарешті, ще одне згадування про видалення із зали судового засідання міститься у нормах, присвячених порядку допиту свідків:

1) свідки видаляються із зали судового засідання у відведені для цього приміщення без можливості ознайомлення з ходом судового засідання (ч. 1 ст. 219 ЦПК України). Такі учасники судового процесу видаляються до моменту їх допиту після відкриття судового засідання і встановлення їх особи, а також роз'яснення прав та обов'язків перекладачеві, приведення його до присяги. Адже свідки, які ще не дали показань, не можуть перебувати в залі судового засідання під час розгляду справи (ч. 2 ст. 230 ЦПК України);

2) у виняткових випадках, коли це необхідно для об'єктивного з'ясування обставин справи, на час допиту осіб, які не досягли вісімнадцятирічного віку, із зали судового засідання за ухвалою суду може бути видалений той чи інший учасник справи (ч. 4 ст. 232 ЦПК України);

3) свідок, який не досяг шістнадцятирічного віку, після закінчення його допиту видаляється із зали судового засідання, крім випадків, коли суд визнав необхідною присутність цього свідка в залі судового засідання (ч. 5 ст. 232 ЦПК України).

Чи можна в окреслених випадках розглядати видалення свідків як застосований до них захід процесуального примусу? Звичайно, ні.

До них, як і до інших осіб, присутніх у залі судового засідання, у разі вчинення повторно після попередження протиправних дій може бути застосовано видалення із зали судового засідання як захід процесуального примусу.

Однак видалення свідків у межах процедури їх допиту має іншу мету: не допустити впливу на них (ні здійснюваного іншими особами, ні в ході дослідження доказів у судовому засіданні до допиту конкретного свідка тощо), адже вони можуть змінити (свідомо чи несвідомо) свої подальші показання, не розповісти про всі відомі їм обставини внаслідок, наприклад, страху, невпевненості.

Видалення свідка, який не досяг шістнадцятирічного віку, після закінчення його допиту спрямоване на забезпечення захисту психічного здоров'я дітей, їх психологічної стійкості і емоційної стабільності.

Отже, зазначені випадки видалення свідка із зали судового засідання не є заходами процесуального примусу, мають іншу мету і підстави застосування.

Додатково хотілося б звернути увагу на необхідність уніфікації законодавчої термінології.

Адже, наприклад, у ч. 3 ст. 7 ЦПК України визначено, що суд може видалити із «зали судових засідань», але про порушення порядку йдеться у «залі суду». В ч. 1 ст. 144 ЦПК України уже використовується словосполучення «видалення із залу судового засідання». При формулюванні ст. 145 взагалі використовується дві форми: у назві – «видалення із залу судового засідання», а в тексті ч. 1 – «видалення із зали судового засідання». У статтях 219 і 232 ЦПК України послідовно в різних відмінках відповідне приміщення також іменується «залом судового засідання».

Отже, спостерігаємо аж чотири варіанти найменування: «зал судового засідання», «зала судового засідання», «зала судових засідань», «зала суду».

Так, за великим тлумачним словником дозволяється паралельне застосування двох форм: «зал» і «зала» [2, с. 306]. Проте одночасне використання обох для позначення одного і того самого в нормативних актах (а у нашому випадку – не тільки в одному законодавчому акті, а й в одній статті кодексу) суперечить правилам законодавчої техніки. Також є неприпустимим згадування «судового засідання» в назві зали то в однині, то в множині. При цьому взагалі заплутує поява словосполучення «зала суду».

Таким чином, законодавцеві слід звернути на це увагу і усунути наявні неточності.

Література:

1. Кучер В. О., Суліковський Ю. С. Видалення із залу судового засідання як захід процесуального примусу. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. Серія юридична. 2015. Вип. 2. С. 88–96.
2. Великий тлумачний словник сучасної української мови / [уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел]. К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2004. 1440 с.

ОБМЕЖЕННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ГЛАСНОСТІ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Бойко А. О.

*студентка III курсу факультету прокуратури
та кримінальної юстиції*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
м. Харків, Україна*

Одним із основоположних принципів цивільного процесу є принцип гласності, сутність якого полягає у відкритому проведенні розгляду цивільної справи на всіх стадіях цивільного процесу та в усіх видах проваджень, що забезпечує своєчасне надання достовірної інформації по справі учасникам цивільного процесу та публіці [1, с. 190–191].

За загальним правилом судовий розгляд здійснюється відкрито, що надає можливість громадянам, які не причетні до справи, бути присутніми у судових засіданнях. Тобто судовий розгляд проводиться з наданням реальної та рівної можливості особам, які зацікавлені у справі, але не є її стороною, бути присутніми в залі та спостерігати за розглядом справи, фіксуючи інформацію за допомогою дозволених законом засобів [2, с. 41]. Але, варто зазначити, що наведене право може бути обмежене у визначених законом випадках, тоді вже мова буде йти саме про закритий судовий розгляд.

Доцільно зазначити, що обмеження принципу гласності в цивільному процесі визнається і на міжнародному рівні. Зокрема, виходячи зі змісту 14 статті Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, до всього або ж частини судового розгляду можуть не допускатися преса та публіка, що обумовлюється моральними міркуваннями, громадським порядком чи державною безпекою в демократичному суспільстві, або коли таке недопущення є необхідним задля захисту інтересів приватного життя сторін.

У правовій літературі обмеження реалізації принципу гласності поділяють на два види: природні обмеження та законні. Сутність перших слід розкривати як обмеження технічного або природного характеру, наприклад недостатня кількість місць в залі судового засідання, що позбавляє можливості вмістити всіх бажаючих. Законні ж обмеження встановлені законом і мають на меті недопущення розголосу окремих відомостей, які можуть зашкодити охоронюваним законом правам та інтересам держави, фізичних, юридичних осіб [3, с. 143–144].

Як вже зазначалося, поряд із відкритим судовим засіданням має місце закрите. Саме воно є найбільш відомим у науці цивільного процесу випадком обмеження реалізації принципу гласності. Варто зазначити, що

закритий судовий розгляд здійснюється з метою охорони державної або іншої захищеної таємниці; забезпечення таємниці усиновлення, запобігання розголошенню відомостей про інтимні чи інші особисті сторони життя осіб, які беруть участь у справі; запобігання розголошенню відомостей, що принижують честь та гідність людини [4, с. 424].

Доцільно розглянути підстави закритого розгляду справи більш детально. Зокрема, до передбаченого цивільно-процесуальним законодавством поняття «іншої таємниці, що охороняється законом» можна віднести таємницю вчинення нотаріальної дії, банківську, адвокатську, комерційну, лікарську та інші [3, с. 150]. Що стосується інших підстав проведення розгляду справи у закритому засіданні, то необхідною умовою в таких випадках є виключно клопотання осіб, які беруть участь у справі.

На закритому судовому засіданні можуть бути присутні тільки особи, які безпосередньо беруть участь у справі, а в разі необхідності – свідки, спеціалісти, експерти, перекладачі [4, с. 424]. Така ситуація певним чином відрізняється від того, що перш за все передбачає принцип гласності, а саме можливість усіх зацікавлених осіб, які не є сторонами справи, бути присутніми у судовій залі та спостерігати за перебігом судового розгляду.

Поряд із проведенням закритого судового засідання ще однією формою обмеження реалізації принципу гласності цивільного процесу було не проголошення постановленого у закритому засіданні судового рішення. Але після прийняття у 2004 році ЦПК України зазначені форми об'єдналися в одну. Це обумовлюється тим, що не проголошення рішення по справі відкрито є наслідком закритого судового розгляду справи.

Таким чином, законне обмеження принципу гласності у вигляді проведення закритих судових розглядів не є порушенням зазначеного принципу. Оскільки відбувається в межах регламентуючих гласність цивільного процесу норм, і являє собою правомірну поведінку, що допускається у визначених законом випадках з дотриманням встановленої процедури.

Література:

1. Амеліна А.С. Гласність як один з принципів цивільного судочинства. Міжн. юр. вісник: збірник наукових праць Нац.унів-ту держ. податкової служби України. Вип.1 (1). 2014. С. 189–194.
2. Городовенко В.В. Принцип гласності та відкритості у вітчизняному судочинстві: проблеми реалізації. Вісник Верховного Суду України 2011. № 9(133). С. 38–43.

3. Работинська В.О. Принцип гласності цивільного процесу: автореф. дис.; Ін-т держави і права ім.В.М.Корецького НАН України.- Київ: [б.в.]. 2017. С. 252.
4. Кройтор В.А. Процесуальний зміст принципу гласності цивільного судочинства. Форум права. 2011. № 3. – С. 419–427.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРЕДСТАВНИЦТВА ПРОКУРОРОМ ІНТЕРЕСІВ ДЕРЖАВИ В СУДІ

Бойко В. Б.

*кандидат юридичних наук, суддя
Апеляційного суду Сумської області у відставці,
старший викладач
Сумського національного аграрного університету
м. Суми, Україна*

У Рекомендаціях Парламентської Асамблеї Ради Європи від 27.05.2003 року № 1604 (2003) «Про роль прокуратури в демократичному суспільстві, заснованому на верховенстві закону» щодо функцій органів прокуратури, які не належать до сфери кримінального права, наголошено, що вкрай важливо забезпечити, щоб повноваження і функції прокурорів обмежувалися сферою переслідування осіб, винних у скоєнні кримінальних правопорушень, а для виконання будь-яких інших функцій було засновано окремі, належним чином розміщені та ефективні органи.

Процесуальне представництво можна розглядати через процесуальну діяльність, тобто вчинення однією особою (представником) в межах наданих повноважень юридичних дій від імені іншої особи з метою захисту її прав та законних інтересів. Прийнято виділяти декілька підстав виникнення представництва: договірне, законне та представництво, здійснюване на підставі статутів, положень, інших спеціальних правових підставах.

Згідно зі ст. 131-1 Конституції України, на прокуратуру покладається, в тому числі і представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом [1].

Процесуальний статус прокурора, зокрема, в цивільному судочинстві зазнав суттєвих змін після прийняття у 2014 році нового Закону України «Про прокуратуру» [2] та внесення у 2016 році змін до Конституції України щодо правосуддя. Наразі органи державної влади та органи місцевого самоврядування, спираючись на профільні закони та реалізуючи власні повноваження, мають самостійно звертатися до

суду, відповідно роль прокуратури у сфері представництва інтересів держави фактично носить допоміжний характер.

Конституційний Суд України у Рішенні від 08.04.1999 року № 3-рп/99 зазначив, що за правовою природою, представництво у суді є правовідноси-нами, в яких одна особа (представник) на підстав певних повноважень виступає від імені іншої особи (довірителя) і виконує процесуальні дії в суді в її інтересах, набуваючи (змінюючи, припиняючи) для неї права та обов'язки. В мотивувальній частині цього ж Рішення КСУ наголосив, що інтереси держави відрізняються від інтересів інших учасників суспільних відносин; в основі перших завжди є потреба у здійсненні загальнодержавних дій, програм; інтереси держави можуть збігатися повністю, частково або не збігатися зовсім з інтересами державних органів, державних підприємств та організацій; із врахуванням того, що «інтереси держави» є оціночним поняттям, прокурор у кожному випадку має обґрунтувати у позовній заяві необхідність їх захисту та зазначає орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних відносинах [3].

В іншому Рішенні від 05.06.2019 року № 4-р(П)/2019 Конституційний Суд України вказав, що Конституцією України встановлено вичерпний перелік повноважень прокуратури, визначено характер її діяльності і в такий спосіб передбачено її існування і стабільність функціонування; наведене гарантує неможливість зміни основного цільового призначення вказаного органу, дублювання його повноважень/функцій іншими державними органами, адже протилежне може призвести до зміни конституційно визначеного механізму здійснення державної влади її окремими органами або вплинути на обсяг їхніх конституційних повноважень.

Неоднозначні підходи судів до оформлення представництва прокурорів в судочинстві відмічаються вже не один рік. Зокрема, аналізуючи практику розгляду в тому числі і Верховним Судом справ, провадження у яких відкрито за позовами прокурорів відповідно до ст. 131-1 Конституції України, виявлено непоодинокі випадки, коли участь у їх розгляді забезпечують працівники органу прокуратури на підставі довіреності, підписаної її керівником.

Наведена норма Конституції України відсилає до спеціального Закону України «Про прокуратуру», яким визначено виключні випадки та порядок представництва прокурором інтересів держави в суді. За змістом ст. 23 цього Закону, прокурор здійснює представництво в суді законних інтересів держави у разі порушення або загрози порушення інтересів держави, якщо захист цих інтересів не здійснює або неналежним чином здійснює орган державної влади, орган місцевого самоврядування чи інший суб'єкт владних повноважень, до

компетенції якого віднесені відповідні повноваження, а також у разі відсутності такого органу.

Тривалий час, навіть на рівні касаційних судів, існувала практика, відповідно до якої поняття «прокурор» розкривалося через певний перелік посад в органах прокуратури. Суди виходили з того, що положеннями процесуальних кодексів та Закону України «Про прокуратуру» не було встановлено необхідності підтвердження довіреністю повноважень лише осіб, зазначених у статті 56 цього Закону, як представників у відповідному процесі, які діють у межах своєї компетенції. Такі особи підтверджують свої повноваження службовим посвідченням. Повноваження ж інших працівників прокуратури, які виконують функції прокурора щодо представництва інтересів держави чи громадянина в судочинстві, повинні бути підтверджені довіреністю.

На користь такої точки зору можна було б навести і наступні аргументи.

Стаття 24 Закону України «Про прокуратуру» в її чинній редакції містить частину сьому, яка визначає, що повноваження прокурорів, передбачені цією статтею, здійснюються виключно на підставах та в межах, передбачених процесуальним законодавством. В інших же частинах даної статті Закону врегульовані особливості здійснення окремих форм представництва інтересів громадянина або держави в суді, право певних посадових осіб органів прокуратури на вчинення тих чи інших процесуальних дій на різних стадіях цивільного процесу.

В свою чергу, ст.ст. 1 та 3 ЦПК України передбачають те, що цивільне судочинство здійснюється, насамперед, відповідно до Конституції України та цього Кодексу. Таким чином, пріоритетними в регулюванні цивільного судочинства є норми ЦПК України, а не Закону України «Про прокуратуру».

Окрім того, навіть у п. 1.2. Наказу Генеральної прокуратури від 07.08.2019 року № 153 «Про порядок здійснення представництва в суді органів прокуратури, їхніх посадових і службових осіб, які діють від імені органу прокуратури» зазначено, що участь у розгляді справ в адміністративному, господарському, цивільному судочинстві в порядку представництва органів прокуратури, посадових і службових осіб, які діють від імені органу прокуратури, що є стороною або третьою особою, здійснювати прокурорам за довіреністю.

Особливої гостроти ситуація набуває у випадку, коли позов подається керівником органу прокуратури, справа призначається до слухання декілька разів, проте кожного разу в судове засідання з'являється інший прокурор. Отже, проблема навколо оформлення представництва прокурорів в судочинстві дійсно існує та потребує комплексного вирішення на законодавчому рівні.

У зв'язку з цим, хочемо посплатися на одне з відносно недавніх рішень Верховного Суду. 17.03.2020 року Верховний Суд в рамках розгляду цивільної справи досліджував в тому числі і питання щодо підтвердження повноважень прокурора в цивільному процесі та прийшов до наступних висновків. Статус прокурора визначено у статті 15 Закону України «Про прокуратуру», частиною другою якої передбачено також, що прокурори в Україні мають єдиний статус незалежно від місця прокуратури в системі прокуратури України чи адміністративної посади, яку прокурор обіймає в прокуратурі. Відповідно до Положення про службове посвідчення прокурора, затвердженого Наказом Генеральної прокуратури України №134 від 05 квітня 2016 року, службове посвідчення прокурора є офіційним документом, який засвідчує належність посадової особи до системи прокуратури України, підтверджує її посаду, а також повноваження, визначені законодавством. Отже, Верховний Суд прийшов до висновку, що Законом України «Про прокуратуру» не встановлено необхідності підтвердження довіреністю повноважень осіб, зазначених у статті 15 Закону України «Про прокуратуру», як представників у цивільному процесі, які діють у межах своєї компетенції. Такі особи підтверджують свої повноваження службовим посвідченням [4].

Із принципу справедливості випливає вимога визначеності, ясності й недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування. На нашу думку, виявлені випадки розгляду судами справ за позовами органів прокуратури в інтересах в держави, де участь забезпечено прокурорами на підставі довіреностей, спричинені відсутністю чітких норм у процесуальному законодавстві, які б визначали порядок участі прокурора в судочинстві, та сталой судової практики.

Виходячи з наведеного, з метою, забезпечення однакового розуміння та застосування процесуальних норм, вважаємо за необхідне внести зміни до відповідних процесуальних кодексів, а також до ст. 24 Закону України «Про прокуратуру», якими закріпити, що при розгляді судами справ за позовами прокурора в інтересах держави, повноваження працівників прокуратури підтверджуються документами, які підтверджують їх статус.

Література:

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Про прокуратуру: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 2–3. – Ст. 12.
3. Рішення Конституційного Суду України від 8 квітня 1999 р. № 3-рп/99 (справа про представництво прокуратурою інтересів держави

в арбітражному суді). URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-99>.

4. Постанова Верховного Суду від 17.03.2020 року у справі № 704/1233/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88265209>.

ОСОБЛИВОСТІ РОЗЛЯДУ СПРАВ ПРО РОЗКРИТТЯ БАНКАМИ ІНФОРМАЦІЇ, ЯКА МІСТИТЬ БАНКІВСЬКУ ТАЄМНИЦЮ

Булошник Є. Д.

студентка III курсу

Інституту прокуратури Національного юридичного університету

імені Ярослава Мудрого

м. Харків, Україна

Правовий режим банківської таємниці визначається ст.ст. 1058, 1076 Цивільного кодексу України, ст.ст. 60-62 Закону України «Про банки і банківську діяльність», Постановою Правління Національного банку України «Про затвердження Правил зберігання, захисту, використання та розкриття банківської таємниці» від 14.07.2006 № 267. Підсудність розгляду зазначеної категорії справ окремого провадження визначена ст. 347 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), в якій встановлено, що заява про розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичної або фізичної особи у випадках, встановлених законом, подається до суду за місцезнаходженням банку, що обслуговує таку юридичну або фізичну особу [2]. Таким чином, ЦПК України закріплює територіальну підсудність зазначеної категорії справ. Законом встановлено спеціальні правила підсудності за участю юридичних осіб з урахуванням права юридичної особи здійснювати всі або частину її функцій через відповідні філії, представництва тощо, що розташовані поза її місцезнаходженням, які не набувають статусу юридичної особи і діють від імені юридичної особи [4, с. 384].

Важливе значення для захисту банківської таємниці має порядок її розкриття. Коло суб'єктів, що мають право вимагати безпосередньо від банку розкриття інформації, що містить банківську таємницю, законодавством обмежене. Так, відповідно до ст. 1076 ЦК України відомості про операції та рахунки можуть бути надані тільки самим клієнтам або їхнім представникам [1]. Іншим особам, у тому числі органам державної влади, їхнім посадовим і службовим особам, такі відомості

можуть бути надані виключно в випадках та в порядку, що встановлені законом про банки й банківську діяльність.

Для відкриття зазначеної категорії до місцевого суду уповноважений суб'єкт подає належним чином оформлену й підписану заяву. Вимоги до змісту заяви про розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичної або фізичної особи визначені у ст. 348 ЦПК України, а саме у заяві має бути зазначено: 1) найменування суду, до якого подається заява; 2) ім'я (найменування) заявника та особи, щодо якої вимагається розкриття інформації, яка містить банківську таємницю, їх місце проживання або місцезнаходження, а також ім'я представника заявника, коли заява подається представником; 3) найменування та місцезнаходження банку, що обслуговує особу, щодо якої необхідно розкрити банківську таємницю; 4) обґрунтування необхідності та обставини, за яких вимагається розкрити інформацію, що містить банківську таємницю, щодо особи, із зазначенням положень законів, які надають відповідні повноваження, або прав та інтересів, які порушено; 5) обсяги (межі розкриття) інформації, яка містить банківську таємницю, щодо особи та мету її використання [2]. Недотримання вимог закону щодо форми й змісту заяви має наслідком залишення судом заяви без руху, а в разі не усунення зазначених недоліків у встановлений строк – повернення її заявникові. Проте всі ці процесуальні наслідки не перешкоджають повторному зверненню із заявою до суду, якщо перестануть існувати обставини, що стали підставою для її повернення чи залишення без руху. До заяви про розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю, додається оригінал документа, що підтверджує сплату судового збору, за винятком випадків, коли заявник звільнений від їх оплати згідно із законом. При надходженні заяви про розкриття інформації, яка містить банківську таємницю, суд постановляє ухвалу про відкриття провадження у справі з визначенням дати призначення її до розгляду, копія якої разом із копією заяви та доданих до неї документів невідкладно надсилається особам, які беруть участь у справі [5, с. 32–33].

Справу про розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю має бути розглянуто у п'ятиденний строк з дня надходження її до суду в закритому судовому засіданні, про що має бути зазначено як в журналі судового засідання, так і в судовому рішенні. Враховуючи, що розгляд справи в закритому судовому засіданні обов'язковий, суддя приймає рішення про його розгляд у закритому судовому засіданні при постановленні ухвали про відкриття провадження у справі та призначення справи до розгляду, про що зазначається у відповідній ухвалі. Справа розглядається з повідомленням заявника, особи, щодо якої вимагається розкриття банківської таємниці, та банку, крім випадку,

коли задоволено клопотання заявника про розгляд справи тільки за його участі у передбачених законом випадках. Проте неявка в судові засідання без поважних причин заявника та (або) особи, щодо якої вимагається розкриття банківської таємниці, чи їх представників або представника банку, за наявності у справі даних про їх повідомлення, не перешкоджає розгляду справи, якщо суд не визнав їхню участь обов'язковою. Рішення суду в справі про розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю, повинно відповідати загальним правилам, встановленим ЦПК України, щодо його ухвалення, проголошення, містити відповідну структуру з урахуванням особливостей, визначених ст. 350 ЦПК України. Рішення суду публічно не проголошується, оскільки розгляд справи провадиться у закритому судовому засіданні [3, с. 248–249].

Ухвалене судом рішення у справі про розкриття банківської таємниці підлягає негайному виконанню. Копії рішення суд надсилає банку, що обслуговує юридичну або фізичну особу, заявнику та особі, щодо якої надається інформація. Особа, щодо якої банк розкриває банківську таємницю, або заявник мають право у п'ятиденний строк оскаржити ухвалене судом рішення до апеляційного суду в установленому порядку. Оскарження рішення не зупиняє його виконання [2].

Література:

1. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV / Відомості Верховної Ради України – 2003 – №№ 40-44. – Ст. 356.
2. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 № 1618-IV / Відомості Верховної Ради України – 2004 – № 40-41, 42. – Ст. 492.
3. Васильєв С. В. Особливості розгляду окремих категорій цивільних справ: навчальний посібник. – Харків : Еспада. 2012. 314 с.
4. Казаков Ю.Ю. Визначення підсудності справ щодо розкриття інформації, яка містить банківську таємницю. Правове життя сучасної України: матеріали Міжнар. наук. конф. проф.-викл. та аспірант. складу – Одеса: Фенікс. 2014. Т. 1. С. 384–386.
5. Казаков Ю. Ю. Особливості відкриття провадження у справах про розкриття інформації, яка містить банківську таємницю, щодо фізичних та юридичних осіб. Цивільне судочинство у світлі судової реформи в Україні: матеріали «круглого столу» (м. Одеса, 16 трав. 2015 р.). – Одеса. 2015. С. 31–35.

ДОТРИМАННЯ КОНФІДЕНЦІЙНОСТІ ПРОЦЕСУ МЕДІАЦІЇ У ВИПАДКАХ ПЕРЕДАЧІ СПОРУ ДО ЦИВІЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ

Васильєва-Шаламова Ж. В.

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного процесу*

Бабішена М. Л.

*студент II курсу магістратури кафедри цивільного процесу
Інституту права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
м. Київ, Україна*

Директивою 2008/52/ЄС щодо окремих аспектів медіації в цивільних та комерційних справах визначено, що одним зі основоположних принципів медіації є принцип конфіденційності [1].

Положення Проекту Закону України «Про медіацію» № 3504 від 19.05.2020 (який наразі прийнято у першому читанні) (надалі – Проект) передбачає, що медіація проводиться за взаємною згодою сторін медіації з урахуванням принципів добровільності, конфіденційності, незалежності та нейтральності медіатора, неупередженості медіатора, самовизначення та рівності прав сторін медіації. Жодна зі сторін конфлікту не має права розголошувати інформацію щодо медіації без письмової згоди іншої сторони.

Принцип конфіденційності детальніше регламентовано у ст. 5 Проекту, у якій визначено, що:

«1. Медіатор та інші учасники медіації дотримуються принципу конфіденційності, якщо інше не встановлено законом, а також у разі, коли сторони медіації домовилися у письмовій формі про інше.

Принцип конфіденційності не застосовується у разі, коли розкриття інформації необхідне для запобігання заподіяння шкоди фізичному чи психічному здоров'ю особи або вчиненню кримінального правопорушення.

2. Конфіденційною є вся інформація, що стосується медіації, зокрема про пропозицію та готовність учасників конфлікту (спору) до участі у медіації, факти та обставини, що стали відомі під час медіації, висловлені судження та пропозиції сторін медіації щодо врегулювання конфлікту (спору), зміст угоди за результатами медіації.

3. Жодна із сторін медіації, медіатор, інші учасники медіації, а також організація, що забезпечує проведення медіації, не мають права розголошувати інформації, що стосується медіації, без письмової згоди сторін медіації.

У разі коли медіатор отримав від однієї із сторін інформацію, що стосується медіації, він може розкрити таку інформацію іншій стороні тільки за згодою сторони, яка надала таку інформацію.

4. Особи, зазначені у частині третій цієї статті, за розголошення інформації, що стосується медіації, без письмової згоди сторін медіації несуть відповідальність, передбачену законом або договором про проведення медіації»[2].

Отже, проаналізувавши статтю 5 Проекту, ми доходимо до висновку про певну неузгодженість із положеннями чинного Цивільного процесуального кодексу України, яка ставить під загрозу забезпечення дотримання принципу конфіденційності медіації.

Відповідно до положень п. 6 ч. 3 ст. 175 ЦПК України, позовна заява повинна містити, зокрема, відомості про вжиття заходів досудового врегулювання спору, якщо такі проводилися, в тому числі, якщо законом визначений обов'язковий досудовий порядок урегулювання спору [3].

Звертаємо увагу, що на законодавчому рівні не встановлено чіткого та вичерпного переліку того, які заходи вважаються заходами досудового врегулювання спору.

Стаття 16 ЦПК України, що окреслює основні положення досудового врегулювання спору визначає, що сторони вживають заходів для досудового врегулювання спору за домовленістю між собою або у випадках, коли такі заходи є обов'язковими згідно із законом. Особи, які порушили права і законні інтереси інших осіб, зобов'язані поновити їх, не чекаючи пред'явлення претензії чи позову.

Враховуючи положення ч. 3 ст. 2 Проекту, медіація може проводитися як до звернення до суду, третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу, так і під час судового, третейського чи арбітражного провадження або під час виконання рішення суду, третейського суду чи міжнародного комерційного арбітражу.

Таким чином, у випадку, коли за результатами проведення медіації сторони не досягли домовленостей та не вирішили спір і одна зі сторін має намір звернутись до суду з позовною заявою, у неї виникає імперативний обов'язок вказати у своїй позовній заяві відомості про вжиття заходу досудового врегулювання спору (в даному випадку, таким заходом є звернення до медіатора).

Водночас, залишається дискусійним питання щодо того, чи розповсюджується у цьому випадку на відомості у позовній заяві принцип конфіденційності медіації (зокрема, якщо сторони погодили, що конфіденційною є вся інформація, що стосується медіації, зокрема про пропозицію та готовність учасників конфлікту (спору) до участі у медіації, та

сам факт проведення медіації). Адже в такому разі імперативний припис закону суперечить положенням укладеного між сторонами договору.

При цьому, якщо інша сторона не надасть письмову згоду на розголошення такої інформації, то особа (позивач), фактично, може потрапити у ситуацію, коли зазначити відомості про вжиття заходів досудового врегулювання спору він не може внаслідок положень договору (угоди) про медіацію, але й захистити свої права без розкриття такої інформації суду ефективно не має можливості, адже в силу положень ст. 185, суддя, встановивши, що позовну заяву подано без додержання вимог, викладених у статтях 175 і 177 ЦПК України, протягом п'яти днів з дня надходження до суду позовної заяви постановляє ухвалу про залишення позовної заяви без руху, а якщо позивач не усунув недоліки позовної заяви у строк, встановлений судом, заява вважається неподаною і повертається позивачеві.

Можливим також видається виникнення суперечностей та практичних проблем дотримання принципу конфіденційності медіації й вже безпосередньо на стадії розгляду відповідного спору в суді.

Так, як вже зазначалось, у відповідності до положень Проекту, пропонується допускати виключення із застосування принципу конфіденційності медіації у разі, коли розкриття інформації необхідне для запобігання заподіянню шкоди фізичному чи психічному здоров'ю особи або вчиненню кримінального правопорушення. У всіх інших випадках, жодна із сторін медіації, медіатор, інші учасники медіації, а також організація, що забезпечує проведення медіації, не мають права розголошувати інформації, що стосується медіації, без письмової згоди сторін медіації, якщо сторони не домовились про інше.

Разом з тим, положення п. 4 та п. 5 ч. 2 ст. 43 ЦПК України, передбачає, що учасники справи, окрім іншого, зобов'язані подавати усі наявні у них докази в порядку та строки, встановлені законом або судом, не приховувати докази та надавати суду повні і достовірні пояснення з питань, які ставляться судом, а також учасниками справи в судовому засіданні.

Постає питання – чи може учасник справи надати суду повні і достовірні пояснення з питань, які ставляться судом, а також учасниками справи в судовому засіданні, якщо такі пояснення міститимуть інформацію щодо проведеної медіації?

Фактично, так особа опиняється поміж «двох вогнів» – або надати суду повні і достовірні пояснення та понести відповідальність передбачену законом або договором про проведення медіації за розголошення інформації, що стосується медіації, без письмової згоди сторін медіації, або ж відмовитись надавати такі пояснення і, як це передбачено положеннями ч. 3 ст. 43 ЦПК України, суд застосує до такого учасника справи заходи процесуального примусу, передбачені ЦПК України.

Доцільно було б врегулювати ці питання на законодавчому рівні, передбачивши, що принцип конфіденційності не застосовується також у разі необхідності однієї зі сторін медіації надати суду відомості стосовно факту проведення медіації як заходу досудового врегулювання спору. При цьому, визначити, які саме відомості можуть бути надані суду (наприклад, про факт проведення медіації, учасників медіації, часу проведення медіації та предмет спору) або ж обмежитись лише можливістю надати суду інформацію що між сторонами було здійснено спробу врегулювати спір в досудовому порядку шляхом медіації, з посиланням, що інша інформація щодо медіації (зокрема, результат медіації) визначена сторонами як конфіденційна.

Також пропонуємо передбачити в положеннях ст. 43 ЦПК України можливість учасника справи відмовитись надавати пояснення з питань, які ставляться судом, а також учасниками справи в судовому засіданні, з посиланням на те, що такі пояснення міститимуть відомості, які віднесені до конфіденційної інформації внаслідок проведення медіації або ж передбачити можливість звільнення особи від відповідальності за розголошення конфіденційної інформації щодо медіації у тому разі, коли таке розголошення було викликане необхідністю виконання свого обов'язку як учасника справи. Проте, в такому разі постає питання щодо того, яким чином здійснювати підтвердження того, що відповідні відомості віднесені до конфіденційної інформації, якщо надання договору про медіацію (угоди про проведення медіації) суду, фактично, передбачає розголошення основних відомостей про проведену медіацію, її учасників і предмет спору.

Отже, медіація як альтернативний спосіб врегулювання спорів набуває все більшої популярності, а тому, задля уникнення проблем у її практичному застосуванні, варто узгодити та поліпшити нормативно-правове регулювання використання медіації в Україні.

Література:

1. Directive of the European Parliament and the Council of 18 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0052> (дата звернення: 06.12.2020).
2. Про медіацію: Проект Закону від 19.05.2020 № 3504. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68877 (дата звернення 06.12.2020).
3. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/> (дата звернення: 06.12.2020).

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ЗАГАЛЬНИХ ПОЛОЖЕНЬ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ТА ГОСПОДАРСЬКИМ КОДЕКСАМИ УКРАЇНИ

Гриняк А. Б.

*доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент
Національної академії правових наук України,
завідувач відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України
м. Київ, Україна*

Порівняльний аналіз загальних положень про зобов'язання Розділу 1 Книги п'ятої ЦК та Розділу IV ГК України свідчить про істотну як термінологічну, так і концептуальну невідповідність законодавчих підходів до врегулювання ідентичних відносин у цих кодифікованих актах України. Зазначене підтверджується наступними тезами:

1. Норми, що містяться у главі 19 ГК України, присвячені регулюванню господарських зобов'язань, за своєю суттю та змістом мали б виключно відображати особливості, притаманні останнім [1]. Натомість регулювання господарських зобов'язань в ГК України у багатьох випадках практично співпадає з приписами, закріпленими у Книзі п'ятій ЦК України [2]. Прикладом зазначеного є перша ж стаття глави 19 (ст. 173 ГК – дефініція господарського зобов'язання), яка змістовно повторює ст. 509 ЦК України. Здавалося б, основна увага в цій статті мала б зосереджуватись на майново-господарських та організаційно-господарських зобов'язаннях, однак уже із дефініцій як майново-господарських (ч. 1 ст. 175 ГК), так і організаційно-господарських зобов'язань (ч. 1 ст. 176 ГК) випливає їх приватноправова природа, про що прямо зазначається у ч. 1 ст. 175, ч. 4 ст. 176 ГК України. Виходячи з цього більш вдалою видається доцільність закріплення у Розділі 1 Книги п'ятої ЦК України статті, яка б визначала поняття та природу організаційно-правових зобов'язань.

Щодо підстав виникнення господарських зобов'язань – ст. 174 ГК України майже дослівно повторює ст. 11 ЦК України, водночас вносячи термінологічну плутанину шляхом використання терміну «угода» в розумінні правочину. Разом із тим ст. 177 ГК України «Соціально-комунальні зобов'язання суб'єктів господарювання» дисонує зі ст. 4 ГК України та дублює положення ст. 17 Закону України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» [3], Постанову Верховної Ради України «Про Концепцію сталого розвитку населених

пунктів» [4], ст. 40 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» [5] тощо. Те ж саме стосується й редакції ст. 178 ГК України «Публічні зобов'язання суб'єктів господарювання», яка дублює положення ст. 633 ЦК України, вносячи дисгармонію в розуміння конструкції публічного договору.

2. Глава 20 «Господарські договори» (статті 179–188), як вбачається з її змісту, є по суті «усіченою» редакцією глав 52–53 ЦК України, хоча, виходячи із назв ст. 183 «Особливості укладання господарських договорів за державним замовленням» та ст. 186 «Укладання організаційно-господарських договорів» в них мали б бути відображена динаміка договірних зобов'язань та їх відповідні особливості. Однак в теперішній їх редакції вони є «копіюванням» в першому випадку положень Розділу VII Закону України «Про публічні закупівлі», а в другому – загальних положень глав 52–53 ЦК України. Більше того, положення статей глави 20 ГК України містять істотні протиріччя щодо використання конструкції типових договорів (ст. 184) за ГК України та поняття типових умов (ст. 630) за ЦК України. Підходи, які застосовані у ГК України, суттєво обмежують принцип свободи договору в підприємницькій діяльності, що значною мірою перешкоджає залученню інвестицій в економіку країни.

3. Глава 22 «Виконання господарських зобов'язань. Припинення зобов'язань» (статті 193–208) як і глава 20 ГК України також є «усіченою» редакцією глав 48–51 ЦК України. Так, ст. 193 ГК України містить приписи, які в межах однієї статті визначають: 1) загальні умови виконання зобов'язання (ст. 526 ЦК); 2) елементи виконання (ст. 527, 529, 531 ЦК); 3) правові наслідки невиконання чи неналежного виконання (ст. 610, 615, 616, 622 ЦК); 4) підтвердження виконання (ст. 545 ЦК), що свідчить про недоцільність її збереження.

Аналогічно ст. 194 ГК України «Виконання господарського зобов'язання третьою особою», яка дублює положення ст. 528 ЦК України та створює ефект надмірної «зарегульованості» відносин, пов'язаних із можливістю залучення третіх осіб як виконавців прийнятих на себе стороною договору зобов'язань. Щодо редакції ст. 195 ГК України «Передача (делегування) прав у господарських зобов'язаннях» вважаємо за доцільне перенести ч. 1 цієї статті до книги 5 ЦК України.

Редакція ст. 198 ГК України «Виконання грошових зобов'язань» суперечить положенням ст. 533 ЦК України «Валюта виконання грошового зобов'язання», зважаючи, що в цих статтях відображені різні підходи до оцінки можливості неспівпадіння валюти зобов'язання і валюти платежу за договором. Як видається, в сучасних умовах недоцільно в імперативному порядку (ст. 198 ГК) обмежувати можливості суб'єктів підприємництва виражати грошові зобов'язання в іноземній

валюти. При цьому валютою платежу в межах території України має бути гривня.

4. Щодо статей, присвячених припиненню господарських зобов'язань та їх правовим наслідкам (статті 202–208 ГК), доцільно наголосити, що уже зміст ст. 202 ГК України свідчить про дублювання положень ст. 598 ЦК України, у якій закріплено невичерпний перелік підстав припинення зобов'язання, які передбачені у статтях 599, 601, 606, 604, 607 ЦК України тощо. Те ж саме стосується й ст. 203 ГК, яка за своїм змістом є комбінацією таких статей ЦК України, як: 1) ч. 1 ст. 203 ГК України – ч. 1 ст. 599 ЦК України; 2) ч. 2 ст. 203 ГК України ч. 1 ст. 539 ЦК України; 3) ч. 3 ст. 203 ГК України – частин 1-2 ст. 601 ЦК України; 4) ч. 5 ст. 203 ГК України – ч. 1 ст. 602 ЦК України.

Аналогічна ситуація має місце і з іншими статтями цієї глави, які дублюють положення ЦК України, в силу чого виникають обґрунтовані сумніви у їх практичній цінності та потребі збереження [6, с. 118].

5. Існування глави 23 «Визнання суб'єкта підприємництва банкрутом» (статті 209–215) в межах Розділу IV ГК України і раніше викликало певний подив та здивування, а з прийняттям Кодексу України з процедур банкрутства [7] й поготів, адже потреби у фрагментарній, поверхневій регламентації відносин нормами, які не регулюють, а в багатьох випадках ще й суперечать новоприйнятому кодифікованому акту, не було як раніше, так і натеper.

Отже, положення Розділу IV «Господарські зобов'язання» за своєю суттю та змістом мали б відображати притаманні виключно господарським зобов'язанням особливості. Натомість запропоноване регулювання у відповідних статтях ГК України у багатьох випадках фактично повторює приписи, передбачені у Книзі п'ятій ЦК України. Відповідно, зазначений аналіз положень ГК України, його співставлення з окремими положеннями ЦК України, спеціальними законами та іншими нормативно правовими актами дає підстави для висновку про те, що більшість норм ГК України, що присвячені господарським зобов'язанням, є відсилочними або бланкетними, а відтак мають мінімальний регуляторний вплив та, як правило, дублюють положення, закріплені в інших нормативно-правових актах. Відповідно аргументи щодо доцільності збереження цього розділу в ГК України відсутні.

Література:

1. Господарський кодекс України від 16.01. 2003 року № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18. № 19–20. № 21–22. Ст. 144.
2. Цивільний кодекс України від 16.01. 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. 2003. №№ 40–44. Ст. 356.

3. Закон України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» від 21.03. 1991 р. № 875-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. 1991. № 21. Ст. 252.
4. Постанова Верховної Ради України «Про Концепцію сталого розвитку населених пунктів» від 24.12.1999. № 1359-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1359-14#Text> (дата звернення 19.11.2020).
5. Закон України «Про регулювання містобудівної діяльності» від 17 лютого 2011 року № 3038-VI // Відомості Верховної Ради України. 2011. № 34. Ст. 343.
6. Nataliia S. Kuznietsova, Oleksii O. Kot, Andrii B. Hryniak, Mariana D. Pleniuk. Abolition of the commercial code of ukraine: potential consequences and necessary prerequisites // Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine / editorial board: V. Tatsiy et al. Kharkiv : Pravo, 2020. Vol. 27. № 1. P. 101–131.
7. Кодекс України з процедур банкрутства від 18.10.2018 р. № 2597-VIII // Відомості Верховної Ради України. 2019. № 19. Ст. 74.

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОЗОВНОГО ТА СПРОЩЕНОГО ПОЗОВНОГО ПРОВАДЖЕНЬ

Спанчінцев О. С.

*аспірант кафедри цивільного процесу
Інституту права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
м. Київ, Україна*

У жовтні 2017 року у цивільному процесуальному законодавстві відбулися зміни, відповідно до яких було запроваджено таку форму розгляду і вирішення цивільних справ як спрощене позовне провадження. Слід зазначити, що у науці цивільного процесу такі науковці, як В. І. Бобрик, С. В. Васильєв, В. В. Комаров, С.О. Короєд, О. Зуб, О.С. Ткачук, О. Угриновська, С.Я. Фурса, М.Й. Штефан приділяли увагу проблемам, які були пов'язані із процедурами спрощеного судового розгляду. Але серед науковців-процесуалістів немає єдності у поглядах з багатьох питань, крім того питання поняття, сутності спрощеного позовного провадження, його структури, а отже і співвідношення з загальним позовним провадженням залишаються найбільш відкритими для дослідження.

Якщо проаналізувати структуру цивільного процесуального кодексу в редакції 03.10.2017 року, то можна побачити, що Глава 10, якою регулюється процедура, що є предметом нашого дослідження, то вона включена до Розділу III, який має назву «Позовне провадження». Не важко зрозуміти, що за своєю структурою цивільний процес побудований за системою проваджень. Такою ж структура процесу була і до реформування 2017 р. Аналізуючи структуру цивільного процесу за ЦПК України 2004 р. В.В. Комаров звертає увагу, що цивільне судочинство є системою проваджень – позовного, наказного та окремого, провадження у справі до судового розгляду. Далі він вказує, що з врахуванням інстанційної судової системи і процесуальних функцій судів різних інстанцій структурно цивільне судочинство як система складається з апеляційного, касаційного провадження та провадження справ у Верховному Суді [1, с. 36]. Автор переконливо доводить, і ми в цьому повністю підтримуємо його точку зору, що позовне провадження є основою цивільного судочинства та правосуддя у цивільних справах. В.В. Комаров визначає провадження цивільного процесу як специфічну конструкцію, морфологічну модель розгляду цивільної справи, що відбиває предметну характеристику цивільного судочинства з точки зору матеріально-правової природи справ, що розглядаються, специфіку доказування фактів як юридико-фактологічну основу справи та результатів розгляду справи, які відбиваються у процесуальних актах – документах [1, с. 44]. З врахування всіх цих факторів відмінність позовного провадження та спрощеного полягає у таких елементах як складність справи і, як виключення, категорія справи.

До прийняття ЦПК України 18 березня 2004 року у теорії цивільного процесу існували підходи, що структура цивільного судочинства складалася із стадій. Як зазначав М.Й. Штефан стадії характеризувалися сукупністю процесуальних правовідносин і дій, об'єднаних найближчою метою [2, с. 30]. В.В. Комаров також звертав увагу на те, що під стадією слід розуміти сукупність процесуальних дій суду, учасників процесу, спрямованих на певну процесуальну мету (порушення справи, підготовка справи до судового розгляду та ін.) [1, с. 44].

О.О. Захарова вказувала на те, що стадії як елемент правозастосовного процесу представляють собою взаємопов'язані та послідовні етапи процесуальної діяльності, які розкривають зміст кожного з етапів провадження. Стадійність цивільного процесу відображає внутрішній взаємозв'язок, проходження одного етапу процесу та здійснення при цьому необхідних і допустимих процесуальних дій.

Далі авторка констатує, що кожне провадження, як правило, незалежно від виду судочинства, має такі стадії 1) аналіз фактичних обставин випадку, що розглядається, до якого слід застосувати норму;

2) вибір правової норми; 3) тлумачення норми права стосовно випадку що розглядається; 4) видання акту застосування обраної норми; 5) здійснення фактичних дій щодо забезпечення реалізації акту застосування норми; 6) перевірка та контроль за фактичним виконанням акту застосування норми права [3, с. 118]. В цьому сенсі можна зробити попередній висновок, що спрощене позовне провадження є похідним від загального позовного провадження і йому притаманні більшість стадій, які є обов'язковими у загальному позовному провадженні.

Ще напередодні змін до цивільного процесуального законодавства, розмірковуючи про сутність спрощеного цивільного судочинства О.С.Ткачук вказував на те, чому виникають складності у визначенні поняття «спрощене провадження». Він звертав увагу на хибність ототожнення «спрощення процедури» із «прискоренням процедури» і виокремлював два чинники, які ускладнюють підходи до визначення: 1) наявність значної кількості різнорідних процедур цивільного судочинства, що мають автентичну специфіку в національних процедурах; 2) неоднозначність термінології, що застосовується для дослідження цього феномену [4]. В основу його висновків покладені підходи що застосовуються у рамках Ради Європи, відповідно до яких одним із способів покращення здійснення правосуддя у розумні строки зі збереженням якості рішень є прискорені провадження, спрямовані на кращу відповідність потребам осіб, які звертаються до суду і спрощені, або примирні процедури, розраховані на розгляд простих або безспірних справ. Прискорені провадження стосуються невідкладних питань і пов'язані із: запобіганням безпосередній небезпеці або непоправній шкоді заявнику; забезпечення доказів; трудовими спорами; справами щодо шлюбних відносин; аліментних зобов'язань; справами, пов'язаними із захистом прав дітей та ін. Спрощені ж процедури є менш витратними, а процес ухвалення рішень щодо них коротший.

Якщо проаналізувати ЦПК України щодо позовного провадження та процедуру спрощеного позовного провадження, окремого провадження, то ми побачимо, що ним передбачено як прискорені процедури, так і спрощені процедури. Прискорені процедури можуть стосуватися деяких категорій цивільних справ, наприклад справ окремого провадження (про примусову госпіталізацію до протитуберкульозного закладу, про розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю, про надання особі всихіатричної допомоги у примусовому порядку). Спрощені процедури також визначаються за предметною ознакою спору (малозначні справи, трудові справи, та будь-які інші, за винятком справ, зазначених у ч. 4 ст. 274 ЦПК України). Спрощення процедури в цих категоріях цивільних справ означає, що не проводиться підготовче засідання та не проводяться судові дебати (ч. ч. 3, 8 ЦПК України). Ми

знов приходимо до висновку, що беззаперечним є той факт, що позовне провадження є першоосною для спрощеного позовного провадження.

Спрощене позовне провадження – це різновид позовного провадження, спрямований на виконання завдань та досягнення мети цивільного судочинства щодо розгляду та вирішення цивільних справ, визначених цивільним процесуальним законодавством за особливою процедурою.

Література:

1. Комаров В.В. Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В.В. Комарова. Харків : Право, 2011. 1352 с.
2. Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс: підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч.закл. освіти. К. : Ін Юре, 2005. 624с.
3. Захарова О.С.Відновлення втраченого провадження: порівняльний огляд процесуального законодавства/ National law journal:theory and practice. 2016. № 6. С. 116–122.
4. Ткачук О.С. Спрощене провадження: правова природа, ознаки, процедура.
URL:https://zib.com.ua/ua/129257sproschene_provadzhennya_ppravova_priroda_oznaki_procedura.html (дата звернення 08.12.2020р.)

ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ МЕХАНІЗМУ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ ЗА ВИКОНАННЯМ РІШЕНЬ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Жукевич І. В.

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри права Університету Короля Данила
м. Івано-Франківськ, Україна*

Запровадження інституту судового контролю за виконанням судових рішень в Україні у цивільному процесі України залишається декларацією, немає, на даний час, дієвого механізму його реалізації. Судовий контроль за виконанням рішень у цивільному судочинстві України мав би сприяти ефективному захисту прав учасників судового процесу, стати одним із засобів своєчасного та повного виконання судових рішень. На перший погляд видається, що зазначене питання стосується адміністративних повноважень і не стосується сфери цивільного процесу, а також відсутністю взаємодії функцій виконавців та суду по здійсненню контролю за виконанням судових рішень. З іншої

сторони, зазначене питання безпосередньо стосується також сфери цивільного процесу, процесуальних повноважень суду, оскільки завершальною стадією судового провадження є виконання судового рішення, яким закінчується розгляд справи і здійснюється захист «порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави» [1].

А тому доцільним є ведення саме судового контролю за виконанням рішення, як логічним завершенням судового процесу, а не тільки винесенням судового рішення.

В цивільному процесуальному законодавстві присутній інститут судового контролю за виконанням судового рішення. Проте, він зводиться тільки до порядку розгляду скарг на рішення, дії та бездіяльність державних та приватних виконавців і тому є недостатньо дієвим, враховуючи практику численних скарг боржників, що, навпаки, сприяє ще більшому затягуванню справи та відтермінування виконання судового рішення.

З цією метою, доцільно розширювати в законодавстві межі здійснення судового контролю за виконанням судового рішення як однієї із процесуальних функцій суду шляхом системного, постійного його здійснення не тільки за зверненнями учасників судового процесу, але й активній ролі суду щодо реалізації цих повноваження.

Національною стратегією розв'язання проблеми невиконання рішень судів, боржниками за якими є державний орган або державне підприємство, установа, організація, на період до 2022 року, яка схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України № 1218-р від 30 вересня 2020 р. серед основних причин виникнення проблем невиконання рішень судів, а зокрема, законодавчих причин, названо недосконалий механізм здійснення судового контролю за виконанням рішень судів щодо стягнення заборгованості. А тому для реалізації Стратегії передбачається запровадження дієвого та ефективного судового контролю за виконанням рішень судів [2].

Як зауважує Йос Уїтдехааг, експерт проекту Ради Європи «Подальша підтримка виконання Україною рішень у контексті статті 6 Європейської конвенції з прав людини» у своїй доповіді про кращі практики та стандарти Ради Європи щодо механізмів судового контролю за виконанням судових рішень, що забезпечення балансу між превентивними (професійні стандарти, тощо) заходами контролю та засобами реагування (засоби правового захисту), що застосовуються судовою системою, дає більш позитивний результати ніж зосередження лише на судовому контролі [3]. Дійсно, важко не погодитись із зазначеним твердженням експерта, розуміючи, що судовий контроль за

виконанням рішень повинен проводитись не заради контролю, а відносно виконання судового рішення.

Спробуємо окреслити деякі шляхи вдосконалення механізму судового контролю за виконанням рішень у цивільному процесі України.

1. Межі поняття «судовий контроль за виконанням рішення суду» мають бути визначені та розширені. Чинна конструкція оскарження рішень, дій та бездіяльності виконавців як єдиної форми судового контролю за виконанням рішень не відповідає конституційним засадам судочинства. Доволі часто боржники використовують зазначену форму з метою затягування виконання судового рішення, а тому можна розглядати її як спосіб зловживання ними своїми процесуальними правами.

2. Доцільно спочатку в ЦПК України внести зміни за аналогією закону ст. 382 КАС України, ввівши до нього спеціальну норму статті – судовий контроль за виконанням судових рішень у цивільних справах. Зазначене положення потрібно закріпити також і в законодавстві України про виконавче провадження.

3. Необхідно вносити зміни до законодавства про виконавче провадження, стимулюючи добровільне виконання рішень судів. Чинної норми щодо самостійного виконання рішень судів у справах про стягнення періодичних платежів бухгалтерією підприємств, установ, організацій є недостатньо.

4. Запровадити медіацію при виконанні судового рішення, яка, на нашу думку, сприятиме спільному добровільному виконанню судового рішення учасниками справи та не потребуватиме «примусового» здійснення судового контролю за виконанням у зв'язку з усвідомленнями ними наслідків своєї поведінки.

5. Обов'язково збільшити суми штрафів до подвійного розміру за невиконання учасниками виконавчого провадження рішень у немайнових спорах за аналогією виконання постанов у справах про адміністративні правопорушення. Невідворотність покарання за невиконане рішення суду має стати важливою частиною забезпечення судового контролю за виконанням рішення суду у цивільному процесі України.

6. Судовий контроль за виконанням рішень судів має стати процесуальною функцією суду, а тому потрібно вносити зміни до законодавства про судоустрій та статус суддів в частині визначення цих функцій судом.

7. Слід реально притягувати осіб до кримінальної відповідальності за ст. 382 КК України – умисне невиконання рішення суду, змінивши суб'єктивну сторону даного злочину з прямого умислу на непрямий, а об'єктивна сторона повинна полягати як у діях так і бездіяльності вчиненого діяння.

8. Є потреба врахувати зарубіжний позитивний досвід застосування зазначеного інституту в Німеччині, Литві, Естонії, інших країнах, де суд не відокремлений від виконання судового рішення і його функції полягають не у «здійсненні контролю за діяльністю державних або приватних виконавців», а «контролю за виконанням судового рішення». Такі процесуальні дії здійснюються або виконавчим суддею, або працівником апарату суду. На сьогоднішній день функцію виконання судових рішень передано до приватних та державних виконавців. Суд не має повноважень щодо безпосереднього виконання судового рішення, а тим більше не застосовує судовий контроль за його виконанням у зв'язку з їх відсутністю. Розгляд скарг на рішення, дії та бездіяльність не є повноцінною формою судового контролю за виконанням рішень у цивільному процесі, оскільки здійснюється за зверненням учасників виконавчого провадження (боржника та стягувача), а це означає, що у не всіх справах, які підлягають виконанню є такі звернення, і тому, судовий контроль за виконанням судових рішень здійснюється у такій формі вибірково та періодично. На нашу, думку, боржника слід позбавити можливостей оскарження рішень, дій та бездіяльності виконавців, а судовий контроль за виконанням рішень слід здійснювати системно у всіх цивільних справах, які розглянуті судом.

9. Продовжити практику застосування електронного судочинства та автоматичної взаємодії Єдиного реєстру судових рішень та Реєстру виконавчих проваджень. Доцільно ввести обліково-статистичні картки невиконаних рішень судів.

10. Посилити конкуренцію державних та приватних виконавців в частині зрівняння останніх з повноваженнями державних виконавців, збільшення чисельності приватних виконавців, чіткого виконання ними положень судового рішення, яке набрало законної сили, дозволити приватним виконавцям виконувати рішення судів, у яких відповідачами є держава.

11. Почати проводити відповідну правороз'яснювальну роботу щодо «поваги» до судового рішення з дитячих садочків, шкіл, коледжів, закладів вищої освіти, з метою формування відповідного рівня правової свідомості громадян щодо принципу обов'язковості судового рішення як найважливішої частини завершення судового процесу.

Таким чином, врахування зазначених пропозицій дозволить посилити судовий контроль за виконанням рішень у цивільних справах та забезпечить реалізацію конституційної норми ст. 129¹ Конституції України і тим самим покращить механізм судового контролю за виконанням судового рішення.

Література:

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення 12.12.2020р.).
2. Розпорядження Кабінету Міністрів України № 1218-р від 30 вересня 2020 р. «Про схвалення Національної стратегії розв'язання проблеми невиконання рішень судів, боржниками за якими є державний орган або державне підприємство, установа, організація, на період до 2022 року» URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1218-2020-%D1%80#Text> (дата звернення 12.12.2020 р.).
3. Новини та заходи. Експертне обговорення на тему: «Щодо впровадження ефективного судового контролю за виконанням рішень національних судів (в контексті виконання рішень Європейського суду з прав людини у справах «Юрій Миколайович Іванов проти України» та «Бурмич та інші проти України»)» URL: <https://www.coe.int/uk/web/kyiv/-/expert-discussion-on-the-implementation-of-effective-judicial-control-over-the-execution-of-national-judgments-in-the-context-of-the-execution-of-the> (дата звернення 12.12.2020 р.).

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПРЕДМЕТА ДОКАЗУВАННЯ У СПРАВАХ, ЯКІ ВИНИКАЮТЬ У ЗВ'ЯЗКУ ІЗ РОЗІРВАННЯМ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ З ІНІЦІАТИВИ РОБОТОДАВЦЯ

Коваленко О. О.

*доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри цивільно-правових дисциплін і трудового права
імені професора О. І. Процевського
Харківського національного педагогічного університету
імені Г. С. Сковороди
м. Харків, Україна*

У світлі сучасних демократичних процесів в Україні, направлених на практичну реалізацію положень Конституції щодо побудови незалежної, демократичної, соціальної, правової держави, визнання людини найвищою соціальною цінністю, реформування трудового законодавства особливої актуальності набувають питання, що стосуються предмета доказування у справах, які виникають у зв'язку із розірванням трудового договору з ініціативи роботодавця. Адже, не зважаючи на процесуальну спрямованість цього питання, не менш важливу роль у окресленні предмету доказування будуть грати норми трудового

законодавства, які визначають ключові моменти як порядку розірвання трудового договору, так і забезпечують захист від незаконного звільнення працівника.

«Доказування є центральним інститутом цивільного процесуального права, що відбиває фундаментальні особливості національної моделі цивільного судочинства. Не дивно, що цей інститут зазнав значних змін у процесі реформування цивільного процесуального законодавства внаслідок конституційної реформи у сфері правосуддя, яка заклала підвалини для нової філософії відправлення правосуддя у цивільних справах» [1].

Щодо розгляду справ про незаконне звільнення з роботи працівника за ініціативою роботодавця діє правило, встановлене ч. 1 ст. 235 КЗпП України, відповідно до якого у разі звільнення без законної підстави, працівник має бути поновлений на попередній роботі органом, який розглядає трудовий спір [2, ч. 1, ст. 235]. Тому, справедливою є думка Ю. С. Шершень, що у розірванні трудового договору за ініціативою роботодавця, звільнення лише за наявності підстав, чітко та остаточно передбачених у чинному законодавстві, є основоположним принципом [3, с. 880]. Відповідно, зазначене дозволяє зробити висновок, що спільним предметом доказування для всіх випадків розірвання трудового договору за ініціативою роботодавця є встановлення наявності або відсутності законної підстави – тобто власне підстави, визначеної в законодавстві.

Що стосується особливостей предмета доказування у справах, які виникають у зв'язку із розірванням трудового договору з ініціативи роботодавця за конкретними підставами розірвання трудового договору, то вони визначаються й окреслюються змістом цієї підстави, сформульованою законодавцем. О.А. Шурина справедливо наголошує, що «найважливішою передумовою винесення судом законного і обґрунтованого рішення у справі про поновлення на роботі у зв'язку із звільненням за ініціативи роботодавця є встановлення судом дійсних обставин справи, оскільки неповнота з'ясування обставин призводить до тяганини і перегляду судових рішень. Спори про поновлення на роботі мають свої процесуальні особливості розгляду у зв'язку із наявністю різних підстав для звільнення. Саме тому для кожного виду важливим є встановлення саме тих обставин, які мають значення для вирішення конкретної справи [4, с. 172].

Відмічаючи загалом достатньо ефективний механізм захисту працівника від незаконного звільнення, що міститься у процесуальному законодавстві, зміст норм трудового законодавства, видається, має бути відкоригованим для досягнення цієї мети.

На нашу думку, законодавство більш захищало б працівника від незаконного звільнення, якщо б у п.2 ст.40 КЗпП України щодо виявленої невідповідності працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок недостатньої кваліфікації, яка перешкоджає продовженню даної роботи було встановлено норму наступного змісту: «роботодавцю забороняється звільнити працівника з роботи за підставами п. 2 ст. 40 КЗпП України, у випадку звернення працівника до суду з оскарженням дій атестаційної комісії», оскільки у судовій практиці вже давно склалось правило, що «висновки атестаційної комісії щодо кваліфікації працівника підлягають оцінці у сукупності з іншими доказами по справі» [5, п. 21].

Також, враховуючи розвиток в Україні соціального діалогу як інструменту до встановлення стабільних соціально-трудових відносин, видається редакцію п. 5 ст. 40 КЗпП України має бути уточнено. Пропонується п. 5 ст. 40 КЗпП України доповнити ч. 2 наступного змісту: «Розірвання трудового договору за цієї підставою допускається у випадку, коли відсутність працівника порушує нормальну діяльність підприємства, а передоручити його роботу іншим працівникам не має можливості».

Такий зміст п. 5 ст. 40 КЗпП України урівноважить інтереси сторін трудового договору і буде одним із заходів, що втілить баланс інтересів сторін трудового договору, такий необхідний зараз у сучасному трудовому законодавстві.

Що стосується справ щодо розірвання трудового договору за додатковими підставами розірвання трудового договору, то в цих випадках до предмета доказування входить встановлення посади чи роботи працівника, бо дані підстави розповсюджують свою сферу дію виключно на тих осіб, що перелічені у пунктах ст. 41 КЗпП України.

Література:

1. Луспенік Д. Доказування у цивільному процесі: що нового у ЦПК та чому суд наділений правом витребування доказів. *Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури*. 11.01.2019. URL: <http://kdkako.com.ua/dokazuvannya-u-civilnomu-procesi-shcho-novogo-u-cpk-ta-chomu-sud-nadileniy-pravom-vitrebuyannya/> (дата звернення: 22.11.2020).
2. Кодекс законів про працю України: Закон України від 10.12.1971 р. № 322-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/322-08/page5> (дата звернення: 22.11.2020).
3. Шершень Ю.С. Значення правового регулювання підстав розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця. *Форум права*. 2011. № 3. С. 877–881. URL: http://lib.univd.edu.ua/?action=publications&pub_id=311453&mid=23&year=2011 (дата звернення: 22.11.2020).

4. Шурин О.А. Предмет доказування у справах щодо поновлення на роботі у зв'язку із звільненням працівника роботодавцем при змінах в організації виробництва і праці (п. 1 ч. 1 ст. 40 КЗпП України). *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право.* 2014. Вип. 28(1). С. 172-175. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILE=&2_S21STR=nvuzhpr_2014_28%281%29_44 (дата звернення: 22.11.2020).
5. Про практику розгляду судами трудових спорів. Верховний Суд України: Постанова від 06.11.1992 № 9. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-92#Text> (дата звернення: 22.11.2020).

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН В УМОВАХ COVID-19

Ковальова Я. Д.

*студентка III курсу факультету № 3
Донецького юридичного інституту
Міністерства внутрішніх справ України
м. Маріуполь, Донецька область, Україна*

Пандемія COVID-19 спричинила безпрецедентні заходи з боку багатьох держав. Значно обмежені як міжнародні, так і внутрішні переміщення громадян. Накладені обмеження на здійснення підприємницької діяльності в ряді сфер. Багато компаній та фізичних осіб-підприємців натрапляють на труднощі під час виконання своїх зобов'язань, які стосуються договорів оренди, постачання, підрядних договорів, кредитного чи лізингового зобов'язань.

З точки зору права пандемія та державні заходи можуть бути розглянуті у наступних моментах: якщо кредитор втратив інтерес у виконанні зобов'язання внаслідок прострочення боржника через події непереборної сили, «форс-мажору», то він, за загальним правилом, може зажадати припинення договору; постійна неможливість виконання зобов'язання боржником через обставини непереборної сили може стати підставою для припинення зобов'язання; істотна зміна обставин може стати підставою для зміни або розірвання договору.

При цьому важливе значення мають положення договору, оскільки в ньому сторони можуть як узгодити додаткові підстави для звільнення

від відповідальності за невиконання зобов'язання або для його зміни чи припинення, так і, навпаки, виключити будь-які підстави.

У статті 617 Цивільного кодексу України допускається звільнити боржників, що несли відповідальність те, що не виконували зобов'язання, якщо особа зможе довести, що дане порушення було скоєне через випадок чи непереборну силу. Однак для такого звільнення необхідна наявність таких властивостей непереборної сили як надзвичайність, невідворотність та нездоланність [1, 2].

Пандемія та заходи з боку держави в принципі можуть бути класифіковані як обставини непереборної сили. Це також підтверджується Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням корона вірусної хвороби (COVID-19)» [3]. Разом з тим, необхідно враховувати наступне:

- самі по собі пандемія і заходи з боку держави ще не означають, що виникли підстави для звільнення від відповідальності за статтею 617 Цивільного Кодексу України – в кожному конкретному випадку необхідно аналізувати, чи призвів «форс-мажор» до неможливості виконання зобов'язання, а також те, яким чином з боку договору розподілили ризики виникнення «форс-мажору»;

- обставина непереборної сили саме по собі лише звільняє від відповідальності за невиконання зобов'язання, але не звільняє від його виконання. Разом з тим, в договорах іноді зустрічаються положення про те, що якщо обставина непереборної сили триває певний період часу, то сторони мають право припинити такий договір;

- у разі виникнення обставин непереборної сили боржник повинен, за загальним правилом, негайно повідомити кредитора про їх виникнення. При порушенні цього обов'язку боржник може, крім іншого, бути зобов'язаний відшкодувати збитки, що виникли у кредитора внаслідок відсутності у нього відомостей про обставини непереборної сили. Разом з тим, оскільки пандемія і заходи з боку держави є загальновідомими обставинами, висновки судів щодо наслідків невиконання обов'язку щодо інформування можуть відрізнятися в кожному конкретному випадку.

- норми про обставини непереборної сили мають диспозитивний характер, та відповідно, певні обставини можуть бути виключені угодою сторін. У зв'язку з цим, в кожному конкретному випадку необхідно аналізувати положення угоди між кредитором і боржником.

Таким чином, ми бачимо, що суди, як правило, досить консервативно ставляться до звільнення від відповідальності за невиконання зобов'язань на підставі статті 617 ЦК України. Однак у даній ситуації, з урахуванням її безпрецедентності та вжиття заходів державних заходів позиція судів може бути іншою.

Література:

1. Цивільний кодекс України від 16.10.2020 року – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>
2. COVID-19 – consequences for treaties subject to English law — URL: https://www.un.org/victimsofterrorism/sites/www.un.org.victimsofterrorism/files/un_-_human_rights_and_covid_april_2020.pdf
3. Оперативна інформація про поширення коронавірусної інфекції 2019-nCoV / Міністерство охорони здоров'я України. – 30 жовтня 2020 року URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/operativna-informaciya-pro-poshirennya-koronavirusnoyi-infekciyi-2019-ncov30102020>

ЩОДО ПИТАННЯ ФОРМАЛІЗАЦІЇ ОЦІНОЧНИХ ПОНЯТЬ В ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ. СИНЕРГЕТИЧНІ ОСОБЛИВОСТІ

Корунчак Л. А.

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри професійних та спеціальних дисциплін
Херсонського факультету
Одеського державного університету внутрішніх справ
м. Херсон, Україна*

У рамках судової реформи 2016 року, основу якої становлять Закон про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) від 02.06.2016 р. та новий Закон «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 р. (далі – Закон), чотирирівнева судова система, яка діяла до того часу в Україні, була перетворена на трирівневу. Згідно з ч. 3 ст. 17 Закону систему судоустрою на теперішній час складають місцеві, апеляційні суди та Верховний Суд, який є найвищим судом у системі судоустрою [1]. У складі Верховного Суду діють чотири суди: Касаційний адміністративний суд, Касаційний господарський суд, Касаційний кримінальний суд, Касаційний цивільний суд, – та Велика Палата Верховного Суду як постійно діючий колегіальний орган (ч. 2 ст. 37, ч. 1 ст. 45 Закону).

Першопочатково редакція ч.2 ст.45 Закону (станом на 02.06.2016 р.) передбачала, що Велика Палата Верховного Суду: 1) у визначених законом випадках діє як суд касаційної інстанції з метою забезпечення однакового застосування норм права касаційними судами; 2) діє як суд апеляційної інстанції у справах, розглянутих Верховним Судом як судом першої інстанції; 3) аналізує судову статистику та вивчає судову

практику, здійснює узагальнення судової практики; 4) здійснює інші повноваження, визначені законом.

У 2017 році, коли з метою уніфікації процесуального законодавства Законом України від 03.10.2017 р. №2147-VIII було прийнято в новій редакції ряд процесуальних кодексів (зокрема, Цивільний процесуальний кодекс України (далі – ЦПКУ) [2], Господарський процесуальний кодекс України (далі – ГПКУ) [3], Кодекс адміністративного судочинства України (далі – КАСУ) [4]), цим же законом були внесені зміни до п. 1 ч. 2 ст. 45 Закону. На теперішній час зазначеним пунктом встановлено, що Велика Палата Верховного Суду у визначених законом випадках здійснює перегляд судових рішень у касаційному порядку з метою забезпечення однакового застосування судами норм права.

Статті 403 ЦПКУ, 302 ГПКУ, 346 КАСУ чітко визначають, що забезпечення однакового застосування правових норм досягається через розгляд справи в складі палати, об'єднаної палати або Великої Палати Верховного Суду. Водночас, зазначені статті також передбачають, що суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії або палати, має право передати справу на розгляд Великої Палати Верховного Суду, якщо дійде висновку, що справа містить виключну правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики (ч.5 ст.403 ЦПКУ, ч.5 ст.302 ГПКУ, ч.5 ст.346 КАСУ). Самі ж поняття «виключна правова проблема», «забезпечення розвитку права», «формування єдиної правозастосовної практики» законодавцем не визначені, що може спричиняти певні труднощі при вирішенні питань, пов'язаних із такою передачею.

Говорячи мовою синергетики, проблема підтримання порядку завжди виступає одним із пріоритетних напрямків будь-якої відкритої системи, у т.ч. і системи цивільного судочинства. В основі такого порядку лежать певні параметри, які організують та держать в динамічній єдності окремі елементи. Чим більш складною та багатомірною є система, тим більш істотними для її еволюції є дискретні одиниці – різні феномени. Наявність оціночних понять при здійсненні провадження завжди буде породжувати хаос в процесі.

Внаслідок комунікативного характеру елементів судочинства при недостатній або нечіткій регламентації порядку процесуальних дій виникатиме проблема подвійної можливості. Кожний із суб'єктів судочинства (зокрема, судді, колегії суддів, палати суду) матиме можливість будувати свою лінію комунікації з власної точки зору. За таких умов комунікація може виявитися або неоднозначною, або неможливою взагалі. Однак, якщо заздалегідь визначити комунікацію із загальної формально окресленої позиції, невизначеність пропадає

і спілкування (прийняття однозначно можливого рішення) стає ймовірним. При цьому відбувається перехід від одних комунікацій до інших. Кожний такий перехід включає в себе декілька етапів: 1) варіацію (процес спроб та помилок), 2) відбір вдалих варіантів, 3) стабілізацію нового рішення (формалізацію оціночного поняття) з поступовою перебудовою системи (встановлення нового однозначно визначеного порядку дій).

Практично здійснити такий перехід (формалізацію оціночних понять) під час здійснення цивільного судочинства можливо або шляхом їх закріплення на законодавчому рівні законодавцем, або безпосередньо Великою Палатою внаслідок узагальнення судової практики.

Література:

1. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. Дата оновлення: 10.12.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text> (дата звернення: 15.12.2020).
2. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 №1618-IV. Дата оновлення: 13.08.2020. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 15.12.2020).
3. Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 06.11.1991 р. №1798-XII. Дата оновлення: 16.08.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1798-12#n3906> (дата звернення: 15.12.2020).
4. Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 06.07.2005 р. №2747-IV. Дата оновлення: 15.08.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#n12293> (дата звернення: 15.12.2020).

ОКРЕМІ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПІДХОДІВ ДО ХАРАКТЕРИСТИКИ МЕТОДІВ ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Котюк О. І.

кандидат юридичних наук,

асистент кафедри цивільного процесу

Інституту права Київського національного університету

імені Тараса Шевченка

м. Київ, Україна

Те, що основним критерієм поділу правових норм на галузі права є предмет і метод правового регулювання є загальноvizнаним, водночас, питання щодо характеристики методів окремих галузей права фактично залишається відкритим, і це у повній мірі стосується й методів цивільно-процесуального регулювання. Слід зазначити, що ця проблема продовжує залишатися актуальною не тільки тому, що питанню цьому вченими приділено уваги недостатньо, а й з огляду на практичну необхідність вдосконалення та підвищення ефективності самого правового регулювання.

Тим часом аналіз наявних результатів досліджень цих питань привертає увагу тим, що висловлені у них висновки вчених хоча й стали традиційними, часто відзначаються спірними з методологічного погляду підходами і насамперед це стосується: 1) визнання наявності єдиного метода правового регулювання як для всієї системи права в цілому, так і для кожної її галузі, зокрема; 2) наявних визначень цих методів, які часто відзначаються суперечливістю і містять логічні помилки; 3) необхідності уточнення й питання про що йдеться – про методи правового регулювання чи методи права, ототожнення яких є хибним; 4) суперечливості та неповноти й запропонованих ознак та структури цих методів, згідно з якими, наприклад, на думку багатьох вчених складовими цього метода є лише такі первинні компоненти як дозволи, приписи і заборони, закріплені у диспозиціях відповідних норм; 5) ігнорування при формуванні вчення про методи правового регулювання їхньої обумовленості не тільки предметом, а й метою та завданнями як кожної галузі права, так і того, за допомогою яких засобів може бути розв'язане кожне з них; 6) практичної відсутності спроб розглядати методи правового регулювання як системне явище; 7) відсутності класифікації цих методів; 8) спірності й висновку, що метод правового регулювання є одним із обов'язкових критеріїв відмежування однієї галузі права від іншої тощо.

Те що, переважна більшість вчених схиляється до висновку про єдність методу правового регулювання як для правової системи в цілому, так і для окремих галузей права, зокрема, проявляється навіть у назвах присвячених цій проблемі монографій та відповідних параграфів у підручниках, у яких йдеться або про «метод правового регулювання» або про «метод права». Адже зумовлений цей підхід не фактичним станом справ, а живучістю традиційних ідеологічних стереотипів, одним з яких загальнонауковою була настанова, щодо того, що єдиним науковим методом розв'язання всіх і теоретичних, і практичних проблем визнавався «метод марксистсько-ленінської діалектики».

Крім того, якщо врахувати, що давньогрецьке слово «methods» означає шлях до чогось, а сучасне поняття «метод» в загальнонауковій літературі тлумачиться і як шлях пізнання, і як система теоретичних положень, принципів, законів, які характеризують досліджуваний об'єкт та процес його пізнання (у цьому значенні функцію методу виконує наука, яка визначає шлях пізнання досліджуваних явищ), і як певна система впорядкованих та взаємопов'язаних дій, операцій, прийомів, що застосовуються для розв'язання пізнавальних та практичних завдань, і як «спосіб», «підхід», «алгоритм», система правил і рекомендацій, вид настанов, вказівок, приписів щодо того як необхідно діяти, щоб досягти певного результату тощо, то уявлення про те, що завдання, які стоять перед відповідною галуззю права можуть бути розв'язані за допомогою одного метода виявиться хибним.

Те, що у правовій науці метод традиційно визначають як «систему специфічних форм, прийомів, способів, застосовуваних державою для регулювання суспільних відносин», також потребує ретельного аналізу та уточнення, тому що це визначення містить логічну помилку. Адже, як відомо, все суще має відповідну форму та зміст і як відповідний засіб може використовуватись відповідним чином чи способом. Не випадково в загальнонауковій літературі в даному контексті йдеться про систему дій, операцій, прийомів, правил, рекомендацій, настанов, вказівок, приписів тощо, а в теорії права не просто про форму, а про процесуальну форму вчинення відповідних дій. Що ж до просто «форми» без визначення її змісту, то нею будь-якого завдання розв'язати просто неможливо. От тому тут був би більш конструктивним підхід, згідно з яким метод, в найзагальнішому розумінні є відповідним засобом, спрямованим на розв'язання конкретного завдання. А для уточнення його характеристики важливою виявляється проблема визначення мети, змісту, форми та способів його використання. Що ж до розв'язання величезної кількості завдань, які стоять перед відповідною галуззю права, то воно можливе лише з використанням системи відповідних засобів, складовою якої є й система методів правового регулювання.

З урахуванням цього логічним є висновок, що кожен вид правового регулювання передбачає і систему відповідних засобів, складовими якої є й система його методів, кожен з яких відзначається відповідним змістом, системою притаманних йому ознак та має власну структуру, що й сприяє вибору для його використання відповідного способу.

В контексті даного дискурсу актуальним є й питання, про які методи йдеться – методи правового регулювання чи методи права? А якщо при цьому врахувати, що право в об'єктивному розумінні є системою норм, яка сама виконує роль відповідного засобу, спрямованого на сприяння реалізації суб'єктивних прав учасників правовідносин, то визнання того, що саме право має якісь методи, тобто, засіб має власні засоби, також виявиться хибним.

З урахуванням цього стає очевидною і проблема суб'єктів застосування відповідних засобів, в тому числі й засобів правового регулювання.

При визначенні системи методів правового регулювання як правило зазначається, що вони зумовлені його предметом. Однак при цьому явно недооцінюється мета та завдання як кожного виду правового регулювання, так і тих завдань, які потрібно розв'язувати на кожній його стадії.

Спірним виглядить і те, що метод правового регулювання окремі вчені зводять до таких трьох «первинних» його способів як дозволи, приписи та заборони, оскільки вони завжди являють собою системою, зумовлену не стільки предметом правового регулювання, як його метою та завданнями в кожному конкретному випадку в цілому, так і необхідністю розв'язання конкретних окремих завдань, які виникають в його ході. Не випадково одні й ті ж методи часто використовуються як в різних видах правового регулювання, так і на різних його стадіях.

Якщо врахувати, що специфіка правового регулювання полягає й у тому, що кожен засіб, який використовується для розв'язання його завдань повинен відповідати вимогам закону і застосовуватись у визначений ним спосіб та згідно з визначеною ним процедурою, то це дає підстави для висновку, що й кожен метод необхідно розглядати як системне явище, що відзначається власною структурою, яка вимагає її врахування як в ході підготовки до його застосування, так і в ході його застосування та використання отриманих з його допомогою результатів, що виявляється особливо актуальним для галузей процесуального права.

Урахування висловлених міркувань дає підстави для висновку, що питання як методів правового регулювання в цілому, так і методів окремих його видів належним чином можуть бути охарактеризовані лише в системі комплексного розгляду таких питань, як: а) поняття, мета та завдання правового регулювання; б) його об'єкт і предмет; в) засоби

правового регулювання та ті завдання, на розв'язання яких завдань вони спрямовані; г) суб'єкти, уповноважені на їх використання; г) способи і особливості процедури їх застосування, фіксації та процесуальних форм використання отримання з їх допомогою результатів; д) механізми юридичного забезпечення належного використання відповідних засобів та отриманих з їх допомогою результатів.

Те, що методи правового регулювання являють собою відповідну систему, зумовлює актуальність потреби їхньої класифікації. Водночас, доктриною єдності метода правового регулювання це завдання просто заперечується.

Що ж до того, що предмет правового регулювання є основним критерієм відмежування однієї галузі права від іншою є безсумнівним, то все ж це не повинне заважати помічати тієї обставини, що сучасна наявність та фактичне узаконення величезної кількості галузей як публічного, так і приватного права дає підстави для сумніву про наявність у кожній з них окремого, власного, властивого тільки для неї методу правового регулювання, а тому ця проблема потребує подальших спеціальних досліджень.

ДОТРИМАННЯ НОРМ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД ПІД ЧАС АРБІТРАЖНОГО РОЗГЛЯДУ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНИХ СПОРІВ

Кравцов С. О.

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри цивільного процесу

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
м. Харків, України*

Для деяких науковців Європейська конвенція захисту прав людини і основоположних свобод та арбітражний розгляд можуть представляти собою дві різні парадигми. ЄКПЛ є міжнародним договором, який має обов'язкову силу для тих держав, які її підписали. У відповідності до ст. 1 ЄКПЛ Високі Договірні Сторони гарантують кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені в розділі I цієї Конвенції. Так, стаття 6(1) ЄКПЛ зобов'язує держави створити судову систему, яка є доступною кожній людині, перебуває під їх юрисдикцією (зобов'язання надати доступ до суду) та забезпечити, щоб судовий розгляд відповідав вимогам незалежності, неупередженості,

справедливості, публічності розгляду та розумності строків (зобов'язання здійснювати правосуддя відповідної якості). На відміну від судового розгляду арбітраж є формою приватного судочинства, яке у відповідній мірі не залежить від держави. Ступінь незалежності буде варіюватися в залежності від ступеня участі держави у формі допомоги та правозастосування, які здійснюються національними судами.

Оскільки Конвенція є міжнародним договором, укладеним суверенними державами і, безсумнівно, має для них обов'язкову силу, питання про можливість застосування може розглядатися з точки зору зобов'язань держав за Конвенцією. Такий же підхід застосовується і Г. Петрохілосом, на думку якого зобов'язання арбітражних судів випливає з міжнародних зобов'язань, покладених на кожну державу [1, с. 153]. Аналогічним чином, С. Бессон зазначав, що, оскільки держави зобов'язані застосовувати положення ЄКПЛ при розгляді ними арбітражного рішення, немає підстав заперечувати відповідний обов'язок арбітрів дотримуватися ЄКПЛ. В кінцевому рахунку кінцева мета арбітражу полягає у приведенні у виконання арбітражного рішення [2].

Отже зобов'язання держав щодо дотримання норм ЄКПЛ прослідковується у таких питаннях:

1. Зобов'язання забезпечувати права і свободи, що захищаються ЄКПЛ, що накладається на держави статтею 1.

2. Зобов'язання національних судів здійснювати нагляд за арбітражним розглядом.

3. Міжнародна відповідальність держав за порушення норм ЄКПЛ під час арбітражного розгляду справ.

Зобов'язання забезпечувати права і свободи відповідно до ЄКПЛ.

Згідно зі статтями 1 і 6 (1) ЄКПЛ в сукупності, держава «забезпечує» кожній людині, що знаходиться під її юрисдикцією, справедливе і публічне слухання в розумні строки незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону. Зобов'язання держави забезпечувати права людини є зобов'язанням, що випливають з цього. Вони користуються широкими дискреційними повноваженнями щодо засобів забезпечення того, щоб їх правова система відповідала вимогам статті 6 (1) ЄКПЛ. Держави можуть приймати закони або інші заходи для виконання своїх договірних зобов'язань. Незалежно від використовуваних засобів держави гарантують досягнення необхідного результату [3, с.162].

Термін захищений, який використовується в статті 1 Конвенції, вказує на те, що зобов'язання держав не вичерпані шляхом створення і організації судової системи та судової процедури відповідно до гарантій статті 6 (1) ЄКПЛ. Гарантії повинні також поширюватися на осіб, які обрали арбітраж як альтернативний спосіб вирішення спорів. Це положення накладає подвійний обов'язок на держави. По-перше,

«обов'язок утримуватися від дій», що означає обов'язок не виконувати або іншим чином не виконувати арбітражне рішення, яке суперечить статті 6 (1) ЄКПЛ. По-друге, «обов'язок приймати позитивні заходи» або «обов'язок діяти», що тягне за собою зобов'язання забезпечувати матеріально-правові норми і засоби правового захисту, необхідні для забезпечення відповідного стандарту статті 6 (1) ЄКПЛ в арбітражному розгляді [1, с. 153].

У справі «Regent Company v. Ukraine» ЄКПЛ застосував це обґрунтування до арбітражного розгляду і прийшла до висновку про те, що відсутність ефективних гарантій для приведення у виконання арбітражних рішень або перешкоджання такому виконанню з боку уряду є порушенням статті 6 (1) ЄКПЛ. Встановивши, що однією з основних причин невиконання владою остаточного рішення була неспроможність державної і керованої компанії, суд постановив, що це не може служити виправданням для невиконання зобов'язань покладених Конвенцією.

Згідно з п. 54 рішення Європейського суду з прав людини в справі «Компанія «Регент» проти України» від 3 квітня 2008 року зазначено, що стаття 6 Конвенції не виключає створення арбітражних судів з метою вирішення спорів між приватними підприємствами. Насправді, слово «суд» у пункті 1 статті 6 Конвенції не обов'язково має розумітися як суд класичного виду, інтегрований у стандартну судову систему держави (див., *inter alia*, «Літгоу та інші проти Великобританії» (*Lithgow and Others v. the United Kingdom*), рішення від 8 липня 1986 року, Серія А, N 102, сторінки 72-73, пункт 201). Також Суд вважає, що арбітражний суд був «судом, встановленим законом», що діяв відповідно до Закону України «Про Міжнародний комерційний арбітраж» від 1994 року, а також внутрішніх процесуальних правил.

Така позиція ЄКПЛ має важливе значення для міжнародного комерційного арбітражу. Оперативність розгляду і остаточність арбітражних рішень є найбільш значимими перевагами арбітражу. Очевидно, що відсутність ефективних інструментів для приведення у виконання арбітражних рішень, включаючи правову базу і дотримання державними виконавчими органами встановлених процедур, негативно позначиться на виборі арбітражу як засобу вирішення спорів [4].

Зобов'язання національних судів здійснювати нагляд за арбітражним розглядом.

Зі статей 1 і 6 (1) Конвенції впливає, що держави повинні здійснювати контроль за дотриманням процесуальних вимог, встановлених відповідно до статті 6 (1) ЄКПЛ в Міжнародному комерційному арбітражному. Важко повірити в те, що держава виконує своє зобов'язання щодо забезпечення права на справедливий судовий розгляд шляхом управління своєю судовою системою відповідно до статті 6 (1)

ЄКПЛ з одного боку, і дозволити арбітражним судам вирішувати спори в приватному порядку на свій розсуд за допомогою будь-яких засобів, наявних в їх розпорядженні, з іншого боку.

Міжнародна відповідальність держав за порушення норм ЄКПЛ під час арбітражного розгляду справ.

Деякі науковці, які стверджують, що арбітражний суд засновується і управляється приватними особами, виключаючи можливість застосування статті 6 (1) ЄКПЛ щодо арбітражного розгляду, часто плутають поняття відповідальності держав з абсолютно окремим питанням основоположного міжнародного зобов'язання держави, порушення якого в свою чергу може спричинити за собою міжнародну відповідальність [1, с. 402]. За такою ж логікою можна сказати, що ЄКПЛ не застосовується до арбітражу з формальної точки зору, щодо механізму, призначеного для забезпечення здійснення права на справедливий судовий розгляд стосовно Договірних держав [5, с. 59].

Незалежно від того факту, що спеціальні норми, що регулюють відповідальність сторін за порушення положень Конвенції, були розроблені, слід також враховувати загальні положення міжнародного права, оскільки порушення міжнародного договору, такого як ЄКПЛ порождує відповідальність держави за принципами міжнародного права.

Відповідальність держав є об'єктивною за своїм характером і виникає в результаті вчинення міжнародно-протиправного діяння. Міжнародно-протиправне діяння передбачає дію або бездіяльність, яке присвоюється державі і призводить до порушення міжнародного зобов'язання [6, с. 451].

Як правило, поведінка приватних сторін не тягне за собою відповідальності з боку держави при відсутності будь-якого конкретного міжнародно-правового зобов'язання. У більш конкретному випадку з арбітражем можна стверджувати, що, підтверджуючи або скасовуюючи арбітражне рішення, державні суди схвалюють його і ризикують викликати міжнародну відповідальність держави. Так, у рішенні ЄСПЛ «R. v. Switzerland» субсидіарний характер державного втручання була виражена у законодавчій базі, що розділила процедурні аспекти на два види: питання, залишені на розсуд сторін, і обов'язкові положення, включаючи процедуру скасування і перегляд, що проводиться судом. ЄСПЛ прийшов до висновку про те, що держава не може нести відповідальність за поведінку арбітрів, за винятком випадків, коли національним судам було запропоновано втрутитися і коли суди могли вжити заходів для виправлення надмірної тривалості арбітражного розгляду. Таким чином, національні суди не займалися цією справою до тих пір, поки позивач не звернувся до них з відповідним клопотанням на підставі невиправданої затримки в арбітражному розгляді. ЄСПЛ зазначає, що суди не можуть нести відповідальність за період,

що передував подачі цього клопотання, яка, на думку заявника, не могла бути задоволена протягом більше семи з половиною років [7].

У справі «R. v. Switzerland» ЄСПЛ заперечував відповідальність держави за порушення, вчинені арбітражним судом – приватним закладом, дії якого не можуть бути поставлені в провину державі. Проте з аргументу про те, що Швейцарія була б визнана відповідальною за порушення, якби процедура скасування не відповідала критеріям швидкого судового розгляду відповідно до Конвенції або якби вона не вжила належних заходів для виправлення незаконно тривалого арбітражного розгляду. Крім того, швейцарське законодавство має вирішальне значення для відповіді на питання про можливість застосування процесуальних норм в галузі прав людини в арбітражі. Мається на увазі, що недоліки в самій законодавчій базі можуть привести до виникнення відповідальності держави за порушення, вчинені арбітри.

Як видається, справа «R. v. Switzerland» суперечить ustalеній практиці контролюючих органів ЄСПЛ щодо відповідальності держав за діяльність приватних юридичних осіб. У зв'язку з цим відповідальність держави поширювалася на поведінку приватних осіб, які не діють від імені держави. Він визнав, що суди штатів здійснюють наглядові функції щодо арбітражного розгляду і, отже, гарантують, що процесуальні дії відповідають правозахисним критеріям справедливого судового розгляду.

Література:

1. PETROCHILOS, Georgios. Procedural law in international arbitration. 1st pub. Oxford : Oxford University Press, 2004, P. 151–164.
2. BESSON, Sébastien. Arbitration and Human Rights. ASA Bulletin [online]. 2006, Vol. 24, No. 3, P. 402. Available from: <http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn26934>
3. JAKSIC, Aleksandar. Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings – A Still Unsettled Problem? Journal of International Arbitration [online]. 2007, Vol. 24, № 2, Pp. 159–171.
4. BYELOUSOV, Pavlo I. The Judgment of the European Court of Human Rights in the Case Regent Company v. Ukraine : Prospects of Further Practice in Cases Related to International Commercial Arbitration. [online]. 24 January 2011.
5. BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Arbitration from Perspective of Right to Legal Protection and Right to Court Proceedings (the Right to Have One's Case Dealt with by a Court) : Significance of Autonomy and Scope of Right to Fair Trial. In : BĚLOHLÁVEK, Alexander J.; ROZEHNALOVÁ, Naděžda (eds.). The Relationship between Constitutional Values, Human Rights and Arbitration. New York : Juris, 2011, P. 59.

6. EVANS, Malcolm D. (ed.). International Law. 3rd ed. New York : Oxford University Press, 2010, P. 451.
7. Decision of the European Commission of Human Rights of 4 March 1987, R. v. Switzerland, Application No. 10881/84.

ЗНАЧЕННЯ ПРИНЦИПІВ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА ТА ОСНОВНІ ПІДХОДИ ДО ЇХ СИСТЕМНОГО ЗАСТОСУВАННЯ В НОРМОТВОРЧІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

Кройтор В. А.

*кандидат юридичних наук, професор,
професор кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ
м. Харків, Україна*

Проблематика значення принципів цивільного судочинства як явища правової реальності займає важливе місце в межах вивчення теоретико-правових аспектів принципів цивільного судочинства. Слід відзначити, що термін «значення» за Академічним тлумачним словником української мови означає: 1. Громадська, політична, історична і т. ін. вага, роль кого-, чого-небудь; важливість. 2. Суть чого-небудь; зміст [1, с. 648]. Відповідно, в цих аспектах і буде розглянуто проблему значення принципів цивільного судочинства та основні підходи до їх системного застосування в нормотворчій діяльності.

В сучасних умовах розвитку судової системи дослідження цієї проблематики набуває особливої актуальності з огляду на поточні процеси вдосконалення цивільного судочинства в Україні вироблення нових шляхів підвищення його якісного рівня, винайдення ефективних механізмів реалізації принципів у практику цивільного судочинства. Як слушно відзначає О. С. Гусак, дослідження питань значення будь-яких явищ і процесів державно-правової реальності потребує ґрунтовного аналізу існуючого стану наукової розробки вказаної проблематики, її критичного осмислення та вироблення конкретних підходів до характеристики його призначення з огляду на поточні процеси трансформації досліджуваного явища або процесу [2, с. 90].

На підставі аналізу доктринального розуміння принципів права та принципів судочинства в дослідженнях вчених-теоретиків і вчених-процесуалістів можемо говорити про те, що сьогодні в юридичній науці склався достатньо традиційний підхід до розуміння значення принципів

цивільного судочинства, який підтримується в цьому дослідженні, шляхом визначення їх функціонального призначення.

А. С. Федіна, розглядаючи цю проблему, зазначає, що функціональний аспект характеристики принципів цивільного процесуального права розкриває їх практичне призначення. Можна констатувати наявність у них двох функцій: внутрішньої та зовнішньої. Внутрішня полягає у впливі на систему цивільних процесуальних норм, що забезпечує її несуперечність і узгодженість. Усі нормативні приписи повинні логічно випливати зі змісту принципів і точно їм відповідати. Всі доповнення і зміни, які вносяться в цивільне процесуальне законодавство, формулюються, насамперед, з принципів галузі. Це дозволяє здійснювати правове регулювання на єдиних засадах і забезпечувати його максимальну ефективність. Реалізуючи внутрішню функцію, принципи цивільного процесуального права як керівні положення обслуговують нормативний масив, і їх вплив на цивільні процесуальні відносини відбувається опосередковано – через умовлені ними конкретні юридичні норми [3, с. 130–131].

Зовнішня функція принципів цивільного процесуального права полягає в безпосередньому регулюванні поведінки суб'єктів цивільних процесуальних відносин, у тому числі, за наявності прогалин і суперечливості норм права. У світлі принципів здійснюється тлумачення норм цивільного процесуального права, що дозволяє суду пізнати дійсний сенс цих норм і правильно їх застосувати, а в кінцевому підсумку – винести законне й обґрунтоване судове рішення [3, с. 131].

Слушною є думка А. М. Колодія, який слушно зауважує, що принципи права є критерієм оцінки права та методологічною основою вдосконалення, тому що саме на засадах принципів оцінюють рівень її ефективності реалізації права, його пізнають і поліпшують [4, с. 5]. Система принципів базується на їх стійкому зв'язку між собою. Реалізуючи ту чи іншу правову норму, необхідно враховувати всі принципи права [5, с. 76]. Таке розуміння значення принципів права більшою мірою підходить і до розуміння функціонального призначення принципів цивільного судочинства, яке виявляється в правотворчій та в правозастосовній діяльності.

У *правотворчій діяльності* принципи цивільного судочинства впливають на зміст норм, що регулюють цивільне судочинство, сприяють систематизації цивільного процесуального законодавства, виявленню і виключенню з нього норм, що дисонують із системою цивільного процесуального права.

Принципи цивільного судочинства є орієнтиром в правотворчій діяльності та зумовлюють перспективи напряму такої діяльності у сфері цивільного судочинства. Принципи цивільного процесуального права є орієнтиром у правотворчій діяльності, що дозволяє удосконалити цивільне процесуальне законодавство, оскільки вся система

права й окремі його норми повинні відповідати визначеним принципам. Законодавець має чітко уявляти центральне місце принципів цивільного судочинства в системі права, первинність норм, які закріплюють принципи цивільного судочинства, системоутворювальний характер принципів, які надалі системно впливають на функціонування цивільного судочинства, закріплюють конкретні вимоги до цивільного судочинства, які можуть стосуватися його форми, змісту, діяльності суб'єктів цивільного судочинства тощо.

Принципи права – його «активні точки», «натхненні початки», виражають головне і вирішальне в його змісті [6, с. 89–90]. У зв'язку з цим принципи цивільного процесуального права доречні лише настільки, наскільки вони відповідають природі цивільного процесуального права, адекватно показують його глибинну сутність [3, с. 126]. Принцип використання правового досвіду в правотворчості «має на увазі, що будь-який новорозроблюваний нормативний акт повинен спиратися на вже відомий позитивний правовий досвід держав і цивілізацій у цілому ... Крім того, шкідливі й небезпечні для суспільного життя революційні нововведення, невідомі юридичній науці і практиці» [7, с. 28].

На нашу думку, у процесі правотворення принципи цивільного судочинства встановлюють вимоги до правотворчої діяльності, яка не може суперечити загальним цінностям (зокрема, справедливості, гуманізму, рівності, добросовісності, розумності тощо); визначають зміст правових норм, які повинні відображати ті цінності, які й містяться у принципах (наприклад, при регулюванні доступності правосуддя в цивільних справах); є своєрідними індикаторами відповідності норм закону праву (якщо норма у законодавчому акті не відповідає принципам права, то можна говорити про її неправовий характер). Принципи цивільного судочинства як такі націлені на перспективне правотворення з огляду на зміни соціальних потреб у цивільному судочинстві.

Принципи цивільного процесуального права здійснюють контроль над цивільним процесуальним законодавством, унеможливають регулювання ним цивільних процесуальних відносин, коли це суперечить основним цінностям, що становлять зміст принципів. Норми цивільного процесуального законодавства не повинні суперечити принципам цивільного судочинства.

Вказані вище аспекти слугували виділенню в правовій науці положення про фільтраційну роль принципів у цивільному процесуальному праві (значення кожного принципу окремо й сукупності всіх принципів у взаємозв'язку як пропускового механізму передбачуваного до розробки і прийняття нового процесуального законодавства), що має на увазі в широкому сенсі реалізацію фільтраційної функції принципів як напрям їх впливу на законотворчу діяльність, в результаті якої мають відбуватися певні, виключно позитивні, зміни у сфері нормативно-

правового регулювання цивільних процесуальних відносин. При цьому можливість настання негативних наслідків зводиться до мінімуму, а в ідеальному варіанті взагалі усувається вже на етапі законопроектної роботи. Отже, реформування внесення змін до чинного цивільного процесуального законодавства має відбуватися виключно в рамках чинної системи принципів цивільного судочинства.

Законодавчий орган країни повинен суворо дотримуватися такого підходу у правотворчій діяльності при внесенні відповідних змін і доповнень у процесуальне законодавство з метою його вдосконалення. Принципи цивільного судочинства є орієнтиром у правотворчій діяльності, дозволяючи удосконалити законодавство, оскільки вся система права та окремі його норми мають відповідати певним принципам. Зазначене правило у правотворчій діяльності законодавця має неухильно дотримуватися при внесенні відповідних змін і доповнень до чинних нормативно-правових актів при вдосконаленні процесуального законодавства [8, с. 26].

Значення принципів цивільного судочинства пов'язується з їх статусом загальнообов'язковості та з їх поширенням, зокрема на законотворчість. Внесені в цивільно-процесуальний закон зміни й доповнення не повинні йти врозрід із вимогами принципів цивільного судочинства.

Література:

1. Словник української мови : в 11 т. Т. 3, К., 1972. 840 с. URL: <http://sum.in.ua/s/znachennja>. (дата звернення: 22.04.2020).
2. Гусак О. С. Принципи судочинства в системі принципів права: теоретико-правові аспекти : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2017. 225 с.
3. Федина А. С. Интегративное понимание принципов гражданского процессуального права. *Вестник ТвГУ. Серия: Право*. 2015. № 2. С. 125–133.
4. Колодій А. М. Конституція і розвиток принципів права України (методологічні питання) : дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 1999. 391 с.
5. Загальна теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. виш. навч. закл. / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. Харків : Право, 2009. 584 с.
6. Алексеев С. С. Структура советского права. М. : Юридическая литература, 1975. 240 с.
7. Воронов А. Ф. Гражданский процесс: эволюция диспозитивности. М. : Статут, 2007. 149 с.
8. Кройтор В. А. Гражданский процесс : учебное пособие для подготовки к зачету и экзамену. 3-е изд., перераб. и доп. Харьков : Эспада, 2006. 238 с.

ПРАВА НА ЗЕМЛЮ І ВОЛОДІННЯ ЗЕМЛЕЮ У ЗЕМЕЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ

Кулинич П. Ф.

*доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент
Національної академії правових наук України,
завідувач сектору проблем аграрного і земельного права
Інституту держави і права імені В. М. Корецького
Національної академії наук України
м. Київ, Україна*

Одним із результатів земельної реформи в Україні, яка здійснюється з початку 90-х років ХХ століття, є формування у земельному праві як галузі правової системи прав на землю. Безперечно основне місце у цій системі належить праву власності. Воно стало домінуючим правом у сфері використання приватними особами земель комерційного (підприємницького) призначення, які включають 75 відсотків земель сільськогосподарського призначення та значну частину земельних ділянок несільськогосподарських категорій земель. В цілому більше половини земельного фонду нашої держави вже перебуває у приватній власності. На наш погляд, Україна наближається до переходу від прискореної реформаційної приватизації земель, яка стимулюється законодавчими та адміністративними заходами, до переходу до ринкового набуття прав приватної власності на земельні ділянки, який є компромісом двох сторін – попереднього власника та нового власника землі – і регулюється переважно договірним правом з включенням у правовий механізм такого переходу притаманних земельному праву публічно-правових засобів впливу на учасників земельних відносин.

Право власності на землю, будучи основним речовим правом на земельні ресурси, визначає систему та зміст похідних від нього земельних прав. До недавнього часу провідне місце серед похідних прав на землю належало праву постійного користування землею, яке регулює безстрокове використання земель державної та комунальної власності головним чином державними та комунальними юридичними особами. Інститут права постійного користування землею успадкований від радянського земельного права, яке базувалося на виключній власності держави на землю. Однак з проведенням приватизації як ключового напрямку земельної реформи в Україні кількість та загальна площа земельних ділянок, які перебувають у постійному користуванні юридичних та фізичних осіб, неухильно зменшується. Більше того, у програмі Кабінету Міністрів України на 2020 рік передбачена розробка та подача на розгляд Верховної Ради України законопроекту про

скасування інституту права постійного користування землею з заміною набутих приватними особами прав постійного користування земельними ділянками правом власності та правом оренди, а для державних і комунальних юридичних осіб – правом оперативного управління та правом господарського відання.

«Звільнене» інститутом права постійного користування землею місце у системі земельних прав найчастіше заповнюється правом оренди, яке пройшло тривалий шлях становлення у процесі земельної реформи і, на нашу думку, наближається до стану позбавлення нормативно-правової зарегульованості. Загалом за кількістю та площею земельних ділянок, які перебувають в оренді, право оренди землі посідає у системі прав на землю в Україні друге місце після права власності. У земельному праві України право оренди землі є найбільш доступним за видами земель, які можуть перебувати в оренді, та колом суб'єктів земельним правом. Суб'єктно-об'єктний склад права оренди землі є найліберальнішим у порівнянні з суб'єктно-об'єктним складом інших прав на землю, включно з правом власності. Практично кожна особа, яка наділена дієздатністю та правоздатністю, має право набути в оренду земельну ділянку з числа тих, що можуть набуватися особами приватного права.

Останніми роками спостерігається набуття земельних ділянок на праві емфітевзису та суперфіцію. Проте ці права є, скоріше, «законодавчою екзотикою», оскільки, по-перше, вони введені у систему земельних прав досить недавно (у 2007 р.), по-друге, поступаються у «конкуренції» з правом оренди землі, яке їх істотно тіснить, та, по-третє, будучи врегульованими головним чином нормами Цивільного кодексу України, емфітевзис та суперфіцій не набули належної правової визначеності з точки зору засад регламентації земельних прав Земельним кодексом України (далі – ЗКУ).

З 2002 р. з введенням у дію чинного ЗКУ застосовується право земельного сервітуту, яке спочатку діяло як право власника (користувача) земельної ділянки з певними недоліками усувати їх за рахунок суміжної (сусідньої) земельної ділянки (право сусідського сервітуту). Після внесення до Кодексу змін правом земельного сервітуту, тобто, правом обмеженого використання чужої земельної ділянки були наділені і інші особи (право особистого земельного сервітуту).

Нарешті, у 2019 р. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні» [2] у ЗКУ введено право довірчої власності на землю. Воно є нетиповим видом права приватної власності на землю. З дня його набуття до довірчого власника переходять усі права та обов'язки власника земельної ділянки в обсязі, необхідному для використання земельної ділянки для забезпечення виконання кредитного

(позикового) договору за участю довірчого власника, а також усі права та обов'язки власника земельної ділянки за раніше укладеними довірчим засновником договорами оренди, емфітевзису, суперфіцію, земельного сервітуту щодо земельної ділянки, яка є об'єктом права довірчої власності. Це право на землю запроваджене у якості інструменту забезпечення виконання кредитних зобов'язань, спрямованого на зменшення до обгрунтованого мінімуму ризиків кредиторів, пов'язаних з поверненням проблемної заборгованості, та створення передумови для зростання обсягів кредитування бізнесу. Отже, право довірчої власності на землю є скоріше способом забезпечення виконання зобов'язання за кредитним договором, який передбачає припинення права власності на земельну ділянку боржника або іншої особи та переходу цього права у обмеженому обсязі до кредитора, що має служити засобом забезпечення прав кредитора на виконання боржником його кредитних (позикових) зобов'язань.

Слід зазначити, що до 2016 р. Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» [1] була передбачена можливість виникнення і ще одного права на землю – права володіння. Однак, у зв'язку з тим, що ні ЗКУ, ні інші законодавчі акти не передбачали таке право, воно було виключене з переліку прав на нерухоме майно.

Проте у науковій літературі висловлена пропозиція щодо доцільності повернення фактичного володіння у законодавство України [3, с. 259]. Так, І.В. Мироненко, досліджуючи випадки фактичного володіння земельними ділянками як об'єктами сусідських земельних правовідносин, пропонує надавати захист і фактичним володільцям ділянок за умови реєстрації такого права у Державному реєстрі прав [4, с. 151]. З такою пропозицією важко погодитись, оскільки в результаті реєстрації фактичне володіння буде трансформоване у титульне.

Водночас ми вважаємо, що феномен володіння землею потребує поглибленого наукового аналізу. На нашу думку, висхідною точкою такого аналізу є дослідження правомочності володіння землею як складової класичної цивілістичної тріади правомочностей власника – володіння, користування та розпорядження. Що стосується землі як особливого виду нерухомого майна, під правомочністю власника щодо володіння нею ми пропонуємо розуміти юридично забезпечену для власника можливість утримувати земельну ділянку як свою власну, позначати її межі не тільки межовими знаками встановленого зразка, а й природними (дерева, кущі) чи рукотворними (тин, рів тощо) об'єктами з метою регулювання доступу на земельну ділянку інших осіб. Правомочність володіння з таким же змістом надається законом і суб'єктам похідних від права власності земельних прав, крім права

земельного сервітуту. Отже, правомочність володіння землею є складовою частиною титульних земельних прав.

Водночас на практиці виникають і відносини фактичного володіння землею, які, на наш погляд, слід розглядати як фактичну можливість утримувати земельну ділянку як свою власну, позначати її межі межовими знаками встановленого зразка, природними чи рукотворними об'єктами з метою регулювання доступу на земельну ділянку інших осіб. Фактичне володіння землею супроводжується і її фактичним використанням.

На наш погляд, фактичне володіння землею доцільно поділяти на два види: законне і незаконне. Можливість законного фактичного володіння землею передбачена ст. 119 ЗКУ (набувальна давність), яка надає громадянину, що добросовісно, відкрито і безперервно користується земельною ділянкою протягом 15 років, але не має документів, які б свідчили про наявність у нього прав на цю земельну ділянку, право звернутися до відповідного органу влади з клопотанням про передачу йому такої ділянки у власність або у користування з наступним оформленням прав на землю.

Крім набувальної давності, законне фактичне володіння землею має місце у випадку набуття особою права власності на жилий будинок, будівлю або споруду, що перебувають у власності, користуванні іншої особи, якщо оформлення прав на землю відбувається неодноразово з оформленням права власності на розташовані на ній споруди (ст. 120 ЗКУ).

На практиці досить часто мають місце випадки фактичного володіння землею, яке кваліфікується як незаконне. В першу чергу мова йде про незаконне зайняття земельних ділянок особами, які не набули на них ніяких прав на них, у тому числі прав набувальної давності. Такі особи притягуються до юридичної відповідальності, а зайняті ними ділянки підлягають поверненню законним власникам і користувачам.

Література:

1. Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». Відомості Верховної Ради України. 2004. № 51. Ст. 553.
2. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні» від 20 вересня 2019 року № 132-IX. Відомості Верховної Ради. 2019. № 46. Ст. 299.
3. Заєць О. І. Законодавчо-правові засади володіння землею в Україні. Часопис Київського університету права. – 2018. – № 2. – С. 257–260.

4. Мироненко І. В. Інститут права сусідства: теоретичні та практичні засади правового регулювання земельних сусідських відносин. Дис. на здобуття наук. ступ. докт. юр. наук. Спеціальність 12.00.06 – земельне право; аграрне право; екологічне право; природо-ресурсне право. Харків : Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2020. 398 с.

ВИДИ ПРАВА ВЛАСНОСТІ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Липка Я. В.

*курсант II курсу факультету підготовки фахівців
для підрозділів превентивної діяльності*

*Науковий керівник: **Резворович К. Р.***

кандидат юридичних наук,

*завідувач кафедри цивільного права та процесу факультету
підготовки фахівців для підрозділів кримінальної поліції*

*Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ
м. Дніпро, Україна*

Питання власності займає особливе місце в державному та приватному житті громадян. Практично кожна людина протягом усього життя стикалася з майновими проблемами. Власність є основою, яка гарантує життєздатність економіки держави, забезпечує існування та розвиток суспільства. Кожен громадянин має право на своє майно. Право власності є закріпленими юридичними нормами, які регулюють і закріплюють суспільні відносини, що виникають внаслідок привласнення матеріальних благ громадянами, юридичними особами та державою та надають суб'єктам рівні права та обов'язки.

Право власності має певне значення, яке полягає в єдності трьох складових: володіння, користування та розпорядження. На зміст майнових прав не впливає місце проживання та місцезнаходження майна. Власник не тільки має право володіти, користуватися або розпоряджатися майном, але й несе певні обов'язки. Зокрема, він зобов'язаний зберігати майно, яке йому належить, якщо інше не встановлено договором або законом. Інститут приватної власності є одним з найважливіших інститутів сучасної держави. Інститут речового права посідає центральне місце в системі цивільного права правової системи України. В Україні статус цієї установи базується на нормативних актах, серед яких основне місце посідає Конституція України [1].

Охарактеризувати право власності можна так:

- зміст права власності виявляється у праві володіння, користування та розпорядження майном, що належить власнику;
- власником речі (майна) може бути будь-яка особа;
- об'єктом, щодо якого здійснюються майнові права, може бути будь-яка річ, наділена індивідуальними характеристиками;
- власник реалізує своє право на річ завжди за власним бажанням та задля власних інтересів.

Право власності розглядається як в об'єктивному, так і в суб'єктивному аспектах. Аналіз права власності виділяє дві сторони: позитивну та негативну. Перша виражає право власника вільно розпоряджатися своєю річчю. У другій його право усунути будь-яку іншу особу від впливу цієї речі.

Характерною особливістю права власності є те, що воно існує саме по собі незалежно від відносин між особами. Право власності набувається на підставах, не заборонених законодавством, зокрема внаслідок правочинів. Право власності вважається набутим законним шляхом, якщо інше прямо не випливає із закону або незаконність набуття права власності судом не встановлена [2].

Право комунальної власності – право територіальної громади володіти, економічно та ефективно користуватися та розпоряджатися на власний розсуд та у власних інтересах майном, що належить йому, як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування. Право приватної власності є недоторканим. Державна власність – форма власності, при якій майно, зокрема засоби та продукти виробництва, належить державі повністю або на основі часткової або спільної власності. Відповідно до ст. 326 Цивільного кодексу України у державній власності є власність, у тому числі кошти, що належать державі Україна. Від імені та в інтересах держави Україна право власності здійснюється відповідно органами державної влади [3].

Таким чином, права власності відіграють ключову роль для суспільства. Беручи до уваги загальновизнані методи захисту цивільних прав та обов'язків, цивільно-правова наука сформувала спеціальні методи захисту цивільних прав та інтересів суб'єктів відносин власності.

Література:

1. Харитонов Є.О. Цивільне право України. Елементарний курс: навч. посібник / Є.О. Харитонов, А.І. Дрішлюк.–Суми: Університетська книга, 2006.–352 с.
2. Доліненко ЛО Цивільне право України: навч. посібник / Л.О. Доліненко, В.О. Доліненко, С.О. Сарновська. – Київ : Кондор, 2006. – 356 с.

3. Цивільне право: підруч. для студ. вищ. навч. закл.: у 2 т./за ред. проф. В.І Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького; Нац. ун-т «Юрид. акад. Україниім. Ярослава Мудрого».–Харків: Право, 2011. – Т. 1. – 2011. – 655 с

A BRIEF COMPARATIVE ANALYSIS OF THE DIFFERENCES BETWEEN CIVIL AND ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

Mikheiev M. V.

*Lawyer, Lecturer at the Department
of Law Enforcement and Anti-Corruption
Prince Vladimir the Great Educational and Scientific Institute of Law
of Private Joint Stock Company «Higher education institution»
Interregional Academy of Personnel Management»
Kyiv, Ukraine*

In order to research the law, it is advisable to compare with civil proceedings with Administrative proceedings. In the legal literature, such comparisons are not common, because it is believed that civil proceedings include proceedings that involve a civil conflict, which consists of material aspects and it is resolved exclusively by civil law.

In general, in civil proceedings we can distinguish three grounds for its onset: civil conflict, civil dispute and civil tort [1].

As a general rule, civil proceedings are associated with the following features:

- they have a substantive nature; most civil cases are heard and decided in court;
- their procedural order of consideration and decision has certain features;
- tasks performed by the court in the consideration and decision have their own specifics;
- they have their own separate system of interrelated civil procedural rights and responsibilities;
- civil procedural actions performed by the subjects, which include the court and the participants in the process are specific;
- objects and subjects and the content of civil procedural relations is special;
- the subject of judicial activity, which stands out in each type of proceedings is special;

– general rules of civil jurisdiction differ from other types of proceedings.

In jurisprudence there are three types of proceedings: lawsuit, order and separate legal proceedings.

Most civil cases are heard in lawsuit litigation.

Characteristic features of litigation are the presence of two parties. In jurisprudence, they are defined as plaintiff and defendant. A dispute has arisen between these parties, which they cannot resolve on their own, so they go to court. In this case, the plaintiff is the first to raise the issue of resolving the legal dispute [3].

In contrast to administrative proceedings, civil lawsuits are initiated only in the presence of a claim. The dispute may exist for some time or may be resolved by alternative means of dispute resolution.

Civil litigation is characterized by the following features: the parties are equal in the process in contrast to administrative proceedings where one of the parties is a government agency or official who makes a decision; a mandatory feature is the presence of a dispute that is related to the property or other personal rights of the parties; the claim must be filed only with the court that decides the dispute, and in administrative proceedings, the decision may be made by government officials; the dispute resolution process is regulated in detail by the norms of the Civil Procedure Code of Ukraine.

In contrast to the civil litigation administrative proceedings may be regulated by separate orders and instructions; the court decision is aimed at protecting the violated right, while in administrative proceedings in the case of a conflict between a citizen and the established rules of law, the decision is aimed at punishment [4].

Another type of civil proceedings is order proceedings. The order proceedings resolve the issue of protection of the right, which undoubtedly belongs to the applicant who filed the application, and the very fact of the offense is indisputable, and thus the guilt of the debtor is recognized as obvious. The basis of order proceedings, as well as lawsuits are substantive legal relations. The opening of order proceedings is carried out after the applicant submits an application to the court.

The characteristic of order proceedings are the following:

the applicant's claims are indisputable, to some extent this coincides with certain rules of administrative proceedings, but the case is heard on the basis of the relevant protocol;

the requirements are supported by relevant evidence, mainly written, which is attached to the application;

the court decides the order proceedings without summoning the applicant and the debtor, there are also certain parallels with the administrative

proceedings, but again it should be noted that in administrative proceedings the issue of imposing a penalty is resolved;

order proceedings provide that the decision is made without a court hearing;

the judge for the execution of the decision on the case issues a special form of the court decision, which is called a court order [5].

The last type of civil proceedings is a separate proceeding. The main task of a separate proceeding is to confirm the presence or absence of legal facts that are of paramount importance for the protection of violated rights and interests of the person. In addition, separate proceedings are conducted in cases where it is impossible for a person to exercise personal non-property or property rights or to confirm the presence or absence of undisputed rights.

A separate proceeding differs in that during its implementation the following aspects can be distinguished:

- in this proceeding there is no dispute about the right;
- there are no parties during the proceedings;
- the initiation of the case occurs after the applicant submits an application to the court;
- there are restrictions on some procedural principles such as dispositiveness, adversarial proceedings and equality;
- procedural features have been established for consideration of these cases [6].

Thus, it can be stated that administrative proceedings differ from civil proceedings in the following criteria:

- in civil proceedings, the parties are equal in the process in contrast to administrative proceedings where one of the parties is a government agency or official who makes decisions and they make decisions on the basis of legislation;
- in civil proceedings, the presence of a dispute related to property or other personal rights of the parties is a mandatory feature, and in administrative proceedings, the presence of a conflict between a citizen and the rules established by the state;
- in civil proceedings, the claim should be submitted only to a court, and only it resolves the dispute, and in administrative proceedings, the decision may be made by government officials or persons who have the right to make appropriate decisions;
- in civil proceedings, the dispute resolution process is regulated in detail by the Civil Procedure Code of Ukraine, in administrative proceedings in addition to the Code of Administrative Offenses, the proceedings may be regulated by separate orders and instructions, which provide for the imposition of penalties for administrative offenses;

– in civil proceedings, the court decision is aimed at protecting the violated right, while in administrative proceedings in the case of a conflict between a citizen and the established rules of law, the decision is aimed for punishment;

– in civil proceedings the applicant's claims are indisputable, ie they cannot be changed in the process of consideration, which to some extent coincides with certain rules of administrative proceedings, but the case is heard on the basis of the relevant protocol;

– in civil proceedings, the requirements are supported by relevant evidence, mainly written, which is attached to the application. The evidence is also used in administrative proceedings, but they can be both oral and written;

– in civil proceedings, the court decides on order proceedings without summoning the applicant and the debtor. in this case there are certain parallels with the administrative proceedings, but it should be noted that the administrative proceedings address the issue of imposing a penalty;

It should be noted that hierarchy is present in both civil and administrative proceedings. In the judicial system, in accordance with the provisions of the Civil Procedure Code of Ukraine, there are proceedings of courts of first instance, appellate proceedings, cassation proceedings, proceedings on review of court decisions by the Supreme Court of Ukraine, as well as proceedings in connection with newly discovered circumstances. Such types of proceedings are also inherent in the administrative process. At the same time, in civil proceedings there are proceedings on appeals against decisions of arbitration courts and on the issuance of writs of execution for the enforcement of decisions of arbitration courts, but these proceedings are also inherent in the economic process.

References:

1. Цивільне право. Конспект лекцій для студентів спеціальності 081 – «Право» денної та заочної форм навчання, Терещук Галина Андріївна. – Луцьк: ЛНТУ, 2017. – 267 с.
2. Цивільний процес (загальна частина) : навч. посібник. – 2-е вид., доп. і перероб. / кол. авт. ; кер. авт. кол. к.ю.н., доц. А.В. Коваленко. – Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ ; Ліра ЛТД, 2017. – 192 с.
3. Васильєва-Шаламова Ж. В., Гуменюк К. П. До питання про поняття сторін як основних учасників цивільного процесу. Актуальні проблеми держави і права (2014). № 74 С. 205–211.
4. Сучасні проблеми адміністративного права та процесу : тези доп. учасників Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Харків, 30 черв. 2017 р.) /

- МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ, каф. адмін.права і процесу ф-ту № 3.– Харків, 2017. – 295 с.
5. Васильев С.В. Порівняльний цивільний процес. Підручник. – К. : Алерта, 2015. – 352 с.
 6. Пружанська Т.П. Особливість судового розгляду справ у різних провадженнях цивільного судочинства: порівняльно-правовий аспект. Право і суспільство № 3 частина 2 (2017). С. 75–78.
 7. Electronic evidence in civil and administrative proceedings. Council of Europe, July 2019. ISBN 978-92-871-8929-5 URL: <https://rm.coe.int/guidelines-on-electronic-evidence-and-explanatory-memorandum/1680968ab5>.

СПЕЦІАЛЬНІ ПРИНЦИПИ ВИКОНАВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Остафійчук Л. А.

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри процесуального права

*Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича
м. Чернівці, Україна*

Успішність реалізації вимог виконавчого документа залежить не лише від чіткості та ясності сформульованих в ньому вимог, а й від того наскільки учасники виконавчого провадження дотримуватимуться принципів виконавчого провадження. Принципи виконавчого провадження розкривають концептуальну ідею (мету) та закріплюють основи механізму примусового виконання юрисдикційних рішень, на підставі чого відбувається формування як відповідного законодавства так і практики. Керівні принципи примусового виконання закріплені в Законах України «Про виконавче провадження» та «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів», які поділяються за двома напрямками – ті, що регулюють процедуру примусового виконання (тобто введення в дію судових рішень, а також інших виконавчих документів, як судових, так і не судових, відповідно до закону), та ті, що визначають правовий статус службовців, відповідальних за примусове виконання. Також, в юридичній літературі виділяють спеціальні принципи виконавчого провадження: «одноособовості прийняття рішення в конкретному виконавчому провадженні», «обов'язковості вимог виконавця», «повного виконання рішення», «безпосередності виконавчої діяльності», «примусового захисту власності та інтересів стягувача», «посередкованості примусового виконання рішень»,

«санкціонованого державного примусу», «недоторканості мінімуму майна, необхідного для існування боржника-громадянина і членів його сім'ї», про які також йдеться в профільних законах. В працях науковців (С. Я. Фурса, С. В. Щербак, В. М. Притуляк, Л. В. Купнова, В. В. Комаров, М. М. Мальський [1], П. В. Макушев [2] та ін.), які досліджували спеціальні принципи виконавчого провадження, підтверджується, що їх явно недостатньо, адже поза увагою законодавця залишилися такі спеціальні принципи виконавчого провадження, як: «заборони процесуальним зловживанням», «ефективності», «компетентності (професіоналізму) виконавців», «передбачуваності», «прогнозованості», «співпраці сторін», що визначені в Рекомендаціях Rec (2003)17 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо примусового виконання, що ухвалені Комітетом Міністрів 9.09.2003 р. на 851-му засіданні засутупників міністрів [3] як обов'язкові. Пропонуємо їх розглянути.

Принцип «заборони процесуальним зловживанням» розглядається в двох аспектах. В першому випадку, держава повинна створити механізм попередження випадків зловживання процедурою примусового виконання однією з сторін, який не повинен розглядатися як перегляд справи. В іншому – передбачати заходи на стримування від процесуальних зловживань або запобігання їм [3]. Однак, в законодавстві про виконавче провадження не встановлено критеріїв визначення зловживань процесуальними правами. Наприклад, під «зловживанням правами в виконавчому процесі» О. М. Кузнець розуміє один із способів реалізації суб'єктами виконавчих процесуальних відносин їхніх матеріальних і (або) процесуальних прав усупереч правам та інтересам інших суб'єктів цих відносин і принципам справедливості, розумності, добросовісності з метою отримання додаткової моральної та (чи) матеріальної вигоди або спричинення шкоди іншій особі (особам) [4, с. 3]. Суб'єктами зловживання під час виконання судових рішень може бути не лише боржник, а й кредитор. В юридичній літературі розглядаються ситуації, де суб'єктом зловживання може бути суд, який може проявляти деяку упередженість щодо питання видачі виконавчого листа в розглянутій ним справі. Актуальним постає питання про можливість зловживання представниками нещодавно створеного інституту приватних виконавців, що, з одного боку, є можливим, але з іншого – сприятиме запровадженню конкуренції у процесі виконання рішень та мінімізує можливості зловживання правами представниками органів державної виконавчої служби [5, с. 124]. Крім цього, процесуальні зловживання можуть бути вчинені при проведенні експертизи вартості майна та аукціонів з продажу арештованого майна шляхом маніпуляцій із заниженням його вартості, накладенням безпідставної заборони вчиняти певні дії (наприклад заборони виїзду за кордон, коли поїздки є службовими відрядженнями і пов'язані із

основним заробітком громадянина) тощо. Мета цих зловживань спрямована на затягування процесу або для інших недобросовісних цілей, а засіб їх вчинення – використання передбачених законом процесуальних прав. Процесуальні зловживання виступають чинником, що дестабілізує правосуддя і створює серйозні перешкоди для виконання остаточного судового рішення, тому законодавство про виконавче провадження потребує внесення відповідних доповнень про заборону зловживання процесуальними правами за аналогією з Цивільним процесуальним кодексом України.

Принцип «ефективності» слід розглядати з одного боку як обов'язок державного та приватного виконавців забезпечувати досягнення необхідних результатів у вирішенні покладених на них завдань при оптимальному використанні публічних і приватних ресурсів, а з іншого – як належне забезпечення державою матеріальними, технічними, фінансовими та інформаційними ресурсами для виконання повноважень державними виконавцями, у тому числі безперешкодного та своєчасного доступу до них громадян.

Принцип «компетентності (професіоналізму) виконавців» напряму взаємопов'язаний із професійною підготовкою виконавців. На сучасному етапі виконавець має мати базові психологічну, фізичну, юридичну та тактико-спеціальну підготовку щодо примусового виконання рішень юрисдикційних органів. Тільки професіонал уміє протистояти агресії, психологічному тиску з боку боржників, уникати конфліктів або знижувати рівень їх напруженості [6] тощо. До виконавців можуть висуватися й додаткові вимоги, наприклад, ними не можуть бути особи, які були звільнені з посад за вчинення дисциплінарного проступку чи особи, які не мають юридичної освіти. Ці фактори однозначно впливають не лише на рівень діяльності конкретного виконавця, а й в цілому на правовідносини у сфері примусового виконання судових рішень.

Принцип «передбачуваності» відповідає на запитання: на скільки державне втручання допустиме в межах демократії? Цей принцип вимагає, щоб «закон» надавав змогу кожному прогнозувати наслідки від вчинення певної дії. Хоча, з абсолютною визначеністю передбачити їх не можливо. Тому що закон, який надає дискреційні повноваження, сам по собі може відповідати вимозі «передбачено законом» за умови, що рамки цих дискреційних повноважень та спосіб їх здійснення прописані з достатньою ясністю, щоб передбачити належний захист від свавілля» [7] (п. 31 рішення ЄСПЛ від 27.03.1996 р. у справі «Гудвін проти Сполученого Королівства» (№ 17488/90)). Отже, принцип виконавчого провадження «передбачуваності» означає, що втручання в приватну сферу має бути тільки у край необхідних випадках і на мінімальному рівні, а при проведенні виконавчих дій, на основі оцінки фактів і обставин кожного

виконавчого провадження, виконавець повинен передбачати наслідки, які можуть спричинити його конкретні дії.

Принцип «прогнозованості» вимагає, щоб «правові норми були чіткими й точними, спрямованими на те, щоб забезпечити постійну прогнозованість ситуацій правовідносин, що виникають» [8] (пункти 41, 46 Звіту). Прогнозованість означає, що закон повинен, коли це можливо, бути оприлюдненим до його виконання і бути передбачуваним у тому, що стосується його наслідків. Тобто має бути сформульований достатньо точно для того, щоб людина могла регулювати свою поведінку [9]. Таким чином, принцип прогнозованості у виконавчому провадженні стосується в основному законодавчої політики у цій сфері та стабільності правових норм, відсутності частого внесення змін до законодавства з питань виконавчого провадження та безкінечного реформування виконавчої служби в Україні.

Незважаючи на відсутність нормативного закріплення *принципу «співпраці сторін»* виконавчого провадження, – він є наслідком загальних засад права: добросовісності, розумності і справедливості. Із цим принципом проявляються моральні та етичні механізми виконавчого провадження, що полягають у внутрішньому переконанні всіх суб'єктів виконавчого провадження надавати допомогу та сприяти одне одному в процесі виконання рішень.

Розглянуті спеціальні принципи виконавчого провадження сприятимуть ефективному та рентабельному примусовому виконанню судових рішень та рішень інших юрисдикційних органів. Відповідно, перелік принципів виконавчого провадження, що визначені в Законах України «Про виконавче провадження» та «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» слід доповнити розглянутими вище.

Література:

1. Мальський М.М. Принципи виконавчого процесу та їх аналіз через призму практики ЄСПЛ. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція*, 2014. № 8. С. 154–157.
2. Макушев П. В. Характеристика та значення спеціальних принципів виконавчого провадження в діяльності ДВС України. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*, 2012. Вип. 3. С. 69–75.
3. Рекомендації № Rec (2003) 17 Комітету Міністрів ради Європи державам-членам щодо примусового виконання, що ухвалені Комітетом Міністрів 9 вересня 2003 року на 851 засіданні заступників міністрів. URL:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_868.

4. Кузнець О.М. Суб'єкти зловживання правами у цивільному та виконавчому процесі: автореф. дис....к.ю.н.: 12.00.03. К., 2016. 23 с.
5. Кравцов С.О., Борилюк Я.П., Яскорський М.О. Окремі аспекти зловживання процесуальними правами у виконавчому провадженні. *Юридичний науковий електронний журнал*, 2019. № 6. С. 121–125.
6. Макушев П. Окремі напрямки вдосконалення організації діяльності виконавчої служби в Україні. *JURNALUL JURIDIC NAȚIONAL: TEORIE ȘI PRACTICĂ*, 2014. URL: <http://www.jurnaluljuridic.in.ua/archive/2014/6/21.pdf>.
7. Рішення ЄСПЛ від 27.03.1996 р. у справі «Гудвін проти Сполученого Королівства» (№ 17488/90). URL: <https://cedem.org.ua/library/sprava-gudvin-protu-velykobrytaniyi/>.
8. Звіт про верховенство закону. Прийнятий Венеціанською комісією на своєму 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25-26 березня 2011 р.). URL: [http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL'AD\(2011\)003rev'rus.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL'AD(2011)003rev'rus.pdf).
9. Калініков О. Уражені в гарантіях. *Закон і бізнес*, 08.12–14.12.2018. №49 (1399). URL: https://zib.com.ua/ua/135610-konstituciya_ne_dopuskae_podilu_osib_za_pravom_oskarzhiti_pi.html.

ПИТАННЯ ЗАХИСТУ КОНФІДЕНЦІЙНОЇ ІНФОРМАЦІЇ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Поліщук М. Г.

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін

*Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ
м. Дніпро, Україна*

Будь-яка декларація прав людини будується з розрахунком на статті, які захищають право на приватне життя та конфіденційність. Це є усталеною практикою та нормою не тільки для окремих визнаних декларацій, але й для усїєї іншої законодавчої бази, як то міжнародної так і державної, бо саме наявність таких норм, в першу чергу, створює передумови здійснення людиною вільного та успішного життя.

З практичної точки зору питання конфіденційності є доволі актуальним та поширеним, оскільки у процесі взаємодії суб'єктів правовідносин виникають випадки, коли одна особа повинна ділитися інформацією з іншою. Прикладами подібних ситуацій є відносини між

роботодавцем та працівником, партнерами, клієнтами і замовниками, підрядчиками та замовниками та інші. Для кожного особиста інформація має певну цінність та значимість, а отже людина прагне захистити її від розголошення та нецільового використання, навіть у випадках, коли таку інформацію мало хто вважатиме приватною або особливо таємною [1].

Вимога захисту приватного життя і конфіденційності закріплюється більшістю законодавчих актів і законів, серед яких Закон України «Про інформацію» (п. 2 ст. 21), Цивільний Кодекс України (ст. 505, 506), Господарський Кодекс України (ст. 36) тощо. Однак, паралельно, виникають конфліктні ситуації з рядом інших вимог, таких як безпека, ефективність, корисність, які закріплені на рівні спеціальних законів і ставлять під загрозу такий захист.

Розглядаючи терміни «приватне життя» та «конфіденційність» можна побачити майже практичну відсутність їх визначень. Найчастіше, приватне життя розглядається як сфера людської життєдіяльності, що полягає в різноманітних відносинах, стосунках, явищах, подіях, що не мають публічного значення, а безпосередньо спрямовані на досягнення особистої мети та задоволення власних інтересів, такі відносини визначаються і регулюються вже само особою, та не залежать від інших факторів із зовні. Ці положення закріплені в таких законодавчих та міжнародних актах, як ст. 32 Конституції України (*Ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України*) [2], ст. 12 Загальної декларації прав людини, ст. 8 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ст. 17 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, ст. 301 ЦК України та ін.

Закон України «Про інформацію» у ч. 2 ст. 11 до конфіденційної інформації відносить відомості про фізичну особу, зокрема, дані про її національність, освіту, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, а також дані про адресу, дату і місце народження. Конфіденційною є інформація про фізичну особу, а також інформація, доступ до якої обмежено фізичною або юридичною особою, крім суб'єктів владних повноважень. За певних випадків, які містяться у Законі України «Про інформацію» в ч. 2 ст. 21, конфіденційна інформація може поширюватись за бажанням (згодою) відповідної особи у визначеному нею порядку відповідно до встановлених нею умов та інших випадках, які може передбачати законодавство [3].

Як відомо, розгляд справ у всіх судах здійснюється усно і відкрито (ч. 1 ст. 6 ЦПК України) [4]. Відкритість забезпечується шляхом доступу до судової діяльності громадськості, а публічність цивільного процесу характеризується можливістю присутності сторонніх осіб на всіх стадіях

цивільного процесу, а також отриманням інформації по конкретній цивільній справі за допомогою різних правових інструментів.

Особам, які беруть участь у справі, належить право на розпорядження інформацією про спірні матеріальні правовідносини, суб'єктами якої вони є. Така інформація направляється до суду для усунення конфлікту, для захисту порушених або оспорюваних прав, свобод і охоронюваних законних інтересів, і перебуває в матеріалах цивільної справи. Однак, суд не має права самостійно розпоряджатись наданою інформацією по справі, що в першу чергу, стосується даних осіб. Винятки є, але вони поширюється лише на випадки, які встановлені законом або це можуть бути судові акти, винесені по суті справи.

Також, важливим питанням є збереження конфіденційної інформації, а саме є потреба у чіткому визначенні того, яка саме інформація має набувати такий статус, порядок прийняття рішень щодо її використання, коло осіб, які зможуть мати доступ до такої інформації, умови її нерозголошення та можливі наслідки відповідальності у разі порушення такого зобов'язання.

Отже, відкриття конфіденційної інформації може здійснюватися між судом і особами, які беруть участь у справі, а також між судом і зацікавленими особами, як правило це все відбувається «всередині» цивільного процесу. У першому випадку відсутні підстави щодо обмежень і винятків відкритості судочинства, у другому випадку вже можна говорити про виключення та обмеження зазначеного принципу.

Слід звернути увагу і на те, що за клопотанням осіб, які беруть участь у справі можливе проведення закритого судового засідання. Однак, у тому разі, якщо вказані особи зможуть довести і переконати суд, що можливе розголошення відомостей про інтимні чи інші особисті сторони життя цих осіб або відомостей, що принижують їх честь і гідність (ч. 3 ст. 6 ЦПК України) [4]. Вирішення клопотання покладається на розсуд суду і воно може мати як позитивну, так і негативну сторону, яка виражається у постанові ухвали про відмову у задоволенні клопотання. Вказана ухвала не підлягає оскарженню, а отже інформація, яку особа вважала конфіденційною буде відкрито оголошено у судовому процесі і потрапить за межі суду, що в певних випадках негативно відобразиться на вказаних особах.

У ряді закордонних держав існує досвід щодо укладення угоди між сторонами спору про конфіденційність. Ця угода не виходить за рамки диспозитивних засад національного цивільного процесу і передбачає ряд важливих питань при дотриманні яких забезпечується конфіденційність інформації, зберігається баланс між публічними та приватними інтересами судочинства та найголовніше дотримується повноцінний захист прав та інтересів сторін [1].

Однак, аналіз судової практики в нашій державі свідчить, що сторони часто не приділяють достатньої уваги нормативному та договірному врегулюванню питання конфіденційності інформації, що призводить до певного ряду проблем і складнощів при розгляді судом спору по суті. Доведення фактів отримання такої інформації, її несанкціонованого використання є переважно непростю задачею, тому варто до цього підходити підготовленим, здійснювати облік та фіксацію до виникнення спірних ситуацій.

Література:

1. Конфіденційна інформація. Законодавство. Судова практика. *ЛІГА. Блоги*. URL: <https://blog.liga.net/user/asereda/article/28368> (дата звернення: 11.11.2020)
2. Коституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. ст. 141 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 12.11.2020)
3. Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 № 2657-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. ст.650. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12#Text> (дата звернення: 12.11.2020)
4. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.04.2004 № 1618-ІV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40-41, 42. ст. 492 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення: 13.11.2020)

ОКРЕМІ ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ КАТЕГОРІЙ «СУБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА» ТА «УЧАСНИК ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВОВІДНОШЕННЯ»

Рябченко Ю. Ю.

*доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри цивільного права та процесу
Університету державної фіскальної служби України
м. Ірпінь, Київська область, Україна*

Захист суб'єктивних приватних прав, свобод, законних інтересів є однією з найважливіших функцій сучасної правової держави. Людиноорієнтовна спрямованість сучасної держави зумовлює визначення

людини як основної цінності у правовій системі. Зазначене повною мірою стосується також сфери діяльності судової влади

Усталеною у сучасній доктрині теорії права є позиція щодо більш широкого характеру категорії суб'єкта права порівняно із категорією «учасник правовідношення». Ю. К. Толстой виділяє три рівні впливу права: визначення можливості перебувати у правовому обігу; сфера вчинення дій, спрямованих на виникнення конкретних правовідносин, але за відсутності самих правовідносин; сфера конкретних правовідносин між суб'єктами [1, с. 4]. За такого підходу категорія «суб'єкт права» постає родовою стосовно категорії «учасник правовідношення», і більш широкою, що охоплює її.

Огляд літератури щодо проблемних питань учасників цивільного процесу дає підстави стверджувати, що наприклад стосовно представника мають місце прогалини правового регулювання щодо: участі у справі кількох представників, закріплення власне визначення представництва в чинному Цивільному процесуальному кодексі України від 18.03.2004 р. № 1618-IV (далі – ЦПК України) [2], суб'єктів права на участь у справі через представника, участі представника в окремих видах проваджень у суді першої інстанції тощо [3, с. 29, 55]. Попри внесення істотних змін до ЦПК України починаючи з кінця 2017 року вказане продовжує залишатись актуальним.

Ці та інші проблемні питання, що виникають під час застосування норм цивільного процесуального права, свідчать про необхідність оновлення наукових поглядів щодо визначення учасників цивільного процесу, удосконалення загальних положень щодо них. Останнім часом аналітичних робіт, присвячених загальним положенням щодо учасників цивільного процесу, майже не видавалося. У більшості наукових досліджень розглянуто вказані питання лише в межах конкретної проблематики.

Зазначимо, що категорія «суб'єкт права» може вивчатися лише у контексті правовідносин, які ним породжені і в межах яких він існує. Проте необхідно врахувати взаємозв'язок між соціальним змістом і юридичною формою морфологічної побудови юридичної конструкції категорії «суб'єкт права», що проявляється через її гуманістично-орієнтовані елементи, що беруть витоки з концепції людиноцентризму і проявляють свою дію у характерних особливостях динаміки процесуальних явищ. Аналогічне можна стверджувати також стосовно суб'єкта цивільного процесуального права. Тому можна вказувати про взаємозалежність, взаємозв'язок і взаємовплив між категоріями «суб'єкт права» та «суб'єкт цивільного процесуального права», які у широкому сенсі співвідносяться як «загальне і особливе» [3, с. 35–37].

Закріплення Конституцією України положення щодо визнання людини найвищою соціальною цінністю, курс на зближення права

України із європейськими правовими цінностями зумовлює розвиток відповідних підходів у наукових дослідженнях. Р.А. Майданик пропонує змістити акценти на забезпечення прав людини, розвиток їх гарантій у напрямі забезпечення реальних можливостей їх реалізації [4, с. 163]. Такі напрями удосконалення правової системи зумовлюють актуальність постановки питання про сучасну парадигму у правовій доктрині та про відповідний розвиток методологічних підходів. А.О. Фальковський, характеризуючи парадигму праворозуміння у національній правовій доктрині, визначає її як аксіологічну. Аксіологічна парадигма визначається найбільш загальною світоглядно-теоретичною моделлю, що в своїй основі має широкий спектр ціннісних підходів та визначається широким визнанням у сучасному науковому дискурсі. Саме аксіологічна парадигма зумовлює звернення до ціннісної проблематики у розкритті будь-яких явищ, що підлягають дослідженню. Друге значення – аксіологічною парадигмою вважається певний тип праворозуміння, а саме – нормативно-ціннісний [3, с. 44–45; 5, с. 12].

Отже, зміст категорії «суб'єкт цивільного процесуального права» виходить за межі участі особи у конкретних процесуальних правовідносинах. Сучасна парадигма праворозуміння суб'єкта цивільного процесуального права ґрунтується на концепції людиноцентризму, що впливає з необхідності проникнення природно-правових підходів у національну доктрину цивільного процесуального права. Указане зумовлене сприйняттям суб'єкта цивільного процесуального права як багатоаспектного явища, що в підсумку підкреслює соціально-правову цінність суб'єкта як відправної точки цивільних процесуальних правовідносин [3, с. 44–45]. Наведене узгоджується із загальноконституційним підходом щодо забезпечення прав і свобод людини як пріоритетного напрямку розвитку діяльності держави, а також зумовлює необхідність побудови гарантій реалізації прав, свобод, законних інтересів як таких, що належать саме суб'єкту цивільного процесуального права, а не учаснику цивільного процесуального правовідношення.

Література:

1. Толстой Ю. К. К теории правоотношения. Л.: Издательство Ленинградского университета, 1959. 88 с.
2. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. *Офіційний вісник України*. 2004. № 16 (07.05.2004). Ст. 1088 (із змінами).
3. Рябченко Ю. Ю. Суб'єкт цивільного процесуального права у сучасній парадигмі права: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Харківський національний університет ім. В. Н. Каразіна. Х., 2018. 450 с.

4. Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. Х. : Право, 2008. Т. 3: Цивільно-правові науки. Приватне право / за ред. Н. С. Кузнецової. 640 с.
5. Фальковський А. О. Аксиологічний підхід в методології сучасної юриспруденції: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12. Нац. університет «Одеська юридична академія». Одеса, 2011. 19 с.

ЕКСПЕРТ З ПИТАНЬ ПРАВА ТА ЙОГО ПРОЦЕСУАЛЬНА ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Сібільов Д. М.

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного процесу*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
м. Харків, Україна*

Сучасна редакція Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), прийнята у жовтні 2017 року, передбачає можливість участі у цивільних справах експертів з питань права. Аналогічні норми одночасно з'явилися також у Господарському процесуальному кодексі України та Кодексі адміністративного судочинства України.

Ст. 65 ЦПК України відносить експерта з питань права до інших учасників судового процесу [1].

Згідно із ст. 73 ЦПК України як експерт з питань права може залучатися особа, яка має науковий ступінь та є визнаним фахівцем у галузі права. Рішення про допуск до участі в справі експерта з питань права та долучення його висновку до матеріалів справи ухвалюється судом.

Експерт з питань права зобов'язаний з'явитися до суду за його викликом, відповідати на поставлені судом питання, надавати роз'яснення. За відсутності заперечень учасників справи експерт з питань права може брати участь в судовому засіданні в режимі відеоконференції.

Експерт з питань права має право знати мету свого виклику до суду, відмовитися від участі у судовому процесі, якщо він не володіє відповідними знаннями, а також право на оплату послуг та на компенсацію витрат, пов'язаних з викликом до суду.

Відповідно до ст. 114 та 115 ЦПК України учасники справи мають право подати до суду висновок експерта у галузі права щодо:

1) застосування аналогії закону чи аналогії права; 2) змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним або загальноприйнятим

тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі.

Висновок експерта у галузі права не може містити оцінки доказів, вказівок про достовірність чи недостовірність того чи іншого доказу, про переваги одних доказів над іншими, про те, яке рішення має бути прийнято за результатами розгляду справи.

Висновок експерта у галузі права не є доказом, має допоміжний (консультативний) характер і не є обов'язковим для суду.

Суд може посилатися в рішенні на висновок експерта у галузі права як на джерело відомостей, які в ньому містяться, та має зробити самостійні висновки щодо відповідних питань.

Таким чином, обсяг правового регулювання правосуб'єктності цих суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин спрямований на закріплення самостійного статусу експертів в галузі права та ролі відповідних експертиз під час розгляду цивільних справ.

Слід зазначити, що вимоги до експертів в галузі права є, з одного боку, суто формальними, а з іншого боку спираються на категорії, що не мають чіткого юридичного забарвлення. Так, з одного боку, це може бути особа, яка має науковий ступінь (за загальним змістом закону – у галузі права). Це суто формальний момент і він є ясним і чітким. Але з іншого боку, це також одночасно повинна бути особа, що є визнаним фахівцем у галузі права. Очевидно, що цей критерій не може спиратись на суто юридичні підстави і тлумачитись може по-різному. Так, Н.О.Коротка звертає увагу, що можливо така особа повинна пройти відповідну підготовку та отримати кваліфікацію експерта з питань права [2, с. 98]. Таке тлумачення може бути достатньо варіативним як з боку учасників справи, так і з боку суду. Такої варіативності і підстав для різночитань немає тоді, коли мова йде про звичайного експерта в рамках цивільного процесу, оскільки ст. 72 ЦПК України зазначає, що експертом може бути особа, яка володіє спеціальними знаннями, необхідними для з'ясування відповідних обставин справи. Ця варіативність інтерпретації не іде на користь процесу і підстави для участі у справі експерта у галузі права повинні бути формалізовані.

С.В.Черноп'ятов зазначає про певний дуалізм у термінологічному порівнянні експерта та експерта з питань права [3 с. 89]. Дійсно, експерт в галузі права розглядається законом як самостійний суб'єкт цивільних процесуальних правовідносин, він не є різновидом судового експерта. Так само і експертизи у галузі права не розглядаються як різновиди звичайних судових експертиз, вони законом взагалі не віднесені до засобів доказування, про що зазначає пункт другий частини другої ст. 76 ЦПК України. А висновок експерта у галузі права, як зазначалося вище, не є доказом. З іншого боку, хоча висновок експерта у галузі права не розглядаються ЦПК України як засіб доказування, він

може мати інформаційний вплив на судову справу, допомагаючи суду скласти думку щодо справи і відобразити її в судовому рішенні. Як зазначає А. Штефан, висновок експерта у галузі права не містить дослідження, яке стосується обставин справи, і є джерелом не доказової інформації, а відомостей, які можуть бути необхідними для кваліфікації судом правовідносин сторін [4, с. 23].

Закон зазначає, що висновок експерта в галузі права не є обов'язковим для суду. Водночас цікаво порівняти такий підхід з правилами частини другої ст. 89 ЦПК України, яка зазначає, що жодні докази не мають для суду заздалегідь встановленої сили. Суд оцінює належність, допустимість, достовірність кожного доказу окремо, а також достатність і взаємний зв'язок доказів у їх сукупності. В цьому розумінні результати звичайної судової експертизи також не є обов'язковими для суду, що розглядає цивільну справу. Але, як вбачається, думка законодавця полягала в тому, що висновок експерта в галузі права не обов'язковим для суду в тому розумінні, що суд не повинен давати йому оцінки, як іншим засобам доказування, в тому числі і звичайній судовій експертизі.

Системний аналіз змісту ст. 73, 114 та 115 ЦПК України дозволяє зробити висновок щодо можливості проведення експертизи в галузі права як за ініціативою учасників справи поза рамками справи з наданням відповідних матеріалів суду, так і за ухвалою суду в процесі розгляду.

Висновок експерта в галузі права може стосуватись лише питань застосування аналогії закону чи аналогії права, а також змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі. Це правило спирається, зокрема, на ст. 8 Цивільного кодексу України [5], де зазначено, що якщо цивільні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону). У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права).

Можна також послатись на ст. 10 Сімейного кодексу України, де зазначено, що якщо певні сімейні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами або домовленістю (договором) сторін, до них застосовуються норми цього Кодексу, які регулюють подібні відносини (аналогія закону). Якщо до регулювання сімейних відносин неможливо застосувати аналогію закону, вони регулюються відповідно до загальних засад сімейного законодавства (аналогія права). Це кореспондується із частиною дев'ятою ст. 10

ЦПК України, що зазначає про те, що якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права).

Вважаємо, що аналогія закону чи аналогія права можуть стосуватись лише питань застосування норм матеріального права і не можуть стосуватись питань застосування норм процесуального права, де суд в будь-якому разі залишається компетентним.

Існує потреба в подальшому удосконаленні інституту експерта в галузі права та окремих аспектів застосування правових експертиз. Це повинні бути більш чіткі вимоги до осіб, які можуть бути експертами в галузі права, з прив'язкою до реального практичного стажу; можливість проведення додаткової та повторної експертизи в галузі права; можливість проведення комісійних експертиз в галузі права; можливість залучення іноземних фахівців в галузі права як експертів тощо.

Доцільним є прийняття окремого Закону України «Про правові експертизи», який би врегулював ці питання і деякі інші, встановивши універсальні підходи для застосування експертиз в галузі права під час здійснення судами правосуддя.

Література:

1. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV / *Відомості Верховної Ради України*. 2004 р., № 40, / 40-42 / Ст. 492.
2. Коротка Н.А. Цивільно-правовий статус експерта з питань права та його висновок у галузі права як засіб доказування у цивільному процесі. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2018. Серія Право. Випуск 53. Том 1. С. 97–100.
3. Черноп'ятов С.В. Деякі проблеми позитивного національного правового регулювання участі експерта з питань права у цивільних судових процесах. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 6. Том 1. С. 88–91.
4. Штефан А. Висновок експерта у цивільному судочинстві. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2018. № 2. С. 16–28.
5. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV / *Відомості Верховної Ради України*. 2003 р. № 40. Ст. 356.
6. Сімейний кодекс України: Закон України від 10 січня 2002 року № 2947-III / *Відомості Верховної Ради України*. 2002 р. № 21. Ст. 135.

КРИТЕРІЙ ВИЗНАЧЕННЯ ЦИВІЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ У СПРАВАХ ПРО ЗАХИСТ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ПОДРУЖЖЯ

Скіченко А. А.

*аспірантка кафедри цивільного процесу
Інституту права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
м. Київ, Україна*

Визначення предметної цивільної юрисдикції на практиці виникає дуже часто. На думку окремих дослідників, проблеми визначення судової юрисдикції це нормальне явище, бо врегулювати таке питання на законодавчому рівні, визначивши чіткі критерії й процедури, неможливо [1]. Не заперечуючи в цілому вказану тезу, все ж не можна не звернути увагу на те що цивільна юрисдикція визначена законодавцем як основна щодо вказаної категорії справ, крім справ, розгляд яких здійснюється в порядку іншого судочинства (ч. 1 ст. 19 ЦПК України).

Перш ніж перейти до аналізу основного критерію визначення судової юрисдикції у справах про захист немайнових прав подружжя, важливо розглянути в ретроспективі окремі аспекти різного визначення поняття підвідомчості, що тривалий час відбувалися у наукових вітчизняних часописах та причини, що спонукали законодавця запровадити предметну юрисдикцію в ЦПК України. На нашу думку, важливість такого підходу полягає в глибокому та всебічному дослідженні цього правового явища вченими-процесуалістами радянської школи та вченими України в новітні часи. Не ототожнюючи юрисдикцію та підвідомчість, все ж не можна не помітити в певній мірі використання вченими, при дослідженні цих питань, однакових за змістом та сутністю категорій.

Поняття підвідомчості, як правило, не викликає жодних питань в науковій юридичній літературі, окрім, можливо деяких визначень мовних категорій, наукових понять, їх ототожнення тощо. В свій час М.Й. Штефан розглядав підвідомчість крізь призму розмежування компетенції органів держави, а компетенцію суду в здійсненні правосуддя як розгляд і вирішення визначеної певної категорії питань або підвідомчість судових органів. Зазначається, що підвідомчість необхідно розрізняти крізь призму того чи іншого юрисдикційного органу, оскільки право вирішення цивільних справ за законодавством України надано не тільки судовим, але й іншим органам держави, громадським організаціям, змішаним органам, третейським судам. Вказаний автор ототожнював категорії «судова юрисдикція» та «підвідомчість судових органів» [2, с. 171]. Енциклопедичні джерела також розглядають підвідомчість як розмежування компетенції органів держави та

недержавних суб'єктів [3, с. 535]. Інша група авторів дещо інакше розглядає співвідношення категорій «цивільна юрисдикція» та «підвідомчість цивільних справ». Звісно, це категорії різного рівня узагальнення правових явищ, але в обох випадках дослідники аналізують однієї ті самі правові питання, зокрема, С.С.Бичкова вказує, що поняття «цивільна юрисдикція» означає компетенцію відповідних юрисдикційних органів по розгляду цивільних справ, а властивість цивільних справ, за допомогою якої їх розгляд і вирішення віднесено законом до компетенції відповідного юрисдикційного органу є підвідомчістю цивільних справ [4, с. 93]. Видається, що у вище наведеному випадку спроба розмежувати категорії «цивільна юрисдикція» і «підвідомчість цивільних справ» невдала, оскільки, на нашу думку не вказано формалізований критерій такого розмежування.

Розмірковуючи про закріплену в Конституції України доктрину необмеженості (зараз обмежена – А.С.) юрисдикції судів В.В.Комаров приходить до висновку, що інститут підвідомчості за своєю сутнісною природою не відповідає Конституції України, оскільки вона закріпила необмежену юрисдикцію судів, а конструкція підвідомчості ґрунтувалася на засадах поділу юрисдикції, тобто коли справи розглядалися багатьма юрисдикційними органами, а не лише тільки судом [5, с. 477]. Дійсно, в минулому за ЦПК України 1963 р. розмежування повноважень між судами та іншими органами по захисту цивільних справ було регламентовано нормами інституту судової підвідомчості крізь призму перелічених правовідносин, певного суб'єкту, за винятком випадків, коли вирішення таких спорів відносилось законом до відання інших органів. Однак питання судової підвідомчості не зникло в зв'язку з закріпленням в Конституції вказаної доктрини, хоча б тому, що нормативно в законодавстві України функціонує визначена підвідомчість справ юрисдикційних органів, що мають на меті захист прав особи, зокрема захист немайнових прав подружжя.

В правозастосовній діяльності чітко сформувався підхід до визначення юрисдикції за предметом, суб'єктом і прямою вказівкою у законі. Але, на думку В. Князева, судді Верховного Суду такі підходи вже втрачають свою актуальність [1]. Зокрема, вказаний суддя звертає увагу на пріоритетність критеріїв при розмежуванні у діяльності суду. Якщо в законі визначено, в межах якої юрисдикції має розглядатися спір, то це застосовується першочергово, лише потім – всі інші критерії. У практиці ВП ВС головним підходом при визначенні юрисдикції є предмет спору. На нашу думку, за предметом спору розглядувана категорія справ не може мати пріоритет у визначенні судової юрисдикції без врахування або визначання суб'єкта. Так, при вирішенні правового спору, наприклад, про зміну прізвища домінуючу роль у

визначенні судової юрисдикції бути мати визначення відповідача як суб'єкта владних повноважень. В той же час, правовий спір в родині про зміну прізвища визначається крізь призму приватно-правових відносин і має бути вирішеним в суді цивільної юрисдикції. Власне цей, другий критерій розмежування судової юрисдикції визначається крізь призму публічних чи приватно-правових відносин – справедливо зазначає В. Князєв [1].

Видається, що необхідно чітко розмежувати право на захист цивільних прав у матеріальному і процесуальному значенні. В рамках цивільного процесуального права реалізація права на захист у суді здійснюється в межах визначених процесуальних процедур. Процесуальні правовідносини виникають з моменту звернення до суду за захистом порушеного, оспорюваного немайнового права подружжя. Критерії юрисдикції цієї категорії справ судам цивільної юрисдикції або ознаки таких справ визначаються нормами матеріального права. В літературі справедливо зазначається, що на відміну від матеріальних правовідносин до змісту цивільних процесуальних правовідносин входять не лише процесуальні права та обов'язки суб'єктів, але й процесуальні дії з реалізації цих прав та обов'язків [6, с. 48]. Відповідно до ст. 4 ЦПК України кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутись до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів. Відповідний захист відбувається лише після звернення особи до суду. З цієї обставини можна дійти висновку про самостійність суб'єктивного цивільного права на захист немайнових прав подружжя та суб'єктивного цивільного процесуального права вимагати захисту порушеного суб'єктивного матеріального права. Зазначені суб'єктивні права сприяють рівною мірою захистові немайнових прав подружжя та є визначальними у правильному встановленні судової юрисдикції цієї категорії справ. Відмінність суб'єктивного процесуального права на захист від суб'єктивного права на цивільний захист полягає в тому, що в першому випадку таке право є самостійним, тоді як в другому випадку суб'єктивне право на цивільний захист – складова частина суб'єктивного немайнового певного права подружжя.

Література:

1. Про критерії розмежування судової юрисдикції розповів суддя ВС. Закон і Бізнес 21.04.2020 URL: https://zib.com.ua/ua/142344-pro_kriterii_rozmezhuвання_sudovoi_yurisdikcii_rozpoviv_sud.html (дата звернення 10.12.2020р.)
2. Штефан М.Й. Цивільний процес. Підручник. К. : Ін Юре. 1997. 454 с.

3. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол. : Ю.С.Шемшученко (голова редкол.) та ін. К. : «Укр. Енцикл.». 1999. Т. 4. 824 с.
4. Безлюдько І.О., Бичкова С.С., Бобрик В.І. та ін. Цивільне процесуальне право України: Навчальний посібник / За заг. ред. С.С.Бичкової. К. :Атіка. 2006. 384 с.
5. Комаров В.В. Новелізація цивільного процесуального законодавства Вісник академії правових наук. 2003. С. 475–482.
6. Цивільний процес України: Підручник / За ред. Є.О.Харитонова, О.І. Харитонової, Н.Ю.Голубевої. К. : Істина, 2011, 425 с.

ВІДШКОДУВАННЯ ВИТРАТ НА ПРОФЕСІЙНУ ПРАВНИЧУ ДОПОМОГУ ЯК СКЛАДОВА РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД

Скоропад Д. О.

адвокат, аспірант

*Хмельницького університету управління та права
імені Леоніда Юзькова
м. Хмельницький, Україна*

Реалізувати право на правосуддя – означає досягти кінцевої мети судочинства – захисту порушеного чи оспорюваного права.

Поряд з цим, реалізація наведеної мети повинна здійснюватися судом визначеним законом із застосуванням принципу правової визначеності, яким забезпечується прогнозованість судових рішень і стабільність правового регулювання. Існування стабільності в судовій практиці є запорукою реалізації не тільки права на доступ до правосуддя, а й дотриманням розумності строків розгляду справ та прогнозованості кінцевого результату.

Під доступом до правосуддя, слід розуміти, як здатність фізичних та юридичних осіб безперешкодно отримати судовий захист, як доступ до незалежного й безстороннього вирішення спорів за встановленою процедурою на засадах верховенства права. Розглядувана категорія разом із такими елементами, як остаточність судового рішення та своєчасність виконання остаточних рішень, є невід’ємними складниками права на суд, яке, у свою чергу, посідає одне з основних місць у системі фундаментальних цінностей будь-якого демократичного суспільства.

Питання розподілу судових витрат, звичай, постає не менш цікавим, аніж саме вирішення спору по суті.

З текстуального аналізу норм законодавчих актів про витрати на професійну правничу допомогу вбачається, що такими є витрати, сплачені на надання послуг адвокатами, включаючи і діяльність помічників адвокатів, які були понесені у відповідності до укладеного договору про надання правової допомоги та в подальшому підтверджені належними доказами [2].

Перш за все, слід зазначити, що адвокати, укладаючи із клієнтом договір про надання правової допомоги, мають вказувати перелік послуг, які будуть надаватися під час виконання такого договору. З приводу цього питання Верховний Суд у постанові по справі № 826/856/19 від 22.12.2018 зазначив, що «з розрахунку наданих адвокатом послуг вбачається, що певні його дії (зробити копії необхідних документів чи друк квитанцій) не потребують професійних навичок, а акт виконаних робіт містить вид послуг, що не були передбачені договором».

Уклавши договір про надання правової допомоги та склавши необхідні процесуальні документи, учасник справи, разом з першою заявою по суті спору, подає до суду попередній (орієнтовний) розрахунок суми судових витрат, які він поніс та які очікує понести у зв'язку із розглядом справи (за винятком процедури у Кодексі адміністративного судочинства України). У разі ненадання такого розрахунку суд може відмовити йому у відшкодуванні судових витрат – за винятком суми сплаченого судового збору (іншими словами, сторона може втратити право на відшкодування витрат на професійну правничу допомогу).

Не менш важливою вимогою процесуальних кодексів є встановлення співмірності наданих адвокатом послуг із наступними критеріями:

1) складністю справи та виконаних адвокатом робіт (наданих послуг);

2) часом, витраченим адвокатом на виконання відповідних робіт (надання послуг);

3) обсягом наданих адвокатом послуг та виконаних робіт;

4) ціною позову та (або) значенням справи для сторони, в тому числі впливом вирішення справи на репутацію сторони або публічним інтересом до справи.

Відповідність суми витрат на професійну правничу допомогу досліджуються судом у кожному конкретному випадку та вирішуються на підставі наданих учасниками справи доказами.

Усталена практика Європейського суду з прав людини визначає: «якщо конфліктна практика розвивається в межах одного з найвищих судових органів країни, цей суд сам стає джерелом правової невизначеності, тим самим підриває принцип правової визначеності та послаблює довіру громадськості до судової системи».

Також слід відзначити, що сторони не можуть бути обмежені у визначенні ціни послуг, що надаються адвокатами як професійна правнича допомога. Так, Верховний Суд у постанові по справі № 826/2689/15 від 09.04.2019 р. вказав, що «чинним процесуальним законодавством не передбачено обов'язку сторони, яка заявляє клопотання про відшкодування витрат на правничу допомогу, доводити обґрунтованість їх ринкової вартості.» Навпаки, інша сторона має доводити неспівмірність наданих послуг з їх ціною.

В свою чергу, відповідно до ст. 30 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» гонорар є формою винагороди адвоката за здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту. Порядок обчислення гонорару (фіксований розмір, погодинна оплата), підстави для зміни розміру гонорару, порядок його сплати, умови повернення тощо визначаються в договорі про надання правової допомоги. При встановленні розміру гонорару враховуються складність справи, кваліфікація і досвід адвоката, фінансовий стан клієнта та інші істотні обставини. Гонорар має бути розумним та враховувати витрачений адвокатом час [2].

Слід додати, що питання відшкодування суми витрат на професійну правничу допомогу є вторинним по відношенню до основної суті спору, а суд має бути незалежним арбітром під час його вирішення. Тому слід враховувати, що саме сторони (та їх представники) наділені процесуальним правом для оспорювання суми заявлених до відшкодування витрат на професійну правничу допомогу, і виключно від їх бажання залежить реалізація цього права.

Процесуальним законодавством визначається, що розмір витрат, які сторона сплатила або має сплатити у зв'язку з розглядом справи, встановлюється судом на підставі поданих сторонами доказів (договорів, рахунків тощо). Слід зазначити, що такі докази подаються до закінчення судових дебатів у справі або впродовж п'яти днів після ухвалення рішення суду за умови, що до закінчення судових дебатів у справі сторона зробила про це відповідну заяву. У разі неподання відповідних доказів впродовж встановленого строку така заява залишається без розгляду [4].

Відповідно до практики Європейського суду з прав людини (про що, зокрема, відзначено у п. 95 рішення у справі «Баришевський проти України» від 26.02.2015, п.п. 34-36 рішення у справі «Гімайдуліна і інших проти України» від 10.12.2009, п. 80 рішення у справі «Двойних проти України» від 12.10.2006, п. 88 рішення у справі «Меріт проти України» від 30.03.2004) заявник має право на відшкодування судових та інших витрат лише у разі, якщо доведено, що такі витрати були фактичними і неминучими, а їх розмір обґрунтованим. А у рішенні

Євросуду у справі «Лавентс проти Латвії» зазначено, що відшкодуються лише витрати, які мають розумний розмір.

У разі вирішення судом питання щодо відшкодування витрат на професійну правничу допомогу, яке задовольняє обидві сторони (розмір задоволеного відшкодування відповідає заявленому, а іншою стороною не подано клопотання про його зменшення), сторона-стягувач отримує в суді виконавчий документ та в порядку, передбаченому законодавством про виконавче провадження, стягує з другої сторони понесені витрати, в тому числі на професійну правничу допомогу.

Література:

1. Матат Ю. Право на доступ до суду: Європейська традиція та проблеми забезпечення в Україні. *Національний юридичний журнал: теорія та практика*, 2017.
2. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 № 5076-VI. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2013. № 27. Ст. 282.
3. Заміховський М. Витрати на професійну правничу допомогу: рух назад? URL: <http://jur-gazeta.com/publications/practice/inshe/vitrati-na-profesiynu-pravnicu> (дата звернення: 27.11.2020).
4. Бакаянова Н. М. Функціональні та організаційні основи адвокатури України: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.10, Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса, 2017. С. 125.

СТАТУС ПРИСЯЖНИХ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Ткачук А. Я.

студент III курсу

Інституту прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

м. Харків, Україна

Негативним аспектом оцінки судом доказів за своїм внутрішнім переконанням є суб'єктивність такої діяльності суду, це – певною мірою особиста оцінка доказів, тому виникнення суду присяжних вважається тенденцією обмеження абсолютної судової влади шляхом участі членів громади в здійсненні правосуддя. Загалом в теорії права під поняттям «суд присяжних» прийнято розуміти право кожного громадянина на розгляд справи «судом рівних» собі громадян. Суд присяжних – це суд часів простого права (як матеріального, так і процесуального), коли ні

суддям, ні присяжним не потрібно було мати знання, щоб визначитись, винна чи не винна людина у скоєнні злочину [1].

Будучи історичною інституцією, суд присяжних знайшов першим своє закріплення у суддівських системах Франції та Англії. У зв'язку з широким поширенням згодом такого суду, у світі сформувалися дві основні його моделі: класична (англійська) та змішана (французька або континентальна). Континентальна модель суду присяжних засідателів була поширена у другій половині XIX – першій половині XX столітті.

В Україні суд присяжних не є типовим. Протягом усієї історії створення, формування, функціонування суду присяжних навколо цього інституту існують дискусії так і серед громадськості [3]. Перш за все варто звернутись до Основного Закону, адже саме там закріплено участь народу у здійсненні правосуддя, йдеться про статтю 124 Конституції України [4]. 11 березня 2017 року набув чинності Закон від 09.02.17 р. № 1847-VIII «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України щодо розгляду справ за участю присяжних» («Голос України» від 10.03.17 р. № 44) [5].

Так вищевказана конституційна норма в подальшому була перенесена на площину цивільного судочинства і закріпилася у ч. 4 ст. 293 Цивільного процесуального кодексу України [6] та все ще участь народу у правосудді є скоріше винятком, ніж правилом, адже було встановлено вичерпний перелік справ окремого провадження за участю присяжних, а саме: про обмеження; поновлення цивільної дієздатності особи або визнання недієздатною; визнання особи безвісно відсутньою чи померлою; усиновлення; надання особі психіатричної допомоги у примусовому. Варто наголосити, що присяжним може бути особа з будь-якою освітою, професією чи діяльністю, від неї не вимагається знання законодавства, але вітчизняне законодавство встановлює вимоги до присяжних: присяжним може бути громадянин України віком від 30 до 65 років (цікавим є те, що в Україні віковий поріг є значно вищим, оскільки в США та Англії присяжним може бути особа з 18 років, а у Франції – з 23 років [7]), який постійно проживає на території, на яку поширюється юрисдикція відповідного окружного суду, та який володіє державною мовою. Крім того, до цих осіб встановлюються вимоги щодо відсутності психічних та інших хронічних захворювань, судимості, а також вони не мають бути державними службовцями, працівниками правоохоронних органів, адвокатами, нотаріусами.

Органи місцевого самоврядування формують і затверджують список із осіб, які виявили бажання стати присяжними та відповідають встановленим законодавством вимогам. Автоматизована система документообігу суду відбирає присяжних для участі у конкретній справі, присяжний зобов'язаний вчасно з'явитися на запрошення суду для

участі в судовому засіданні, неприбуття в судове засідання без поважних причин вважається неповагою до суду, за що передбачено адміністративну відповідальність. Суд залучає присяжних до здійснення правосуддя на строк не більше одного місяця на рік або на більший строк для закінчення розгляду справи, розпочатої за їхньою участю.

Безумовно значущість суду присяжних і здійсненні справедливого судочинства полягає у факті прийняття рішення групою представників громадян, які безпосередньо проживають у визначній територіальній спільноті, у зв'язку з чим можуть об'єктивно оцінювати докази. Це призводить до легітимації такого рішення громадою, тобто його сприйняття як справедливого більшістю громадян.

Отже, інститут присяжних окрім покликання забезпечувати реалізацію принципів цивільного процесу є прямим реалізатором принципу демократизму в аспекті здійснення влади народом. Можна зі впевненістю сказати, що це спосіб залучення народу до здійснення правосуддя в державі, адже існують справи, які потребують не тільки знань у правовій сфері, а також внутрішнього почуття справедливості громадян, особливо коли це стосується особистих немайнових прав людини. Проте об'єктивно таких категорій справ є значно більше, у зв'язку з чим законодавцю варто більш детально переглянути положення ч. 4 ст. 293 ЦПК відповідно до положень Конституції.

Література:

1. Бисага Ю.М., Палінчак М.М., Кастрян М.М. Суд присяжних: проблеми та перспективи : навч. посібник. Ужгород, 2002. 76 с.
2. Д. В. Шкребець Суд присяжних у цивільному процесі. *Проблеми цивільного та підприємницького права в Україні*. 2016. С. 220–224.
3. Яценко Н. Г. Народні засідателі та суд присяжних у цивільному процесі: історія і сучасність. *Вісник Вищої ради юстиції*. № 1 (5), 2011. С. 109–118.
4. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 30. С. 141.
5. Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України щодо розгляду справ за участю присяжних: Закон від 09.02.17 р. № 1847-VIII. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*, 2017, № 12, ст. 133. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1847-19#Text> (дата звернення: 03.12.2020).
6. Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2004, № 40-41, 42, ст. 492. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення: 03.12.2020).

7. Біла А. Суд присяжних: ілюзорне марення чи реальне існування?
URL: <https://everlegal.ua/sud-prysyazhnykh-ilyuzorne-marennya-chy-realne-isnuvannya> (дата звернення: 07.12.2020).

Науковий керівник: *С.О. Кравцов, к.ю.н., доцент кафедри цивільного процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

ПРО ПЕРЕДАЧУ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ НА РОЗГЛЯД ВЕЛИКОЇ ПАЛАТИ ВЕРХОВНОГО СУДУ З ПІДСТАВ ПОРУШЕННЯ СУДАМИ ПРАВИЛ ЮРИСДИКЦІЇ

Уркевич В. Ю.

*доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
суддя Верховного Суду
м. Київ, Україна*

1. Статтю 45 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» встановлено, що Велика Палата Верховного Суду (далі – ВП ВС) є постійно діючим колегіальним органом Верховного Суду, до складу якого входить 21 суддя Верховного Суду.

До повноважень ВП ВС належить передусім здійснення перегляду судових рішень у касаційному порядку з метою забезпечення однакового застосування судами норм права. Звернемося до приписів цивільного процесуального законодавства щодо передачі на розгляд ВП ВС справ, рішення в яких переглядаються в касаційному порядку, з підстав порушення судами попередніх інстанцій правил предметної чи суб'єктної юрисдикції.

2. Суди спеціалізуються на розгляді цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ, а також справ про адміністративні правопорушення. У своїх постановках ВП ВС неодноразово вказувала, що судова юрисдикція – це інститут права, покликаний розмежувати компетенцію як різних ланок судової системи, так і різні види судочинства, якими є цивільне, кримінальне, господарське та адміністративне між собою.

Так, у статті 19 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) визначено, що суди розглядають у порядку цивільного судочинства справи, що виникають з цивільних, земельних, трудових, сімейних, житлових та інших правовідносин, крім справ, розгляд яких здійснюється в порядку іншого судочинства. Суди

розглядають у порядку цивільного судочинства також вимоги щодо реєстрації майна та майнових прав, інших реєстраційних дій, якщо такі вимоги є похідними від спору щодо такого майна або майнових прав, якщо цей спір підлягає розгляду в місцевому загальному суді і переданий на його розгляд з такими вимогами.

3. Чинним законодавством закріплено процесуальні «фільтри» щодо передачі цивільних справ на розгляд ВП ВС. Так, згідно з ч. 6 ст. 403 ЦПК України (в редакції Закону України від 2 жовтня 2019 року № 142-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підстав передачі справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду та щодо строків повернення справи») справа підлягає передачі на розгляд ВП ВС, коли учасник справи оскаржує судове рішення з підстав порушення правил предметної чи суб'єктної юрисдикції, крім випадків, якщо:

1) учасник справи, який оскаржує судове рішення, брав участь у розгляді справи в судах першої чи апеляційної інстанції і не заявляв про порушення правил предметної чи суб'єктної юрисдикції;

2) учасник справи, який оскаржує судове рішення, не обґрунтував порушення судом правил предметної чи суб'єктної юрисдикції наявністю судових рішень Верховного Суду у складі колегії суддів (палати, об'єднаної палати) іншого касаційного суду у справі з подібною підставою та предметом позову у подібних правовідносинах;

3) ВП ВС уже викладала у своїй постанові висновок щодо питання предметної чи суб'єктної юрисдикції спору у подібних правовідносинах.

Тлумачачи наведені процесуальні приписи, ВП ВС указала, що справа може бути передана на розгляд ВП ВС лише за відсутності всіх 3-х указаних у цій нормі випадків. У разі наявності хоча б одного із перелічених у ч. 6 ст. 403 ЦПК України випадків справа не підлягає передачі на розгляд ВП ВС (див., приміром, п. 9 ухвали ВП ВС від 6 жовтня 2020 року у справі № 199/550/20, провадження № 14-146цс20). Розглянемо наведені випадки детальніше.

4. По-перше, про порушення правил предметної чи суб'єктної юрисдикції учасник справи має стверджувати в поданій касаційній скарзі, оскільки суд касаційної інстанції переглядає судові рішення виключно в межах доводів та вимог касаційної скарги, які стали підставою для відкриття касаційного провадження (ч. 1 ст. 400 ЦПК України). Більше того, такий учасник, який брав участь у розгляді справи в судах першої чи апеляційної інстанції, мав уже заявляти про порушення правил предметної чи суб'єктної юрисдикції. Тобто йдеться про те, що особа позбавлена можливості раптом «згадати» про порушення судами правил юрисдикції при зверненні до суду касаційної інстанції (як правило це відбувається коли рішення судів першої

та апеляційної інстанції постановлені проти відповідного учасника справи). Така поведінка учасника справи унеможливує передачу відповідної справи на розгляд ВП ВС.

5. По-друге, важливим є те, що учасник справи має не просто стверджувати про порушення судами попередніх інстанцій правил предметної чи суб'єктної юрисдикції, а й має обґрунтувати таке порушення наявністю судових рішень Верховного Суду у складі колегії суддів (палати, об'єднаної палати) іншого касаційного суду у справі з подібною підставою та предметом позову у подібних правовідносинах. Тобто йдеться про те, що скаржник має зазначити про наявність різної практики в межах Верховного Суду щодо юрисдикційності того чи іншого виду спорів.

Іншими словами, учасник справи має вказати, що на відміну від висновків судів першої та апеляційної інстанції в його цивільній справі щодо її юрисдикційності (належності до повноважень суду загальної (цивільної) або ж навпаки, господарської чи адміністративної юрисдикції), існує практика Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного цивільного чи Касаційного адміністративного судів, яка визначає юрисдикційність спорів у подібних правовідносинах по іншому. Зазначимо, що на сьогодні саме цей випадок (не наведення скаржником різної практики Верховного Суду) виступає найчастішою підставою для неприйняття справ ВП ВС до свого розгляду та їх повернення для вирішення спору відповідному касаційному суду (див., приміром, п. 16 ухвали ВП ВС від 21 жовтня 2020 року у справі № 632/1809/19, провадження № 14-135цс20).

Отже ВП ВС внаслідок тлумачення процесуального закону сформовано підхід, згідно з яким допоки на рівні Верховного Суду відсутня суперечка щодо юрисдикційності того чи іншого виду спору, він має вирішуватися саме відповідним касаційним судом у складі Верховного Суду. Звідси можна констатувати, що відповідна справа потрапить на розгляд ВП ВС лише після утворення різної практики у межах Верховного Суду щодо юрисдикційності відповідних спорів. Обґрунтованість такого законодавчого регулювання можна заперечити й зазначити, що навряд чи доцільно стимулювати накопичення міжюрисдикційних конфліктів. Як видається, ВП ВС повинна мати повноваження прийняти до свого розгляду відповідну справу, направлену тим чи іншим касаційним судом з підстав порушення правил предметної чи суб'єктної юрисдикції, не очікуючи виникнення суперечки щодо юрисдикції між касаційними судами у складі Верховного Суду, фактично діючи на випередження.

6. Зрештою, третім випадком, за яких справа не підлягає передачі на розгляд ВП ВС, є наявність висновку ВП ВС щодо питання предметної чи суб'єктної юрисдикції спору у подібних правовідносинах, викладеного у відповідній її постанові. Зрозуміло, що наявність такого вис-

новку щодо юрисдикційності спору позбавляє сенсу повторний розгляд цього питання ВП ВС.

Зазначимо, що подібність правовідносин у різних справах оцінюється самою ВП ВС при вирішенні питання прийняття до розгляду відповідної справи. Як відомо, елементами складу правовідносин є їх суб'єкти, об'єкти та юридичний зміст, тобто взаємні права й обов'язки цих суб'єктів. Звідси подібними можна вважати правовідносини, які є схожими за цими елементами, а також мають однакове нормативне регламентування. Адже навряд чи є можливим існування правовідносин у різних справах, у яких їх суб'єкти, об'єкти та юридичний зміст є повністю ідентичними.

Більше того, при вирішенні питання щодо наявності чи відсутності висновку ВП ВС щодо питання предметної чи суб'єктної юрисдикції спору у подібних правовідносинах слід обов'язково звертати увагу на те, щоб існуючий висновок був зроблений Верховним Судом щодо застосування тієї самої норми права питання щодо застосування якої постало в справі, судові рішення в якій переглядаються в касаційному порядку.

7. Наведене дозволяє підсумувати, що існуючі процесуальні «фільтри» щодо передачі цивільних справ на розгляд ВП ВС при оскарженні судового рішення з підстав порушення правил предметної чи суб'єктної юрисдикції є доволі ефективними, дозволяють уникнути повторного розгляду питання юрисдикційності спору при наявності відповідного висновку ВП ВС.

ЗАГАЛЬНОЄВРОПЕЙСЬКИЙ ІНСТИТУТ ОБМЕЖЕННЯ У ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ

Шабалін А. В.

*кандидат юридичних наук, адвокат,
керівник сектору узагальнення експертної та судової практики
Центру експертних досліджень
Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності
Національної академіє правових наук України
м. Київ, Україна*

Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами (надалі – Угода) [1] стала відправною точкою для обрання Україною європейського шляху розвитку, зокрема й у правовій системі.

В Угоді Розділ III «Юстиція, свобода і безпека», у якому знайшли свого закріплення базові принципи щодо юстиції, захисту основних свобод та забезпечення безпеки (як відомо політична частина Угоди підписана 21.03.2014 р., економічна частина – 27.06. 2014 р.) [2].

Вищевикладене свідчить про необхідність дослідження існуючих загальноєвропейських правових інститутів. Такий підхід дозволить розкрити природу таких інституцій, особливості правозастосовчої практики, що, в цілому, має позитивне значення для українського права.

У контексті вищезазначеного, ми б хотіли зосередити увагу на такому європейському інституті, як міри забезпечення (обмеження) у цивільних справах.

Загальне європейське право дозволяє застосовувати забезпечувальні заходи в рамках цивільного провадження – Регламент ЄС 606/2013 (надалі – Регламент) [3].

Зупинимось на ключових положення інституту інститут забезпечення (обмеження) у цивільних справах.

Відповідно до ст. 9 вказаного Регламенту забезпечувальні заходи (заходи обмеження) розповсюджуються на цивільні провадження (цивільні справи). Забезпечення в межах Регламенту можуть бути застосовані в судових справах. У ст.ст. 14, 15 Регламенту знайшов свого закріплення принцип взаємного визнання рішень щодо запровадження певних обмежувальних заходів в цивільних справах [4]. Згаданий принцип є одним із базових в ЄС. Статтею 15 Регламенту визначено граничний термін застосування заходів забезпечення у цивільних провадженнях – до 12 місяців. Згідно ст. 19 Регламенту реалізація мір забезпечення щодо особи, яка потребує такого, відбувається за місцем її проживання чи місцем роботи або в іншому місці, яке ця особа регулярно відвідує, наприклад, за місцем проживання близьких родичів чи знаходження школи або(чи) навчального закладу заклад, в який відвідує дитина такої особи. Відповідні адреси повинні бути зазначені у забезпечувальному документі (сертифікаті) [4]. У ст.ст. 5, 7, 22 Регламенту визначено єдину форму і зміст забезпечувального документа (сертифіката) [3].

Варто зазначити, що Регламент не містить чіткого переліку мір забезпечення у цивільних справах. У п.п. 1, 4 ст. 3 Регламенту лише наведений орієнтовний перелік засобів забезпечення, зокрема: заборона щодо наближення до місця проживання, роботи особи, яка знаходиться під забезпеченням; заборона щодо будь-яких контактів, у тому числі телефонування, листування (звичайною поштою, електронною поштою), з особою, яка знаходиться під забезпеченням (п. а ч. 1 ст. 3 Регламенту) [4]. Поруч із тим у документі вказується, що забезпечувальним заходом може бути будь-яке відповідне рішення, яке було прийнято компе-

тентним органом, у тому числі й судом, держави-члена ЄС відповідно до національного законодавства [3].

Мірі обмеження, відповідно до Регламенту, можуть бути застосовані у широкій лінійки цивільних справ, зокрема: у сімейних справах, у справах щодо поділу майна, у справах про відшкодування шкоди, у комерційних справах (господарських), наприклад про захист права інтелектуальної власності, про захист відповідного речового права. Зазначене свідчить про процесуальний характер мір забезпечення згідно Регламенту [4].

Прийняття Регламенту ЄС 606/2013 свідчить про те, правовий простір єдиної Європи поступово уніфікується, зокрема й в сфері цивільно-правового блоку.

Процесуальний інститут обмежувального припису відомий українському цивільному процесу (ст.ст. 350-1 – 350-8 ЦПК України). Переважно такий припис видається судом у сімейних справах, також, з метою захисту особи від домашнього насильства (ст. 350-2 ЦПК України).

Вищенаведений аналіз Регламенту ЄС 606/2013, свідчить, що означений національний процесуальний інститут доцільно було б розширити, наприклад, з метою нівелювання можливого порушення власності (іншого речового права), доцільним є застосування такого інституту й щодо нівелювання можливого порушення права інтелектуальної власності (в рамках господарського судочинства).

Зазначену пропозицію ставимо на обговорення як серед теоретиків, так і практиків.

Література:

1. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011.
2. Шабалін А. В. Судочинство у справах наказного провадження : автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». – К., 2016. С. 16–17.
3. Regulation (EU) No. 606/2013 on mutual recognition of protection measures in civil matter. Site Eur-lex.uropa.eu URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013R0606>.

НОТАТКИ

НОТАТКИ

МАТЕРІАЛИ
МІЖНАРОДНОЇ НАУКОВО-ПРАКТИЧНОЇ
КОНФЕРЕНЦІЇ

*«ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС: ВИТОКИ,
ЗДОБУТКИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ»*

(м. Київ, 18–19 грудня 2020 р.)

Частина II

Підписано до друку 23.12.2020. Формат 60x84/16.
Папір офсетний. Гарнітура Times New Roman. Цифровий друк.
Умовно-друк. арк. 9,3. Тираж 150. Замовлення № 1220-342
Ціна договірна. Віддруковано з готового оригінал-макета.

Видавничий дім «Гельветика»
03150, м. Київ, вул. Велика Васильківська 74, оф. 7
Телефон +38 (048) 709 38 69,
+38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox@helvetica.com.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.