

Робоча група з підготовки законопроекту
з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України
Київський регіональний центр НАПрН України
Відділення цивільно-правових наук НАПрН України

РЕКОДИФІКАЦІЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ: ВИКЛИКИ ЧАСУ

Монографія

За загальною редакцією доктора юридичних наук,
професора Н. С. Кузнецової



Видавничий дім
«Гельветика»
2021

УДК 340.13:347(477)
Р36

Рецензенти:

Дзера О. В. – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, заслужений юрист України, член-кореспондент Національної академії правових наук України;

Коссак В. М. – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права та процесу Львівського національного університету імені Івана Франка, заслужений юрист України;

Яроцький В. Л. – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права № 2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, заслужений діяч науки і техніки, член-кореспондент Національної академії правових наук України

*Рекомендовано до друку на засіданні вченої ради
Київського регіонального центру
Національної академії правових наук України
(протокол № 8 від 27 серпня 2021 року)*

Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу :
Р36 монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. – Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. – 690 с.

ISBN 978-966-992-607-4

Монографію, до авторського колективу якої увійшли автори Концепції оновлення Цивільного кодексу України, члени Робочої групи з підготовки законопроекту з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України, провідні українські цивілісти, присвячено аналізу основних напрямів оновлення Цивільного кодексу України. У роботі розглянуто генезу та сучасний стан приватного права, основні чинники і передумови рекодифікації Цивільного кодексу України. Окреслено теоретико-методологічні засади оновлення цивільного законодавства. Сформульовано низку пропозицій щодо вдосконалення та гармонізації правового регулювання приватних відносин.

Видання розраховано на науковців, викладачів, студентів, аспірантів, практичних працівників та читачів, які досліджують приватне право.

УДК 340.13:347(477)

© Робоча група, 2021

© Київський регіональний центр НАПрНУ, 2021

© Відділення цивільно-правових наук НАПрНУ, 2021

ISBN 978-966-992-607-4

ЗМІСТ

<i>Передмова</i>	6
------------------------	---

Розділ 1

Розвиток сучасного приватного права та основні чинники і передумови для оновлення ЦК України

1.1. Сучасні тенденції розвитку приватного права як регулятора суспільних відносин	9
1.2. Основні чинники і передумови оновлення цивільного законодавства України, напрями рекодифікації	27
1.3. Гармонізація сучасного приватного права: виклики часу	51
1.4. Загальні положення ЦК України: сталі принципи і новітні тенденції	66
1.5. Структура ЦК України: розширення меж регулювання	90

Розділ 2

Регулювання немайнових відносин: еволюція поглядів та вдосконалення регуляторних механізмів

2.1. Особисті немайнові відносини в предметі цивільного права	109
2.2. Інформація як об'єкт приватноправового регулювання	130
2.3. Розвиток механізмів регулювання та захисту особистих немайнових відносин	157

Розділ 3

Регулювання відносин інтелектуальної власності:

європейський вектор	188
3.1. Питання вдосконалення врегулювання охорони прав інтелектуальної власності у Цивільному кодексі України	188
3.2. Реформування положень про розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності в контексті рекодифікації цивільного законодавства ..	224

Розділ 4

Регулювання речових відносин: шляхи оновлення 245 |

4.1. Загальні підходи і принципи регулювання речових правовідносин в умовах рекодифікації та європеїзації ..	245
4.2. Уведення інституту фідучіарного фонду до цивільного права України	283
4.3. Новелізація норм спадкового права	291

Розділ 5

Відносини майнового обороту в контексті

гармонізації правового регулювання 319 |

5.1. Сучасні тенденції правової регламентації договірних відносин у гармонізованих актах європейського приватного права	319
5.2. Імплементация гармонізованих підходів у регулюванні договірних відносин у процесі рекодифікації ЦК України	340
5.3. Вдосконалення механізмів регулювання зобов'язальних відносин і судова практика	358
5.4. Оновлення нормативного масиву регламентації договорів підряду	395

5.5. Сучасні тенденції правової регламентації недоговірних зобов'язань у гармонізованих актах європейського приватного права та основні напрями удосконалення правового регулювання недоговірних відносин у процесі рекодифікації ЦК	412
Розділ 6 Регулювання корпоративних відносин цивільним законодавством	429
Розділ 7 Розвиток окремих інститутів загальної частини ЦК України	452
7.1. Інститут юридичної особи	452
7.2. Інститут правочину в цивільному праві	478
7.3. Застосування способів захисту цивільних прав, прямо не передбачених законом або договором	487
Розділ 8 Сучасні тенденції розвитку сімейного законодавства в Україні в світлі рекодифікації (оновлення) Цивільного кодексу України	521
Додаток: Концепція оновлення Цивільного кодексу України	555
Авторський колектив монографії	685

ПЕРЕДМОВА

Україна відзначила тридцять річницю відновлення своєї державності. Це були роки становлення ринкової економіки і демократичних засад організації суспільства.

Прийняття у 1996 році Конституції України, а в наступному і Цивільного кодексу України засвідчило формування в нашій державі громадянського суспільства. Саме ЦК України став надійним фундаментом його подальшої розбудови, оскільки принципи рівності всіх громадян перед законом, приватної власності як основи господарювання та поваги до прав і свобод особи, які є наріжним каменем громадянського суспільства, не тільки проголошені, але й забезпечені регуляторним механізмом ЦК України.

Цей надзвичайно важливий законодавчий акт, який став стрижневим для всього цивільного законодавства, закріпив у якості основних засад неприпустимість свавільного втручання в приватне життя фізичної особи, недоторканість приватної власності, свободу договору та підприємницької діяльності, забезпеченість усіх цивільних прав судовим захистом, принципи розумності, добросовісності та справедливості.

Закріплення в окремій Книзі другій приписів, що регулюють особисті немайнові права фізичної особи, підняло на новий щабель правовий статус громадянина і дало потужний поштовх для подальшого розвитку як правової регламентації особистих немайнових прав засобами цивільного права, так і доктринальних досліджень у цій сфері.

Відновлення традиційних для приватного права диспозитивних засад у регулюванні договірних відносин значною мірою розширило ініціативу сторін і загалом збагатило майновий оборот новими договірними конструкціями.

Без будь-яких перебільшень можна стверджувати, що чинний ЦК України створив надійний правовий фундамент для створення і розбудови в державі громадянського суспільства і його регуляторний потенціал ще далеко не вичерпаний.

Водночас неупинний розвиток суспільних відносин у всіх сферах життєдіяльності людини як майнового, так і особистого характеру об'єктивно обумовлює необхідність перегляду правових приписів.

Зокрема, динамічний розвиток майнового обороту в умовах ринкової економіки викликає до життя нові види і типи цивільно-правових договорів, ускладнюється регламентація відносин контрагентів, значно розширюється діапазон приватноправових відносин недоговірного характеру.

Проведення широкомасштабної приватизації загальнодержавної власності створило підґрунтя для розвитку речових відносин, передусім відносин приватної власності, і значною мірою розширило коло суб'єктів речових прав.

Події 2004 та 2013–2014 років істотно змінили суспільну свідомість українців і сприяли активізації їх участі у процесах управління державою. Це обумовлює потребу переосмислення бачення щодо впливу приватноправових механізмів на особисті немайнові права, зокрема ті, що забезпечують соціальне буття фізичної особи.

В умовах становлення інформаційного суспільства інформація як об'єкт приватноправових відносин потребує підвищеної уваги з боку законодавця і правозастосовчих (правозастосовних) органів.

Інтеграція України до європейського простору, інтенсивні глобалізаційні процеси, розробка в Європі і загалом у світі численних рекомендаційних актів гармонізаційного спрямування ставлять нові виклики перед українською державою у сфері нормопроєктування і спонукають до врахування європейських тенденцій у процесі вдосконалення приватноправового законодавства.

Важливим чинником оновлення законодавства є досвід правозастосування, втілений у судовій практиці. Застосування приписів ЦК України впродовж більш ніж 15 років надає важливі маркери для внесення змін і доповнень у чинні цивільно-правові норми. Особливо

важливими є правові позиції, закріплені в рішеннях найвищих судових інстанцій.

У липні 2019 року постановою Кабінету Міністрів України була створена Робоча група щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України, яка розробила Концепцію оновлення Цивільного кодексу України. Концепція оприлюднена й активно обговорюється юридичною спільнотою.

У представлений монографії аналізуються як стан чинного цивільного законодавства, так і напрями його вдосконалення, визначені Концепцією оновлення Цивільного кодексу України, тенденції подальшого розвитку приватного права у світлі європейських гармонізаційних актів, а також практика застосування судами цивільного законодавства.

Авторський колектив, до якого увійшли автори Концепції оновлення Цивільного кодексу України, члени Робочої групи з підготовки законопроекту з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України, провідні українські цивілісти, сподівається, що викладені в монографії ідеї стануть предметом широкого обговорення і плідних наукових дискусій у професійному середовищі.

Р. Стефанчук

Перший заступник Голови Верховної Ради України,
д.ю.н., професор, дійсний член (академік)
Національної академії правових наук України,
заслужений діяч науки і техніки України,
Голова Робочої групи з підготовки законопроекту
з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України

Н. Кузнецова

віцепрезидент Національної академії правових наук України,
д.ю.н., професор, дійсний член (академік)
Національної академії правових наук України,
заслужений діяч науки і техніки України,
науковий координатор Робочої групи з підготовки законопроекту
з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України

Розділ 1

Розвиток сучасного приватного права та основні чинники і передумови для оновлення ЦК України

1.1. СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ПРИВАТНОГО ПРАВА ЯК РЕГУЛЯТОРА СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН

Більше тридцяти років минуло як в Україні, так і в інших державах-республіках колишнього СРСР, розпочався процес відновлення (скоріше відродження) цивільного права як права приватного.

Починаючи з 90-х років минулого століття (для України – це з 1992 року), цивілісти колишнього Радянського Союзу розпочали розробку нових цивільних кодексів.

Процес цей не можна назвати простим, для деяких країн він був доволі тривалим, а для України виявився ще й достатньо драматичним: 16 січня 2003 року одночасно із Цивільним кодексом був прийнятий і Господарський кодекс, зміст якого аж ніяк «не вписувався» в ідеологію і принципи ринкової економіки. Ця обставина безумовно ускладнила розвиток цивільного права в Україні і формування адекватного правового поля в приватній сфері.

Ці три десятиліття можна без перебільшень розглядати як період «осмислення» приватного права, його основних засад, місії і місця в житті кожної людини і суспільства загалом.

Передусім, формуючи основні підходи до регулювання певних груп суспільних відносин, до моделювання відповідних правових інститутів, визначаючи перспективи їх подальшого розвитку

і вдосконалення, необхідно відповісти на питання, які визначають саму природу цивільно-правових норм та їх призначення в установленні правопорядку у сфері приватного життя.

Перш за все, це питання яким має бути сучасне цивільне право?

Впродовж тривалого періоду, всієї радянської доби, послідовно і системно відбувалося «опублічення» («одержавлення») цивільного права. Це може бути проілюстровано численними прикладами включення в Цивільний кодекс УРСР, інші законодавчі та підзаконні нормативно-правові акти правових приписів публічно-правового характеру, які нанівець зводили засади диспозитивного регулювання в майновому обороті.

Таким чином, першочерговим і пріоритетним завданням є відновлення (відродження) приватноправового характеру цивільного права.

Визначаючи сутність цивільного права як права приватного, І. О. Покровський відмічав, що в цій сфері суспільного життя «державна влада **принципово** утримується від безпосереднього і владного регулювання відносин, тут вона не ставить себе подумки в положення одного-єдиного визначального центру, а, навпаки, надає таке регулювання безлічі іншим маленьким центрам, які мисляться як окремі самостійні одиниці, як суб'єкти прав... Всі ці маленькі центри розглядаються як носії власної волі і власної ініціативи і саме їм надається регулювання відносин між собою»¹.

Саме ці особливості впливу цивільного права як приватного на відносини, що ним регулюються, і роблять його надійним правовим фундаментом громадянського суспільства, для якого визначальними є принципи рівності всіх громадян, приватної власності як основи ринкового господарства, пріоритету прав і свобод громадян як основи особистої свободи людини.

Велика місія цивільного права саме як права приватного полягає в тому, що воно «вводить у життя і здатне зробити реальним, юридично забезпеченим високе становище особистості в суспільстві та її дійсну, захищену свободу у сфері власності, всіх майнових та пов'язаних

¹ Покровський І. А. Основные проблемы гражданского права. М., «Статут», 1998. С. 39.

з ними немайнових відносин, в інших важливих сферах життєдіяльності людини»¹.

Відновлення приватного права відбувалося в процесі реформування економічних відносин у зв'язку з радикальними трансформаціями в суспільстві в пострадянський період наприкінці 80-х – початку 90-х років минулого століття. Ці події, які охопили практично всі колишні республіки СРСР, обумовили необхідність прийняття нових Цивільних кодексів, які мали відповідати тогочасним суспільним викликам, а відтак – нести нову правову ідеологію – перш за все відновлення приватної власності, її недоторканність. Цивільне право як серцевина приватного права встановлює у власності, в інших майнових відносинах **юридичну рівність всіх осіб** (і держави, і посадових осіб, і великих фірм, і окремої людини – всіх без винятку); встановлює право всіх осіб, **своєю волею і у своєму інтересі встановлювати для себе умови своєї поведінки, його наслідки і заходи взаємного впливу** (і держава не тільки зобов'язана спокійно «приймати» подібне положення, але й юридично охороняти його); спрямовано на те, **щоби виключити свавільне втручання будь-кого, у тому числі державних органів і посадових осіб у приватні, цивільні відносини** (і держава в даному випадку повинна виступати ніби «проти самої себе», свого права діяти на свій власний розсуд)².

Ці прояви цивільного права як права приватного знайшли своє втілення в проекті ЦК України, який з 1 січня 2004 року набрав чинності.

Цей законопроект вже на стадії його розробки одержав влучну назву – Кодекс приватного життя.

У період його підготовки юридична спільнота жваво дискутувала з приводу проблеми повернення при структуруванні правової системи (системи права) до принципу дихотомічного поділу – право публічне і право приватне. Цей важливий науковий диспут значно ускладнювався наявністю сталої концепції «галузевої» побудови системи права, яка була закріплена в чинних кодифікаціях, що були прийняті в СРСР

¹ Алексеев С. С. Гражданский кодекс. Заметки из истории подготовки проекта. Замечания о содержании кодекса, его значении и судьбе. В кн.: Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. М., 1998. С. 26.

² Алексеев С. С. Вказ. праця. С. 26–27.

у 60-х роках минулого століття і постійно оновлювалися, у тому числі за рахунок «відпочкування» нових галузей радянського права.

Саме в цей період активізувалися спроби «запровадити» так звані «комплексні» галузі права, насамперед господарське.

Повернення до природних витоків систематизації правового масиву і формування «мегапідрозділів» у системі права (публічного і приватного) знову актуалізувало питання як про критерій поділу правових норм, так і призначення цього поділу.

Відомий дореволюційний цивіліст С. А. Муромцев, визначаючи особливості публічного і приватного права, звертав увагу перш за все на відмінності між загальним благом і приватним інтересом.

«Під загальним благом розуміють відносини, які всіма визначаються – відкрито або неявно – в інтересах співжиття, однак вони не дорогі нікому особливо, може крім небагатьох осіб, які є скоріше винятком, і знаходять задоволення в громадській діяльності.

Під приватним інтересом розуміють приналежності тієї частини порядку, заснованого у видах співжиття, яка була близька окремим особам.

За таким розмежуванням загальне благо є громадськість, зв'язок окремих осіб між собою; приватний інтерес – самостійність окремої особи в колі даного співжиття, облаштування індивідом свого маленького світу, свого вузла відносин, який безумовно входить до складу загального порядку, але дорогий індивіду через те, що він сам є його центром», – зауважував С. А. Муромцев¹.

Особливість приватного права завжди проявлялася через забезпечення приватного інтересу, інтересу окремих осіб.

Важливим принципом, і на цьому робиться окремий наголос у доктрині цивільного права, є принцип невтручання у приватне життя: ніхто не має права втручатися в таємницю особистого, у тому числі сімейного життя; ніхто не вправі втручатися у сферу правомірної підприємницької діяльності іншої особи; ніхто не може порушувати комерційну таємницю, таємницю банківського рахунку, банківського вкладу тощо².

¹ Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. Санкт-Петербург, 2004. С. 176.

² Калмыков Ю. Х. О значении общих положений гражданского законодательства. В кн.: Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. М., 1998. С. 49.

Цей принцип, закріплений у ст. 3 ЦК України, передбачає неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини. Він є наріжним каменем у системі забезпечення «приватності» відносин засобами цивільного права.

Невипадково один із класиків сучасної цивілістики С. С. Алексеев вважав цивільне право найдивовижнішим юридичним феноменом, витонченою і майстерною галуззю права, обителлю вічних правових цінностей¹.

Він зазначав, «що саме цивільне право – це обитель і джерело істинної та забезпеченої свободи людини, юридичної автономії, диспозитивності, правових засад, без яких ніяка дійсна демократія і ніякий цивілізований ринок відбутися не можуть в принципі, за самою своєю сутністю»².

Саме ці характерні ознаки цивільного права як права приватного, які повною мірою проявляються в сучасних умовах, у процесі його відродження на пострадянському просторі, підкреслюють його тісний зв'язок із громадянським суспільством, яке формується, розвивається та зміцнюється в Україні. Беззаперечно, що саме приватне право, серцевиною якого виступає цивільне право, створює надійний фундамент громадянського суспільства, є його потужним знаряддям і чи не найважливішим інструментом його розбудови.

Переважна більшість характерних для громадянського суспільства рис знайшла своє закріплення в ЦК України – законодавчому акті, який покликаний забезпечити нормальне функціонування і подальший розвиток громадянського суспільства як самостійної і незалежної від держави субстанції.

Самостійність, незалежність, ініціативність приватних осіб можна забезпечити лише за умови визнання природного, об'єктивного (наднормативного) характеру цивільних прав як таких, що зумовлюються життям.

Саме тому майнові і немайнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності його

¹ Алексеев С. С. Гражданский кодекс. Заметки из истории подготовки проекта. Замечания о содержании кодекса, его значении и судьбе. В кн.: Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. М., 1998. С. 21–22.

² Алексеев С. С. Гражданское право в современную эпоху. М., 1999. С. 3.

учасників, які становлять предмет цивільно-правового регулювання і основу громадянського суспільства, повинні бути унормовані Цивільним кодексом відповідно до його основоположних засад¹.

Аналізуючи роль цивільного права в становленні демократичних засад, у реалізації державою її повноважень, важливим є питання про співвідношення та взаємодію держави і громадянського суспільства. Важлива місія у встановленні балансу публічних і приватних інтересів у процесі суспільного розвитку покладається на цивільне право.

І вирішення цієї проблеми знову повертає нас до поділу правових приписів на публічно-правові та приватноправові. Перш за все, це є надзвичайно важливим для економічного обороту. Свідомо допускаючи цивільно-правові засоби в регулювання економічних відносин, держава певною мірою «послаблює» свій вплив на ці процеси. Водночас запровадження ринкових механізмів є об'єктивно обумовленим чинником, оскільки для ефективного функціонування економіки необхідно забезпечити для її суб'єктів достатній рівень економічної свободи, розвиток ініціативи, розумного ризику у комерційній діяльності тощо.

У літературі зазначається, що при визначенні оптимального співвідношення приватного і публічного права, яке в кінцевому рахунку і окреслює формат взаємодії держави і громадянського суспільства в економічній сфері, важливо враховувати три аспекти.

Перший. Встановлення оптимального співвідношення і взаємодії публічно-правового та приватноправового регулювання економічних відносин загалом. Для цього необхідно забезпечити пропорційне використання як цивільного, так і адміністративного, фінансового та податкового законодавства.

Другий. У сучасних умовах важливо враховувати взаємний вплив і взаємопроникнення публічного і приватного права.

Говорячи про розширення, з одного боку, сфери самостійності суб'єктів економічного обороту за рахунок надання більшої варіативності їх поведінки і скорочення присутності держави в тих сферах,

¹ Детальніше див. Кузнецова Н. С. Розвиток громадянського суспільства та сучасне приватне право України. *Приватне право*. 2013. № 1. С. 51–64.

де найбільш ефективним є саморегулювання, з іншого – про посилення нормативно-правової регламентації тих галузей, у яких ринок не може забезпечити необхідне регулювання, обґрунтовують появу нових тенденцій у правовому регулюванні – конвергенцію приватного і публічного права¹.

Третій і надзвичайно важливий. Це чітке розмежування предметів і сфер регулювання публічного і приватного права².

Впродовж радянської доби регулювання цивільних відносин (і не тільки у сфері економічного обороту) знаходилося під шаленим тиском держави, що проявлялося в широкому використанні адміністративно-правових засобів правового регулювання. Немає потреби додатково аргументувати, що цивільні відносини потребують застосування якщо не виключно, то переважно саме таких правових інструментів, які притаманні їх правовій природі. Тільки за таких умов може досягатися належна ефективність правового регулювання. І хоча в принципі не виключається застосування окремих публічно-правових конструкцій, це загалом розглядається як виняток і не змінює суцільного характеру приватноправового регулювання.

Поглиблення основ громадянського суспільства, зміцнення і розширення в ньому ролі і значення недержавних організацій (політичних партій, громадських об'єднань, релігійних організацій тощо), підвищення загальної культури і свідомості основної маси населення безумовно сприятимуть певному перерозподілу тих коштів, за допомогою яких забезпечуватимуться природні права людини в майбутньому. Очевидно, у розвиненому громадянському суспільстві більш вагому роль відіграватимуть норми моралі, оскільки життя людини, її здоров'я, умови безпечного і комфортного існування, свобода в усіх її цивілізованих проявах, повага до честі та гідності будуть підтримуватися не лише активним використанням правових засобів, але здебільшого – високим рівнем моральності самого суспільства.

¹ Див. Коршунов Н. М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. М., 2011. 239 с.

² Яковлев В. Ф. Гражданский кодекс и государство. В кн.: Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. М., 1998. С. 62–63.

Сама ідея громадянського суспільства базується на принципі дотримання прав і основоположних свобод людини, всебічному розвитку її особистості, активізації її участі в суспільних процесах.

Ще наприкінці 19 століття С. А. Муромцев зауважував: «Чим ближче поставлений кожний громадянин до сфери політичної діяльності, чим частіше він виступає активним виконавцем державного порядку, а не сліпим його знаряддям, чим більше він зацікавлений ним і вкладає в нього свою душу, тим більше сторін людського існування охоплює держава, тим сильніша вона за якісними межами свого панування і могутніша за ступенем свого культурного впливу»¹.

І через два століття, у третьому тисячолітті нам є над чим замислитися, читаючи ці пророчі слова. Прийняття у 2003 році чинного Цивільного кодексу України ознаменувало нову добу в розвитку вітчизняного цивільного права.

Супроводжуючи прийняття ЦК України, тодішній Міністр юстиції України С. П. Головатий зазначав: «В основу принципово нової кодифікації приватного права в Україні було покладено такі принципи, як свобода власності, підприємництва і договору, недопустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини, судовий захист будь-якого цивільного права. Саме ці принципи забезпечують функціонування і розвиток громадянського суспільства. З огляду на це новий Цивільний кодекс можна назвати **Кодексом громадянського суспільства** або **Кодексом приватного життя**»².

За роки, що пройшли від моменту набрання кодексом чинності, він повністю підтвердив, що є ключовим законодавчим актом «для людини і про людину».

Назвавши ЦК України «людською Біблією», яка регулює життя кожної людини від першого подиху до останньої хвилини життя, А. С. Довгерт зауважує: «Звичайно пересічні українці не носять в кишені Цивільний кодекс. То ж для кого він написаний – для пересічних людей чи юристів? Безумовно, для всіх! Люди щоденно користуються встанов-

¹ Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. Санкт-Петербург, 2004. С. 177.

² Головатий С. Цивільний кодекс: від політичного до соціального договору в Україні. *Українське право*. 1996. Число 2. С. 4.

леним цим актом правопорядком, а юристи спрямовують зусилля на підтримку останнього»¹.

Традиційно цивільне право регулювало майнові відносини, у тому числі за участю фізичних осіб, які склали переважну більшість у предметі правового регулювання.

Водночас при підготовці проекту нового ЦК його розробники принципово по-іншому підійшли до визначення ролі цивільного права у врегулюванні суспільних відносин за участю фізичних осіб. Перш за все це стосується регламентації немайнових прав, зокрема таких, що не пов'язані з майновими.

Зважаючи на те, що Цивільний кодекс кожної країни віддзеркалює цінності конкретного суспільства, що дає можливість визначити ідеологічну і майнову основу, на якій це суспільство планує будувати своє майбутнє, особисті немайнові права фізичної особи зайняли своє місце в предметі сучасного цивільного права України, набули статус автономного правового інституту, подолавши багато перешкод, переважна більшість з яких була обумовлена ідеологічними факторами.

На нашу думку, цивільно-правове регулювання було би істотно збіднене, якби воно вичерпувалося виключно впливом на майнові відносини.

Виходячи із значення особистих немайнових прав фізичної особи в процесі її життєдіяльності, розробники прийняли рішення про виокремлення цього нормативного матеріалу в окрему Книгу другу «Особисті немайнові права фізичних осіб».

Хоча на етапі розробки і прийняття ЦК у літературі висловлювалися деякі сумніви щодо доцільності спеціального регулювання в окремій книзі особистих немайнових прав фізичної особи, досвід застосування цих норм засвідчує, що вони здійснюють важливий вплив на усвідомлення того, що кожна людина, її життя, здоров'я, честь і гідність є найважливішими цінностями в суспільстві, яке проголошує себе громадянським.

¹ Усі досягнення людства – завдяки свободі, гарантованій у Цивільному кодексі. *Голос України*, № 37, 20 лютого 2021. С. 4.

Відзначимо, що виокремлення правових норм, які регламентують особисті немайнові права фізичних осіб в окрему книгу ЦК України, дало поштовх аналізу теоретичних проблем цього інституту в цивілістичній доктрині, результатом яких стали наукові роботи, що свідчать про формування нового напрямку в правових дослідженнях¹.

Логіка законодавця, за якою особисті немайнові права не просто розміщені серед інших традиційних цивільних прав, але й передують їм, визнана на сьогодні майже усіма цивілістами і ґрунтується на переконанні в тому, що соціальна цінність, соціальна значущість особистих немайнових прав значно вища, ніж прав, які існують у матеріальній сфері суспільства, оскільки вони є, перш за все, конституційними правами, духовною основою суспільства і виступають передумовою забезпечення свободи власності, свободи договору, свободи підприємництва тощо².

Досвід застосування приписів, які містяться в Книзі другій ЦК України, дає підстави стверджувати, що цивільно-правова регламентація особистих немайнових прав фізичної особи стала цілком виправданою. Більше того, зарубіжне законодавство в цій частині свідчить про можливість значно розширити діапазон впливу цивільного права на особисті немайнові відносини.

Планується змінити назву цієї книги, розширивши обсяг правового регулювання за рахунок закріплення деяких особистих немайнових прав юридичної особи (права на інформацію, права на ділову репутацію та ін.).

Крім того, пропонується «укрупнення» особистих немайнових прав шляхом структурування нормативного матеріалу.

Так, особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи, доцільно розглядати, включаючи право на життя, право на здоров'я, репродуктивні права, право на свободу природного існу-

¹ Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві. Поняття, зміст, система, особливості здійснення та захист. Хмельницький, 2007. 625 с.; Давидова Н. О. Особисті немайнові права. Київ, 2008. 159 с.; Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів. Харків, 2013. 550 с.; Федюк Л. Особисті немайнові права юридичних осіб. Івано-Франківськ, 2013. 499 с.

² Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ, 2020. С. 78.

вання, право на особисту недоторканність, право на особисту безпеку, право на особисту гідність.

До складу особистих немайнових прав, які забезпечують соціальне буття фізичної особи, входять право на ім'я та пов'язані з ним засоби персоніфікації (індивідуалізації), право на індивідуальність, право на честь і право на репутацію, право на свободу пересування, право на вільний вибір місця проживання, право на свободу творчої (художньої, наукової, технічної) діяльності, право на вибір роду занять, право на приватність фізичної особи від зовнішнього втручання з боку соціальної групи.

Наведене свідчить, що через два десятиліття застосування Книги другої ЦК особистий статус індивіда в цивільному законодавстві України одержав нове бачення, яке передбачає значно більш широкий діапазон можливостей особистості, закріплений у приписах Книги другої.

Особливої уваги заслуговують із врахуванням їх високої соціальної цінності репродуктивні права, які забезпечують здійснення репродуктивної функції фізичної особи і включають право на репродуктивний вибір, право на репродуктивне здоров'я, право на інформацію щодо репродуктивних прав, право на таємницю здійснення і захист репродуктивних прав.

Регламентация в чинному ЦК України особистих немайнових прав фізичної особи і перспективи їх подальшого розвитку слугують беззаперечною ілюстрацією того, що сучасний розвиток цивільно-правових конструкцій спрямований на найбільш повне і ефективне вформування відносин за участю фізичних осіб.

Про це надзвичайно влучно писав С. С. Алексеев: «Через повсякденність, нудну рутину побутових справ, дрібні вчинки і операції буденного життя, які щоденно повторюються, через всю цю «дріб'язковість» і неухильну звичку, у плоть і кров усього населення входять засади свободи, самостійності особистості, її високого, захищеного статусу в суспільстві»¹.

¹ Алексеев С. С. Гражданский кодекс. Заметки из истории подготовки проекта. Замечания о содержании Кодекса, его значении и судьбе. В кн.: Гражданский кодекс России. Проблемы, Теория. Практика. М., 1998. С. 27.

Сучасний світ охоплений інтеграційними процесами. Це повною мірою стосується і приватного права. Воно значною мірою «інтернаціоналізується».

Як зазначає Клаус Петер Бергер, «загалом можна сказати, що європейська правова культура зазнає радикальних змін: від надмірно формалістичних традицій до культури істотно менш формальної і менш позитивістської, ніж були традиційні культури Європи.

Ці паралелі подій в Європі і на світовому глобалізованому ринку створюють благотворний ґрунт для неформального прагматичного правила «знизу наверх»¹.

Процес оновлення приватного права, який набув глобального характеру, здійснюється шляхом гармонізації.

Насамперед в Європі розроблені рекомендаційні акти, метою яких є формування загальних підходів до регламентації найбільш актуальних проблемних питань.

А. С. Довгерт зауважує: «На межі століть спільними зусиллями сотень фахівців із країн Європи були знайдені найоптимальніші та глобально-придатні правові норми (рішення) для багатьох сфер приватноправових відносин. Такі норми-рішення втілено в численних міжнародних документах з уніфікації приватного права. Час показав, що зазначені акти «випромінують» величезну «гармонізуючу» силу. На їх основі в європейських країнах розпочалася найновіша модернізація (й одночасно гармонізація) національних цивільних кодексів і приватноправових доктрин... Світова (особливо європейська) тенденція до уніфікації та гармонізації приватноправового регулювання слугує вагомим чинником сучасної рекодифікації цивільних кодексів багатьох країн»².

Ідея гармонізації сучасного приватного права бере свої витоки із розробки Принципів європейського контрактного права, опублікованих у трьох частинах у 1995, 2000 і 2003 роках. Ці Принципи були

¹ Claus Peter Berger, "European Private Law, lex Mercatoria and Globalisation". Towards a European Civil Code, p. 55.

² Довгерт А. С. Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники і передумови для старту. *Право України*. 2019. № 1. С. 30.

підготовлені комісією під керівництвом датського професора Оле Ландо і стали загально відомі як Принципи Комісії Оле Ландо.

Один із членів комісії з уніфікації європейського договірного права Р. Циммерман підкреслював, що «принципи європейського договір-ного права – це продукт спільних зусиль компаративістів... Автори проекту Принципів доклали значні зусилля до того, щоб їх робота не ґрунтувалася на окремих юридичних системах. Їх підхід був компаративістським за своїм характером. Вони намагалися, настільки це було можливим, виділити загальну суть договірного права всіх держав – членів Європейського Союзу і на цьому підґрунті створили функціо-нуючу систему»¹.

Аналізуючи найбільш важливі активи європейської уніфікації приватного права, слід назвати, насамперед, Принципи міжнародних комерційних контрактів UNIDROIT (у редакції 2016 р.), також Прин-ципи, визначення та модельні правила Європейського приватного права. Проект Загальної системи координат 2009 р. (DCFR); Конвенцію ООН про договори міжнародної купівлі-продажу 1980 (CISG).

Уніфікація приватного права на міжнародному рівні має на меті створення для бізнесу і судової практики таких регуляторних інструментів, які б повною мірою відповідали потребам сучасного майнового обороту не тільки між контрагентами однієї країни, так і тих, хто здійснює свою діяльність у різних країнах. До процесу створення сучасного уніформо-ваного приватного права були залучені видатні фахівці-науковці та практики, завданням яких було синтезувати найкращі рішення конк-ретних правових завдань, які виникають у різних правових системах.

Як зазначається в Концепції оновлення Цивільного кодексу України, «зважаючи на сучасний стан (якість та кількість) уніфікації мате-ріальних норм приватного права, можна зробити висновок про суттєве «визрівання» міжнародної моделі реформ як чинника рекодифікації»².

Саме тому міжнародні уніфікаційні документи стали одним із найважливіших та найсуттєвіших джерел у процесі рекодифікації.

¹ Циммерман Р. На пути к Гражданскому кодексу Европы? *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*. 2007. № 9. С. 76 (переклад з англійської).

² Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ, 2020. С. 72.

Це обумовлено тим, що учасники Робочої групи з рекодифікації ЦК України вбачали своє завдання, насамперед, у європеїзації українського приватного права, тобто в здійсненні оновлення ЦК України «за європейським сценарієм».

Не можна не погодитися з авторами DCFR (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference), що цей документ може бути «добрим зразком» для вдосконалення національного законодавства у сфері приватного права, незалежно від того, є держава членом Європейського Союзу чи ні. DCFR має велике практичне значення для держав, у яких розробляються нові цивільно-правові кодифікації або вдосконалюються існуючі кодекси¹.

Слід врахувати, що розробка міжнародних уніфікованих актів приватного права істотно вплинула на розвиток національних кодифікацій цивільного права в Німеччині, Франції, а також країнах Центральної та Східної Європи (Польщі, Чехії та Словаччині, Румунії, Угорщини, Болгарії, країнах Балтії та ін.)².

Не залишилися поза цим впливом і країни колишнього СРСР, зокрема Грузія, Молдова³.

Зауважимо, що хоча європейська гармонізація загальних підходів до врегулювання приватноправових відносин розпочалася з договірного права, але вона не обмежилася тільки цим важливим інститутом. Досвід успішної роботи Комісії Оле Ландо послугував добрим прикладом і для фахівців приватного права в інших сферах. Так, сформувалася група з розробки європейського деліктного права, яка на початку отримала назву «Група Тілбург», потім вона перемістилася до Європейського центру деліктного та страхового права у Відні. Ця група мала на меті зробити огляд деліктного права на компаративній основі та опублікувати окремі томи, присвячені протиправності, причин-

¹ Модельные правила европейского частного права. М., «Статут», 2013. С. 47.

² Сакович О. М. Опыт кодификации частного права в Чехии. *Журнал российского права*. 2013. № 1. С. 52–59. Також: Тереза Мроз (Tereza Mroz). Восстановление основ гражданского права в Польше после 1989 г. (вопрос права собственности).

³ Див. Бешу Серджиу. Последствия недействительности сделки согласно модернизированному Гражданскому кодексу Республики Молдова. Рекодифікація (оновлення) цивільного законодавства України: концепція, напрями, перспективи : збірник тез і статей X Міжнародного цивілістичного форуму. Київ, 2020. С. 51–58.

ності, шкоді, суворій відповідальності, змішаній вині і множинності заподіювачів шкоди¹.

Як зазначається в літературі, сформульовані в результаті серйозної наукової і проектної роботи норми-принципи заклали основи для загальних підходів до регулювання проблем деліктної відповідальності в європейських країнах, які відносяться до різних правових систем, хоча метою цього проекту і не була уніфікація деліктного права в країнах Європейського Союзу².

Аналіз еволюції розвитку вчення про деліктні зобов'язання в радянську добу, у тому числі у вітчизняному законодавстві, свідчить про певною мірою обмежене уявлення про місце і значення відповідних правових приписів у механізмі охорони суб'єктивних цивільних прав та їх відновлення і захисту в разі порушення. У літературі увага здебільшого також приділялася загальнотеоретичним проблемам деліктного права та регулювання сингулярних деліктів: питанням відшкодуванню шкоди, заподіяної джерелом підвищеної небезпеки та шкоди у зв'язку з каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю.

Хоча в період останньої кодифікації і були зроблені кроки на шляху «розгалуження» цього правового інституту, але навряд чи їх натепер можна визнати достатніми і такими, що відповідають рівню розвитку сучасного європейського та світового приватного права.

Виходячи із наведеного, у Концепції оновлення цивільного законодавства України особливо наголошується на визначальній ролі норм про відшкодування шкоди в масиві норм, присвячених регулюванню недоговірних зобов'язань, у зв'язку з чим необхідним є кардинальний перегляд загальних положень про відшкодування шкоди.

Особливо важливим є завдання по заміні бланкетних норм реальними регулятивними механізмами, що значно підвищить їх дієвість і ефективність.

Важливим викликом сучасному приватному праву в контексті його гармонізації є проблема визначення співвідношення, співіснування,

¹ Див. Циммерман. Вказ. стаття. С. 78.

² Див. Губаева А. К. Теория и практика национального деликтного права в ракурсе европейской цивилистики. Итоги международного форума. *Вестник Санкт-Петербургского университета*. 2013. Серия 14. Вып. 1. С. 92.

взаємного впливу і взаємного «проникнення» континентального і прецедентного (загального) приватного права, які на етапі свого історичного розвитку мали істотні відмінності. Перш за все це стосується правової конструкції довірчих відносин, у тому числі довірчої власності і трасту.

Ще в 1999 році міжнародною робочою групою були розроблені і опубліковані Принципи європейського права трасту. У подальшому значна увага категорії трасту була приділена в Книзі X DCFR («Трасти»). Безпосередньо в статті X. – 1:201 закріплене поняття трасту як «правовідношення, у якому довірчий власник зобов'язаний управляти або розпоряджатися одним або більше активами (трастовим фондом) у відповідності з умовами, які регулюють це правовідношення (умови трасту) в інтересах вигодонабувача або для досягнення суспільно корисних цілей».

У процесі розробки Концепції оновлення Цивільного кодексу України активно обговорювалися питання про доцільність і можливість використання трастових конструкцій, у тому числі фідучіарного фонду, при регулюванні речових відносин.

Характеризуючи стан розвитку сучасного приватного права в умовах глобалізації суспільних процесів, один із провідних фахівців у цій сфері Ю. Базедов зауважив: «Процес європеїзації приватного права, який ще півтора десятиліття тому уявлявся химеричним, став однією із провідних тенденцій розвитку права. У першу чергу даний процес вплинув на приватноправове мислення, нове покоління викладачів цивільного права більшою мірою, ніж раніше, виходить у своїх міркуваннях із загальноєвропейських інтересів. Процес європеїзації охопив більшу частину приватноправової науки. Збільшення пан'європейських груп, які свою діяльність присвячують порівняльним або гармонізованим дослідженням окремих приватноправових інститутів та правових сфер, говорить само за себе, як і поширена в різних країнах практика запрошення іноземних вчених-правознавців на внутрішні кафедри. Не в останню чергу слід враховувати і посилення європейського впливу на національне приватне право»¹.

¹ Базедов Юрген. Европейское гражданское общество и его право: к вопросу определения частного права в сообществе. *Вестник гражданского права*. 2008. № 1 (том 8). С. 225.

З цим не можна не погодитися. Сьогодні беззаперечним є висновок, що сучасне українське цивільне право твердо іде курсом європеїзації, і цей процес розпочався ще в період підготовки проекту чинного Цивільного кодексу України, а на етапі рекодифікації він отримав додаткові імпульси, що знайшло широке відображення в Концепції оновлення ЦК України.

Визначаючи особливості сучасного українського приватного права, слід особливо виділити таку рису як кореляція його розвитку із запитами правозастосування, які формуються на основі аналізу судової практики.

Як зазначається в Концепції, правозастосування є надзвичайно важливим чинником, що слугує критерієм ефективності правових норм. ЦК України надає доволі широкі можливості для судової дискреції в процесі їх застосування. Цьому сприяє наявність значного масиву оціночних понять у ЦК.

Судова практика також виявляє прогалини в правовому регулюванні і, впроваджуючи правовий механізм аналогії, дає можливість застосування на практиці основних засад цивільного права як закріплених у статті 3 ЦК, так і таких, які є загальновизнаними (верховенство права, правова визначеність, пропорційність, диспозитивність та ін.)

Водночас аналіз судової практики, яка формується в умовах «перманентної» судової реформи, подекуди доволі суперечливої за своїм характером, спонукає до обачливого і обережного ставлення до правових позицій, закріплених в окремих рішеннях касаційного цивільного та касаційного господарського судів у складі Верховного Суду, які не завжди є однозначними.

Цей фактор ще раз підкреслює важливість вирішення проблемних питань, виявлених у процесі правозастосування, на нормативному рівні, безпосередньо у Цивільному кодексі України.

Випадки неоднакового вирішення схожих проблем у постановках вищих судових інстанцій свідчать також про необхідність здійснення постійного моніторингу позицій судової практики, який повинен забезпечуватися доктринальними дослідженнями.

Цивілістична наука України має своїм основним завданням проведення досліджень, спрямованих як на виявлення існуючих проблем, так і на вдосконалення чинного цивільного законодавства. Одним із

пріоритетних напрямів розвитку науки приватного права є ґрунтовний аналіз фундаментальних проблем приватного (цивільного права), таких як система цивільного права, його співвідношення із цивільним законодавством, джерела сучасного приватного (цивільного) права, його методологія, місце цивільного права в системі сучасного права України, співвідношення з іншими галузями.

Водночас надзвичайно актуальною залишається прикладна проблематика, яка включає аналіз судової практики по окремих категоріях судових справ, а також загалом правозастосування у сфері приватного права.

Допоки в Україні такого рівня наукових досліджень, результати яких можна було би використати в процесі нормопроектування, бракує.

Завершуючи роздуми щодо стану сучасного приватного права в Україні та перспектив і тенденцій його оновлення, наведемо слова С. С. Алексеева: «...на порозі ХХІ століття, людство, судячи з багатьох чинників, стрімко входить в нову смугу історичного розвитку. І в цьому зв'язку доволі симптоматично, що і цивільне право ніби **пожвавилось, піднеслося**, стало розкриватися новими гранями, причому так, що в цивілістиці поєдналися дві фундаментальні лінії правового розвитку, які висловлюють, з одного боку, цінності приватного права, а з іншого – засади природного права в сучасному його значенні (право людини), і все це свідчить про все більше і ґрунтовне входження в життя суспільства цивільного права на новому ступені його розвитку – цивільного права ХХІ століття»¹.

Цілком поділяючи цю думку, зауважимо, що саме зараз, у процесі рекодифікації Цивільного кодексу України, від цивілістичної і загалом правової спільноти, від всього українського суспільства залежить, чи стане сучасне цивільне право України дійсно приватним у всіх своїх багатогранних проявах, європейським і повноцінно гармонізованим, комфортним для кожної людини і суспільства, зручним у його застосуванні, тобто таким, яке відповідає базовим людським цінностям і створює надійне підґрунтя для подальшого прогресивного суспільного розвитку України.

¹ С. С. Алексеев. Гражданское право в современную эпоху. С. 12.

1.2. ОСНОВНІ ЧИННИКИ І ПЕРЕДУМОВИ ООНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ, НАПРЯМИ РЕКОДИФІКАЦІЇ

Влітку 2019 року сталася важлива політико-правова подія: Кабінет Міністрів України прийняв постанову «Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України» від 17 липня 2019 року № 650¹. Урядовим актом тим самим визнавалася наявність у суспільстві соціальних та юридичних чинників і передумов для проведення *рекодифікації* приватноправового законодавства. Таке визнання підтверджувалося також парламентським актом², яким започатковано процес розробки *законопроекту* з рекодифікації. У цивілістиці під терміном «*рекодифікація*» пропонується розуміти проведення системних суттєвих новацій щодо змісту та структури чинного ЦК України (інших кодексів і законів, що формують приватноправове поле)³. Ціль даного дослідження полягає в з'ясуванні наявності або «зрілості» певних чинників і передумов для проведення рекодифікації ЦК України та в окресленні деяких її напрямів.

Загальна характеристика чинного ЦК України. Нова цивільно-правова кодифікація в Україні стала значним досягненням вітчизняної правничої думки та, безперечно, найбільш суттєвим кроком на шляху демократичних перетворень у країні за всі роки незалежності. Кодекс впевнено спрямовує відносини в напрямку ринку та громадянського

¹ Персональний склад робочої групи затверджено Наказом Міністерства юстиції України № 2771/7/1 від 24 липня 2019 року.

² Розпорядження Голови ВР України від 28 липня 2020 № 260 «Про створення робочої групи з підготовки законопроекту з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України».

³ Див.: Кабриак Р. Кодифікації / пер. с фр. Л. В. Головки. М. : Статут, 2007. 476 с.; Антоненко В. О. Кодифікація як самостійна форма систематизації правових джерел. *Форум права*. 2009. № 3. С. 35–42; Дудченко В. В. Загальні принципи кодифікації. Наукові праці Одеської національної юридичної академії / голов. ред. С. В. Ківалов; МОН України, ОНЮА. Одеса : Юрид. л-ра, 2009. Т. 8. С. 72–80; Дудченко В. В. До досвіду європейських кодифікацій. *Порівняльно-правові дослідження*. 2009. № 2. С. 8–14; Музика Л. А. Що є актуальним для сучасного цивільного законодавства: модернізація, системне оновлення чи рекодифікація? *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2015. № 1. С. 145–154; Довгерт А. С. Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники і передумови для старту. *Право України*. 2019. № 1. С. 27–41.

суспільства, незважаючи, навіть, на те, що він: (i) був прийнятий у спотвореному вигляді порівняно з його проектами, (ii) був приречений діяти в оточенні неринкового й протидіючого Господарського кодексу України, та (iii) ще й досі не повною мірою «підтриманий» доповнюючими законами та судовою практикою.

Новий ЦК України «працює» вже 15 років. Вважається, що такий строк не є «поважним віком»¹ для подібних кодифікацій, які завжди асоціюються з правовою стабільністю, передбачуваністю, надійністю тощо. Звідси робиться висновок про те, що сьогодні ставити питання про рекодифікацію ЦК України не на часі. На думку окремих авторів, кодекс потребує лише модернізації, зміст якої в «усуненні неточностей і неузгодженостей з іншим законодавством України, зокрема з Конституцією України»². Тобто пропонується продовжити практику внесення точкових змін, обсяг яких в окремих книгах ЦК України становить близько 8 відсотків їх структурних елементів³.

Незважаючи на доволі значний обсяг текстуальних змін, кодекс, утім, зберігає свою «плавучість». Навіть більша «пробоїна» у тілі кодексу не становить йому загрози в аспекті ефективності. Цей «корабель» не потоне тому, що «закладений» на природних і гнучких правових принципах, зокрема, таких, як «свобода договору» (ст. 3), «обов'язковість положень актів, що впливає із суті відносин між сторонами» (ст. 6), «врахування вимоги розумності і справедливості при визначенні розміру відшкодування» (ст. 23), «вільне визначення своєї поведінки у сфері свого приватного життя» (ст. 271), «непорушність права власності (ст. 321) та права інтелектуальної власності» (ст. 418), «ґрунтування зобов'язання на засадах добросовісності, розумності та справедливості» (ст. 509) тощо⁴.

¹ Навіть кожний радянський кодекс (ЦК УРСР 1922, ЦК 1963) діяв 40 років.

² Музика Л. А. Що є актуальним для сучасного цивільного законодавства: модернізація, системне оновлення чи рекодифікація? *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2015. № 1. С. 151.

³ Структурними елементами тут вважаються статті та їх назви, частини, абзаци, пункти. На нашу думку, більшість внесених змін до ЦК України були недоречними або редакційно зайвими.

⁴ Надалі такі принципи «розгортаються» законодавцем у групі доволі абстрактних норм кодексу для різних сфер правовідносин. Більш того, за допомогою цих принципів суддя або сторони можуть справедливо вирішувати будь-який казус за відсутності (непридатності) з тих чи інших причин «конкретизуючих» норм кодексу.

Виходить так, що ЦК України має неабиякий запас міцності завдяки втіленню в ньому важливих природних принципів приватного права¹. Проте він все ж не є «кодексом принципів»², адже його більша частина містить «звичайні» кодифіковані норми, і через це кодекси такого типу починають «старіти» наступного дня після їх прийняття. З часом «косметика» у вигляді епізодичних часткових змін положень кодексу стає нерезультативною. Тоді на порядок денний виходить питання рекодифікації.

Причини та передумови рекодифікації ЦК України. Основи концепції та змісту проекту ЦК України були створені у 1992–1996 роках³. З того часу за чверть століття в Україні та світі багато що змінилося в економічному, політичному та правовому вимірах.

Питання про рекодифікацію ЦК України не виглядало би сьогодні таким актуальним, якби на межі століть спільними зусиллями сотень фахівців країн Європи не були знайдені найоптимальніші та глобально-придатні правові норми (рішення) для багатьох сфер приватноправових відносин. Такі норми-рішення втілено в численних міжнародних документах з уніфікації приватного права. Час показав, що зазначені акти «випромінюють» величезну «гармонізуючу» силу. На їх основі у європейських країнах розпочалася найновіша модернізація (й одночасно гармонізація) національних цивільних кодексів та приватноправових доктрин. Сподіваємося, що Україна – на черзі! Таким чином, слід визнати, що світова (особливо європейська) тенденція до уніфікації та гармонізації приватноправового регулювання виступає вагомим чинником сучасної рекодифікації ЦК багатьох країн.

Проведення рекодифікації ЦК України за сучасним «європейським сценарієм» потребує логіка подальшої трансформації суспільства,

¹ Під час напрацювання проекту ЦК України у непрості 1990-ті роки лунали непоодинокі заяви про написання не кодексу приватного права, а «перехідного» кодексу. Проте розробники проекту відмовилися йти таким шляхом.

² Зважаючи на основоположну роль і «місію» правових принципів у регулюванні, людство, імовірно, колись змінить підхід до кодифікації: систематизувати стануть саме принципи, а не непромірно збільшений та ускладнений масив норм, який вже ніколи не вмщуватиметься у звичний для нас сьогодні формат кодексу.

³ Довгерт А. С., Калакура В. Я. Про підготовку проекту Цивільного кодексу України. *Українське право*. 1997. № 1. С. 110–116.

зокрема формування правдивої й ефективної *ринкової економіки* як невід'ємної складової громадянського суспільства та *євроінтеграційна спрямованість* всіх компонентів суспільства.

Українське суспільство за роки незалежності значно просунулося на шляху *ринкових перетворень*. На початку 1990-х років економічний вектор розвитку країни навіть чітко не вимальовувався, що змусило вчених-розробників «кроїти» майбутній ЦК «на виріст». Тільки у 2005–2006 рр. ЄС та США визнали Україну країною з ринковою економікою, хоча очевидно, що таке рішення мало явно політичне забарвлення. Як би там не було, ринкове економічне середовище сьогодні значно зміцніло порівняно з 90-ми роками минулого століття. Протягом наступного десятиліття варто очікувати значної гомогенності національної ринкової економічної системи з європейською. Тому, якщо зараз розпочати процес рекодифікації ЦК України, то якраз через 10–15 років більш розвинуті до цього часу внутрішні ринкові відносини «матимуть» досконаліше цивільно-правове регулювання, до того ж максимально гармонізоване з тим, яке діє в країнах ЄС. Взагалі ж, *євроінтеграційна спрямованість України* виступає сьогодні найсуттєвішим чинником реформ у всіх сферах суспільства. Можна навіть сказати, що основним напрямом рекодифікації ЦК України є подальша «європеїзація» кодексу. Нижче детальніше поглянемо на основні юридичні чинники та передумови рекодифікації цивільного законодавства в Україні, а саме: 1) стан міжнародної уніфікації норм приватного права; 2) сучасні реформи цивільного законодавства країн ЄС на основі засад та норм міжнародних актів; 3) спроможність приватноправової доктрини в Україні до наукового супроводу процесу рекодифікації.

Міжнародні документи з уніфікації приватного права. Моделі оптимальної регламентації для багатьох сфер приватноправових відносин сьогодні пропонуються численними директивами і регламентами ЄС, іншими актами, зокрема такими, без перебільшення, епохальними міжнародними документами як Принципи міжнародних комерційних контрактів УНІДРУА [ред. 2016 р.] («далі – *Принципи УНІДРУА*»), Принципи європейського контрактного права («далі – *Принципи Ландо*»), Принципи, визначення та модельні правила Європейського

приватного права. Проект Загальної системи координат 2009 р. (далі – «*DCFR*» або «Проект європейського приватного права»), Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (далі – «*Конвенція*» або «*CISG*»). Наведений далеко не повний перелік актів показує, що в напрямку створення широкого глобально-уніформованого приватного права зроблено величезні кроки¹.

Названі документи мають однакові уніфікаційні цілі, принципи, формулювання численних правил, причому раніше прийнятий у часі інструмент виконував роль своєрідного «трампліну» для наступного. Водночас акти різняться за багатьма параметрами, зокрема за юридичною силою, за географією застосування, за колом включених до них правових питань тощо.

Відмінна риса *CISG* полягає в тому, що *Конвенція* станом на 1 січня 2019 р. є зобов'язуючим актом для понад 80 країн-учасниць. Такої юридичної сили не мають інші документи: *Принципи УНІДРУА* та *Принципи Ландо* є кодифікаціями м'якого права у сфері договірних зобов'язань, а об'ємний документ *DCFR* створений як наукова модель патримоніального права без печатки офіційного схвалення. *Конвенція* та *Принципи УНІДРУА* створювалися світовими міжнародними організаціями і мають універсальний характер. Що ж стосується *Принципів Ландо* та *DCFR*, то вони розроблені спеціальними комісіями ЄС і формально є регіональними актами, хоча за своїм впливом та значенням виходять далеко за межі регіону. Всі названі міжнародні акти пропонують моделі правового регулювання передовсім для міжнародних комерційних контрактів. Так, згідно з ч. 1 ст. 1 *CISG*, *Конвенція* застосовується до договорів купівлі-продажу товарів між сторонами, комерційні підприємства яких знаходяться в різних державах. У Преамбулі *Принципів УНІДРУА* також мова йде про те, що вони встановлюють загальні правила для міжнародних комерційних договорів. Європейські документи вже не вказують на своє застосування лише в міжнародно-комерційній сфері. Вони мають характер загальних правил договірною

¹ Довгерт А. С. Сучасні приватноправові реформи в Україні з огляду на формування всесвітньогромадянського права. К. : АПРН України, Київський регіональний центр, 2009. 20 с.

права країн ЄС та пропонуються як для міжнародних, так і внутрішніх договорів; як для комерційних, так і некомерційних правочинів.

Хоча *Конвенція* присвячена конкретному виду договору, тим не менше її принципи та окремі норми стали «проєкціями» загального договірного права, які згодом знайшли відображення в документах. *Принципи УНІДРУА та Ландо* охоплюють положення щодо, зокрема: укладення договору; повноважень агентів; дійсності, тлумачення та змісту договору; виконання договорів; невиконання договорів; окремих засобів захисту від невиконання; множинності кредиторів та боржників; уступки прав та переведення боргу; зарахування зустрічних вимог; позовної давності; зобов'язань під умовою; капіталізації відсотків. Значно ширше коло правових питань включено до *Проекту європейського приватного права*. Останній, крім положень у згаданих вище сферах (книги I–III), пропонує ще правила стосовно окремих видів договорів (книга IV: купівля-продаж, найм речей, послуги тощо), недоговірних зобов'язань (книги V–VII: дія в чужому інтересі без доручення, делікт, безпідставне збагачення), деяких питань правового регулювання рухомого майна, зокрема набуття та припинення права власності (книга VIII), реальних забезпечень (книга IX) і трастів (книга X). Таким чином, сьогодні *DCFR* містить найбільшу за всю історію світової систематизації кількість уніформованих матеріальних норм приватного права.

Наведені вище міжнародні акти все ширше застосовуються в бізнесі та судовій практиці. Вони визнані такими інструментами, які повністю відповідають потребам сучасного майнового обігу, як між контрагентами однієї країни, так й між сторонами різних країн. Причому вони не зазнали впливу політичних інтересів якоїсь однієї країни. Не менш важливе й те, що ці міжнародні акти загалом стали результатом праці професорів і юристів-практиків багатьох країн та синтезом найкращих рішень конкретних правових завдань («*best practices*») з різних правових систем. Зважаючи на сучасний стан (якість і кількість) уніфікації матеріальних норм приватного права, можна зробити висновок про суттєве «визрівання» міжнародної моделі реформ як чинника рекодифікації. На нашу думку, названі вище міжнародні уніфікаційні документи повинні стати найсуттєвішим джерелом для українських фахівців у процесі рекодифікації ЦК України та інших актів.

Реформи цивільного законодавства країн ЄС на основі засад та норм міжнародних актів. Вагомим чинником для проведення рекодифікації ЦК України стає новітнє реформування приватного права в країнах ЄС, зокрема розробка й прийняття нових ЦК та законів, модернізація «старих» цивільно-правових кодифікацій з урахуванням європейських та універсальних міжнародних документів.

Першою країною, у якій міжнародні акти з уніфікації приватного права отримали визнання та практичне втілення, стала *Німеччина*, де на початку 2000-х років відбулося реформування зобов'язального права. Новели Німецького цивільного кодексу (*далі* – BGB) були спрямовані на спрощення деяких складних правових конструкцій (наприклад, «неможливість виконання»), на модифікацію правил щодо способів правового захисту і строків позовної давності¹.

Так, введення єдиного критерію для визначення відповідальності – «порушення зобов'язання», яке охоплює як його невиконання та неналежне виконання і відповідає трактуванню «*non-performance*» у *Принципах Ландо* (§ 280 BGB, ст. 9:501 *Принципів Ландо*), дало змогу реформувати німецьку систему способів правового захисту, яка раніше базувалася на численних типах порушень. Модифікований BGB закріпив правило уніфікаційних документів, відповідно до якого кредитор може на свій розсуд скористатися будь-яким найоптимальнішим для нього способом правового захисту. У новій редакції BGB прямо зафіксовано право кредитора на відмову від договору у випадку його невиконання або неналежного виконання. У новому зобов'язальному праві *Німеччини* закріплені також тотожні *Принципам Ландо* підстави відмови боржника від виконання зобов'язань у натурі, зокрема такі як неспіврозмірність витрат боржника вигоді кредитора у зобов'язанні, особистий характер виконання (§ 275 (2) BGB, ст. 9:102 (2) *Принципів Ландо*).

Міжнародні акти з уніфікації приватного права мали також значний вплив на реформування положень BGB щодо позовної давності. У відповідності до *Принципів Ландо* в BGB була зафіксована загальна позовна давність тривалістю в 3 роки (до цього вона складала 30 років);

¹ Zimmerman R. The new German law of obligations. Historical and comparative perspective. Oxford / New York : Oxford University press, 2005. 240 p.

встановлена суб'єктивна система давності, відповідно до якої початок перебігу позовної давності визначається з моменту, коли кредитор дізнався про факти, які породжують право вимоги. Німецький законодавець скористався також правилами *Принципів Ландо* щодо підстав для переривання перебігу позовної давності. Так, перебіг позовної давності переривається (а після цього починається заново) у випадках визнання боржником вимоги кредитора шляхом сплати частини боргу, здійснення кредитором дій з метою прийняття виконання. До BGB включені нові підстави призупинення строку давності через початок судового провадження і ведення переговорів.

У результаті щойно проведеної реформи договірного права та загальних положень про зобов'язання у Франції та частина Кодексу Наполеона, котра завжди здавалася «непорушним базальтовим фундаментом цивільного права Франції»¹, гармонізована із «загальноєвропейським приватним правом». Прийнятий Урядом цієї країни Ордонанс № 2016-131 від 10 лютого 2016 р. «Про реформу договірного права, загального режиму зобов'язань та їх доказування», був включений французьким Парламентом до Французького цивільного кодексу (*надалі* – Code Civil) і почав діяти з 1 жовтня 2016 р. Ордонанс значною мірою дотримується європейських тенденцій уніфікації договірного права та спирається більше на *Принципи УНІДРУА* та *Принципи Ландо*, ніж на законодавство інших країн. Так, наприклад, до Code Civil вводяться положення, які посилюють принцип «*good faith*». Тепер договір мусить базуватися на цьому принципі не тільки при його виконанні, але й при його формуванні. До кодексу вводиться добре відома в Європі клаузула «*rebus sic stantibus*», яка дає право стороні вимагати перед судом зміни або розірвання договору тощо.

Зараз у Франції активно обговорюється наступна реформа щодо цивільно-правової відповідальності, як договірної так і позадоговірної. У березні 2017 р. Міністерство юстиції Франції опублікувало відповідний доопрацьований проект². Порівняно з попереднім проектом

¹ Захватаєв В.Н. Кодекс Наполеона. К. : Алерта, 2016. С. 1250.

² Reform Bill on Civil Liability (March 2017). Presented on the 13 March, 2017 by Jean-Jacques Urvoas, *garde des sceaux*, Minister of Justice following a public consultation undertaken between April and July 2016. URL: <http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/projet-de-reforme-du-droit-de-la-responsabilite-civile-29782.html>

(квітень 2016 р.) у новому проекті збільшена кількість статей і глав, а також посилена орієнтація на концепції і формулювання міжнародних документів. Проект 2017 р. складається з 83 статей та 6 глав (попередні положення; умови відповідальності; підстави виключення відповідальності та звільнення від відповідальності; наслідки відповідальності; договірні умови відповідальності; спеціальні режими відповідальності).

Нові члени ЄС (колишні країни-сателіти чи республіки СРСР: *Польща, Чехія, Угорщина, Румунія, Словаччина, Болгарія, Словенія, Латвія, Литва, Естонія*) до вступу в Союз не мали, як правило, нових цивільних кодексів чи законів¹. Більшість з названих країн лише відкоригували «старі» цивільне законодавство відповідно до нових економічних умов. Але з набуттям членства в ЄС у багатьох «країнах-новачках» приймаються нові цивільні кодекси, зокрема в *Румунії* (2009 р., набув чинності 1 жовтня 2011 р.), *Чехії* (2012 р., набув чинності з 1 січня 2014 р.), *Угорщині* (2009 р., набув чинності з 2013 р.). *Польща та Словаччина* вже стоять на порозі нових кодифікацій². Міжнародні документи з уніфікації норм матеріального приватного права справили неабиякий вплив на нові угорський, чеський та румунський ЦК. Так, наприклад, новий ЦК *Угорщини* в питаннях відшкодування шкоди в договірних зобов'язаннях дотримується положень *CISG* (ст. 79), *Принципам УНІДРУА* (ст. 7.1.7(1)), *Принципів Ландо* (ст. 8:108(1)), *DCFR* (ст. III – 3:104). У новому ЦК *Угорщини* закріплені положення названих міжнародних інструментів стосовно передбачення наслідків порушення договору (ст. 9:503 *Принципів Ландо*, ст. III – 3:703 *DCFR* и ст. 7.4.4 *Принципів УНІДРУА*) тощо. На положеннях *Принципів Ландо* та інших

¹ Певна специфіка спостерігалася в прибалтійських країнах: так, *Латвія* в 1992–1993 р. повернулася до ЦК 1936 р.; *Литва* в 2000 р. приймає новий ЦК, а *Естонія* – закони про Загальну частину ЦК (2002 р.), про речове право (1993 р.), зобов'язальний закон (2001 р.), Комерційний кодекс (1995 р.) тощо. Слід також мати на увазі, що балканські країни відносяться, як правило, до країн «часткової кодифікації» приватного права, у яких діють не цивільні кодекси, а окремі закони про власність, про зобов'язальні правовідносини, про спадкування тощо.

² Див.: Алунару К. Реформа громадянського права в Румунії. *Вестник громадянського права*. 2011. № 1. С. 279–290; Захватаєв В. Сучасне цивільне законодавство й судова система Угорщини. *Правоохоронні органи та судоустрій*. 2012. № 9. С. 26–31; Суханов Е. А. Восточноевропейские кодификации гражданского и торгового права. *Вестник гражданского права*. 2012. № 5. С. 199–229.

«уніфікаційних» міжнародних актів базується щойно розроблений Проект реформи Цивільного кодексу *Латвії*. На цих же позиціях формується концепція кодифікації та проекти майбутнього цивільного кодексу *Словаччини*¹.

Важливою характеристикою сучасного розвитку права країн Центральної та Східної Європи виступає рішуча відмова від «дуалізму» приватного права. Так, одночасно з набуттям чинності новим ЦК Чехії припинив дію її Торговий кодекс 1991 р. Разом із Чехією від торгових кодексів у наступних роках відмовилися *Угорщина, Польща, Румунія* та інші країни. Якщо у 1900-х роках торгівлі кодекси мала половина із 20 країн цього регіону, то зараз їх кількість скоротилася вдвічі. За словами проф. Л. Векоша, ХХ ст. ясно продемонструвало процес відмови від самостійних кодифікацій торгового права та інтеграції його норм у загальне приватне право, а «комерціалізація» загального приватного (цивільного) права усунула потребу у відокремленому договірному праві для підприємців та виключила будь-яку необхідність в «особливому праві підприємців»².

Під час процесу рекодифікації ЦК України законодавчий досвід Франції, Німеччини, нових членів ЄС буде конче корисним.

Приватноправова доктрина в Україні та рекодифікація. Необхідною передумовою створення концепції та нормативного тексту проекту рекодифікації ЦК України і деяких «прилеглих» до нього законів є спроможність вітчизняної доктрини цивільного (приватного) права «очолити» та науково забезпечити реформаторський процес.

Річ у тім, що нині у світі роль приватноправової доктрини в нормотворчій діяльності як ніколи висока. Ще в ХІХ ст. у західноєвропейських країнах законодавчим роботам передувало створення якісного теоретичного фундаменту³, в основу якого було покладено ідею

¹ Jurcova Monica. Re-codification of Slovak Civil Law. URL: http://iclr.upol.cz/wp-content/uploads/2011/03/22_23_Jurcovc_Monika-29-46.pdf; Private Law Reform / ed. By Petr Lavicky, Jan Hurdik. Brno, 2014. P. 257–282.

² Векаш Л. О новом гражданском кодексе Венгрии. *Вестник гражданского права*. 2010. № 4. С. 248–249.

³ Цивільне законодавство України (основні категорії, принципи та концепти) : монографія / авт. кол.; за заг. ред. Є. О. Харитонова. Одеса : Фенікс, 2012. С. 5–9.

рецепції римського приватного права¹, що й спричинило високий рівень гармонізації їх внутрішнього цивільного права. Зараз у цих країнах продовжується процес зближення цивільного законодавства на базі попередніх (часом спільних або скоординованих) наукових досліджень. Зближення їх національних доктрин, термінології тощо у сфері приватного права завдячує багатьом обставинам, серед яких: глобалізація та регіоналізація життя в різних проявах; вільні рух та співпраця вчених; поява зазначених вище міжнародних джерел м'якого права «доктринального» характеру тощо.

Історично в Україні (принаймні на більшій її частині), як і в інших країнах, які розвивалися за візантійським цивілізаційним вибором, законотворення відбувалося, як правило, за відсутності адекватної методологічної бази, попередніх глибоких наукових розвідок тощо².

Без належної теоретичної бази також розпочиналася в 1992 р. остання кодифікація цивільного права України. Правова наука «не встигала» за докорінними перетвореннями в нашому суспільстві, які полягали в ознаках переходу від планової економіки до ринкової, від соціалістичного суспільства до капіталістичного, від всеохоплюючої державної власності до приватної, від закритого від світу суспільства до відкритого, від тоталітаризму до демократії тощо. У 1990-х роках фундаментальні наукові установки, уявлення, терміни тощо, які були притаманні соціалістичній доктрині цивільного права, почали поступово відмирати, трансформуватися, наповнюватися новим змістом.

Завдання щодо зміни парадигми вітчизняної науки цивільного права випало на долю розробників проєкту ЦК України. Саме процес підготовки нового кодексу (1992–2002 рр.) став важливим чинником розвитку доктрини³. Працюючи над концепцією та текстом проєкту,

¹ Харитонов Є. О. Рецепція римського приватного права: (Теоретичні та історико-правові аспекти). Одеса, 1997. 281 с.; Харитонов Є. О. Україна – Європа: проблеми адаптації у галузі приватного права. Одеса : Фенікс, 2017. С. 62.

² Харитонов Є. О. Рецепція римського приватного права: теоретичні та історико-правові аспекти : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних та правових вчень; філософія права. Одеса, 1997. С. 37.

³ Довгерт А. С. Кодифікація цивільного права незалежної України – важливий етап розвитку цивілістичної доктрини. Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України. Х. : Право, 2013. С. 56–80.

вченими-розробниками була сформульована низка наукових ідей, які започаткували перехід до нової парадигми науки цивільного права в Україні. Серед цих нових уявлень для наукової спільноти України, зокрема, були: ідея природного приватного права, співвідношення останнього із законом; верховенство права в приватноправовій сфері; відновлення поділу права на публічне і приватне; знаходження системи та принципів приватного права, структури позитивного (писаного) приватного права; виявлення універсалізму природного та писаного приватного права; поділ юридичних осіб на особи публічного і приватного права та розробка системи останніх тощо¹.

Завдяки розробці нового ЦК України вітчизняна нормативна система та доктрина приватного права набули основних світових характеристик. Розробники проекту ЦК України виходили з того, що природне приватне право є одним-єдиним для всього людства, тобто природні закони мають універсальний характер для людей незалежно від їх національного або державного угруповання. Універсалізм природного приватного права «пробиває» собі дорогу і в позитивному праві. Тенденція розвитку останнього в напрямі формування всесвітнього приватного права стає все очевиднішою. Становлення єдиного європейського приватного права розглядається одним з етапів формування всесвітнього позитивного приватного права – найбільш наближеного до конфігурації природного. Ідея спряженості вітчизняної доктрини і законодавства в приватноправовій сфері з відповідними компонентами в країнах ЄС посідала авангардне місце при реконцептуалізації української цивільно-правової доктрини.

Певною перешкодою на шляху широкоохоплюючого оновлення ЦК України можуть стати застарілі теоретичні уявлення чималой групи правників країни щодо природи, змісту, структури, конструкцій цивільного права. Так, наприклад, важлива установка доктрини про цивільний кодекс як кодифікацію всього приватного права, «атакована» прихильниками радянського, так званого «галузевого», струк-

¹ Довгерт А.С. Теоретичні засади сучасної кодифікації цивільного права України. Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. Т. 3: Цивільно-правові науки. Приватне право / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Х. : Право, 2008. С. 55–78.

турування права. У науковому середовищі стає все більш поширеним невірне уявлення про те, що приватне право складається з таких галузей, як цивільне право, сімейне право, трудове право тощо. Як і в радянську «старину» для кожної такої «галузі» відшукуються предмет, метод тощо. Те, що такі дослідники «гордо» кваліфікують «галуззю», називається в ст. 9 ЦК України «сферою» приватного (цивільного) права. «Цивільним», «сімейним» чи «трудовим» правом можуть бути тільки учебні дисципліни або законодавство. Увесь нинішній «галас» щодо «галузей» приватного права, «підгалузей» цивільного, «комплексних галузей» тощо є насправді «запрошенням» до часів А. Вишинського – часів, за яких влада, скасувавши поділ права на приватне і публічне, запропонувала замість нього сурогатний галузевий поділ (що б «дитя» не плакало). Непотрібність та шкідливість (особливо для вразливого студентства) таких дискусій є очевидною. Вони, не додаючи практичної користі, відкривають «ворота» для «концепцій» типу «господарського права» та відволікають від вивчення і дослідження справжніх інструментів приватного права¹.

Іноді слабка думка окремих вітчизняних теоретичних праць марно б'ється в трикутнику: «радянське цивільне право – сучасне російське право – та спотворені «господарниками» вітчизняні правові реалії». Деформації зазнають багато важливих елементів нової парадигми науки цивільного права України, що намітилась у 1990-х роках. Ці деформації стосуються наукових установок щодо джерел, учасників цивільних відносин, юридичних осіб, багатьох питань речового та зобов'язального права тощо.

Поширеним стало вільне трактування поняття «організаційно-правова форма юридичної особи». Наприклад, які тільки «нові» форми непідприємницьких юридичних осіб не пропонується включати до ЦК України: громадське об'єднання, асоціація, об'єднання співвласників, споживче товариство, непідприємницький кооператив,

¹ Ми також не підтримуємо пропозицію розглядати категорію «приватне право» лише як наднаціональний феномен, концепт, а категорію «цивільне право», як національний відбиток цього концепту, який (відбиток) є галуззю!! національного права. На нашу думку, такий погляд не віщує нічого іншого, крім плутанини в науці. До того, такий підхід не підкріплюється ні в дореволюційній, ні в сучасній європейській літературі, у якій категорії «приватне право» і «цивільне право» використовуються як тотожні.

саморегулівні організації, заклад, фонд, громадські формування тощо. Державні класифікатори організаційно-правових форм взагалі містять не один десяток таких форм. У ЦК України передбачено лише дві організаційно-правові форми для всіх юридичних осіб приватного права, що відповідає західній доктрині: товариства (загально-цивільні або підприємницькі) та установи. Критерій поділу тут є «життєвим» і зрозумілим для учасників цивільно-правових відносин: різні варіанти об'єднання осіб/майна – для перших, або виокремлення майна, яке «оживляється» стороннім управлінням, для других. Протягом багатьох років дії ЦК України юридичні особи України все ще не переведені в запропоновану кодексом систему координат, а законодавство ще й досі оперує не зрозумілими у світі приватними, комунальними, державними, казенними та іншими підприємствами і організаціями. Така ситуація є колосальним гальмом усєї економіки України. І це не завжди усвідомлюється дослідниками.

В Україні не може також «прижитися» зрозумілий для західних країн погляд на державу і територіальні громади як на публічні корпорації – юридичні особи публічного права. Правничий загал не повністю усвідомив навіть новели ЦК України щодо юридичних осіб публічного права. Так, у кодексі записано, що учасниками цивільних відносин є держава Україна, Автономна Республіка Крим (АРК), територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права. Ці положення (ч. 2 ст. 2 ЦК України) часом тлумачать таким чином, що кодекс відносить державу, територіальні громади тощо до самостійного, окремого, третього виду учасників цивільних відносин. Таке тлумачення не відповідає концепції ЦК України, засадам громадянського суспільства та доктрині приватного права. Світова практика не знає іншої юридичної конструкції для визнання центру юридичних інтересів як суб'єкта цивільного права, ніж конструкції юридичної особи. Тому державу Україна та територіальні громади в цивільному обігу слід характеризувати як юридичні особи публічного права. Значення цього висновку важко переоцінити. Наприклад, міжнародний цивільний обіг був би просто неможливим, якщо в державі чи в міжнародних урядових організаціях – учасниках цивільних відносин, вбачалось би щось інше за юридичних осіб

публічного права. На помилковість поглядів на державу в цивілістичному аспекті, як на особу *sui generis* (а не як на юридичну особу), вказують навіть деякі положення українських законів¹.

Вітчизняна цивілістична теорія речового і зобов'язального права також далека від свого «європейського зразка». Вітчизняні дослідники ще «всерйоз» оперують категоріями «оперативне управління», «господарське відання», інколи – «форми» власності. Варто, правда, відмітити, що доктрина цивільного права в Україні значно покращилася за рахунок багатьох новел у сфері зобов'язального права, які до того ж знайшли втілення в ЦК України. Проте з тих часів у світовій теорії та законодавстві із зобов'язального права відбулися колосальні трансформації. Достатньо лише нагадати згадані вище міжнародні уніфікаційні документи.

Не дивлячись на невідповідність окремих параметрів вітчизняної та «європейської» доктрин цивільного права², все ж вважаємо, що вітчизняній науці «під силу» забезпечити процес рекодифікації ЦК України. Слід визнати, що сьогодні українська цивільно-правова наука і кодифікація не виглядають «*terra incognita*» на правовій мапі світу. Також варто зазначити, що з часу набуття чинності ЦК України (1 січня 2004 р.) у країні здійснено численні наукові дослідження з широкої проблематики приватного права. Важливо також і те, що по тематиці всіх книг ЦК України виконані докторські дисертації, окремі висновки яких позначають напрями рекодифікації. В юридичну науку і практику прийшло нове молоде покоління цивілістів, які своїми працями довели готовність до рішучого зближення вітчизняної доктрини із західноєвропейською наукою цивільного права.

Деякі напрями рекодифікації. Оновлення чинного ЦК України пов'язується із скасуванням *Господарського кодексу України* (ГК України), із суттєвою модернізацією змісту та із значними структурними новачками ЦК України.

¹ Див., наприклад, відповідні статті Закону України «Про міжнародне приватне право», Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». У ст. 3 останнього документа сказано, що Україна, в особі її органів, а також інші держави діють у комерційній сфері як *юридичні особи*.

² Довгерт А. С. Про зближення доктрин цивільного права в Україні та західноєвропейських країнах. *Часопис цивілістики*. 2017. № 27. С. 178–183.

Скасування ГК України. На зміст рекодифікації передовсім вплине беззастережна ліквідація ГК України. Причому скасування цього антиринкового акта, загальною спрямованістю на знищення всієї системи права країни, є передумовою рекодифікаційних робіт.

Доля ГК України вирішена самим життям, розвитком громадянського суспільства і ринкової економіки в Україні. Прийняття Верховною Радою України в 2003 р. Господарського кодексу було найбільшою законодавчою трагедією сучасності, яка призвела не просто до виникнення численних правових колізій, розбалансування національного законодавства, але сприяло (разом з іншими чинниками) економічній стагнації і фактично розкраданню народного (державного і комунального) майна. Господарський кодекс відобразив підходи до врегулювання відповідних відносин, притаманні плановій командно-адміністративній економіці часів СРСР, і був нав'язаний країні зникаючими з політичної арени квазікомуністами, червоними директорами і окремими держчиновниками. І першим і другим конче потрібно було законсервувати острівки радянського права: для одних – це була надія на повернення в радянське минуле, для інших – інструмент для збагачення за рахунок привласнення держпідприємств.

Натепер ГК України через розвиток ринкового законодавства втратив свою «регулюючу силу», якої було обмаль навіть спочатку. А українські суди за увесь час дії кодексу часто його не застосовували в разі виникненні колізії між нормами цивільного та «господарського» права. Сьогодні ГК України перетворився на «тінь» і одночасно «гальмо» комерційного законодавства, яке між тим набирає обертів (тут мається на увазі закони про акціонерні товариства, про банки і банківську діяльність, про цінні папери і фондовий ринок, про захист економічної конкуренції, з процедур банкрутства та десятки інших системних законів у цій царині).

Переважна більшість норм ГК України є відсильними або такими, що дублюють (часом з певними термінологічними чи іншими відмінностями) положення ЦК України та низки законів у комерційній сфері. Ще одна група норм ГК України, що стосується «трьох скакунів» цивілістики: особи – речі – зобов'язання, спотворюють європейську традицію приватного права та заважають формуванню ринкового середовища.

Тому в ГК України залишається мало з того, що варто переносити до оновленого ЦК України. До останнього, безумовно, будуть перенесені ті положення, які свого часу були «висмикнуті» з проекту ЦК України. Наприклад, поняття підприємництва (зараз це ст. 42 ГК), зміст корпоративних прав (нинішня ст. 167 ГК). Відповідно до § 5.25. *Концепції оновлення Цивільного кодексу України*, пропонується відмовитися від штрафної неустойки (як загального правила), замінивши її конструкцією залікової неустойки¹. Аналогічне рішення передбачено ст. 232 ГК України. Тому «з натяжкою» можна сказати, що дана норма буде «переноситися» до оновленого ЦК України.

Після прийняття ГК України влада неодноразово заявляла про рішучі наміри його скасування як антиринкового акту. Проте він ще й досі залишається в силі, примножуючи колізії у сфері підприємницького законодавства та нагадуючи всім про «вседолаюче» вчення марксизму. Відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання в їх приватно-правовому сегменті, мусять регулюватися ЦК України та комерційним законодавством. Останнє нікуди не подінеться, кане в Лету лише ГК України. Але, як кажуть: «те, що мертво, померти не може».

Модернізація змісту ЦК України. Пропоноване оновлення ЦК України, виходячи із суті новітніх реформ цивільного права багатьох країн ЄС та міжнародних документів, на основі яких вони здійснювалися, завжди пов'язувалося передовсім з питаннями загальної частини зобов'язального права та окремих видів зобов'язань².

Зобов'язальне право в українській кодифікації, незважаючи на значні новації, у багатьох своїх конструкціях все ж таки було певним «відбитком» старої матриці. Так, наприклад, з ЦК УРСР 1963 р. до нової кодифікації «перейшли», зокрема, концепція «винної» відповідальності, обмежений набір форм відповідальності та навіть такі недоліки попередньої кодифікації як невизначеність і неповнота окремих елементів відповідальності (наприклад, обставин непереборної сили), через що

¹ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. К.: Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 44.

² Довгерт А. С., Кузнецова Н.С. Цивільний кодекс України: визнані здобутки кодифікації (до 10-річчя дії ЦК). *Приватне право*. 2013. № 2. С. 15–28.

у правовій доктрині і практиці іноді створюються дивовижні мозаїки з тих чи інших аспектів відповідальності. З іншої сторони, людство значно просунулось уперед у питанні вивчення й удосконалення цієї правової матерії. У рамках рекодифікаційних пропозицій у вітчизняних працях пропонувалося модернізувати існуючий масив норм (статей) у даній сфері на основі правових позицій вищих судових органів України та нових підходів до цієї «теми», відображених у важливих міжнародних документах і в законодавстві країн ЄС¹. Науковці «приміряли» на українську «дійсність» такі відсутні в ЦК України західні інструменти цивільно-правової відповідальності (або тісно пов'язані з нею), як *відповідальність за недобросовісне ведення переговорів (culpa in contrahendo)*², *публічний штраф у деліктних зобов'язаннях (civil penalty)*³, *судовий штраф за невиконання судового рішення (l'astreinte)*⁴, *відповідальність за неправдиві запевнення та гарантії (representations and warranties)*⁵, *компенсація втрат (indemnity)*⁶, *плата за невмотивовану відмову від договору (break-up fee)*⁷ тощо.

¹ Довгерт А. С. Цивільно-правова відповідальність у ЦК України: шляхи оновлення. Модернізація цивільно-правової відповідальності. Матвеевські цивілістичні читання : матеріали міжн. наук.-практ. конф. Київ, 18 жовт. 2019 р. / Р. А. Майданик, Цюра та ін.; відп. ред. Р. А. Майданик. К., 2019. С. 51–55.

² Відповідальність за недобросовісне ведення переговорів (*culpa in contrahendo*) передбачена, зокрема, ст. 2:301 та 2:302 Принципів Ландо, ст. II. – 3:301 та II. – 3:302 DCFR. Суть цього інституту полягає в тому, що сторона, яка недобросовісно веде або перериває переговори про укладення договору або розголошує конфіденційну інформацію, повинна відшкодувати іншій стороні завдані цим збитки.

³ Спеціальний публічний (громадський) штраф (*civil penalty*), який накладається судом на особу в деліктних правідносинах, яка свідомо завдала шкоди заради користі.

⁴ Судовий штраф, що приписується судом на випадок невиконання (астрент, франц. – *l'astreinte*). Така міра впливу представлена в Принципах УНДРУА (ст. 7.2.4).

⁵ Англо-американський досвід свідчить, що ефективним механізмом зниження ризиків комерсантів виступає такий інститут як відшкодування збитків за неправдиві запевнення сторони договору (*запевнення про обставини, англ. – representations/warranties*). При укладенні договору сторони часто підтверджують важливі для правочину обставини. Закон передбачає обов'язок сторони, яка надала неправдиві відомості про суттєві для правочину обставини, відшкодувати іншій стороні заподіяні цим збитки та сплатити неустойку.

⁶ Зміст *indemnity* у тому, що сторони комерційного договору передбачають угодою обов'язок однієї сторони відшкодувати втрати іншій стороні, які виникли при настанні визначених у договорі обставин.

⁷ *Break-up fee* передбачає можливість встановлення у договорі стягнення плати за реалізацію права на односторонню відмову від виконання зобов'язання або односторонню зміну його умов.

У сфері недоговірних зобов'язань європейські документи (*DCFR*, Принципи європейського деліктного права тощо) також орієнтують нас на проведення модернізації змісту як усіх вміщених у ЦК України недоговірних зобов'язань, так і окремих їх видів, які там не регламентовані, але присутні в зарубіжних джерелах (наприклад, використання чужого майна в інтересах інших осіб; обіцянка відшкодування збитків; шкода завдана інформацією чи порадою тощо)¹.

Сьогодні стає очевидним, що системних змін потребують не тільки зобов'язальне право та певні його проєкції на конструкції загальної частини ЦК України (принципи, правочини тощо), але всі без винятку книги чинного кодексу. Причин для цього чимало. Серед них, крім судової практики застосування окремих положень ЦК України або вдалим оригінальних наукових пропозицій, варто назвати *DCFR*, який пропонує модельні норми і принципи для значно ширшого кола правових питань, ніж договірні зобов'язання. Як було показано вище, ним охоплюється ще правила стосовно недоговірних зобов'язань, права власності, забезпечення тощо. Шляхом розширення сфери рекодифікації, зокрема за рахунок включення нових книг щодо сімейного права і міжнародного приватного права (*далі* – МПрП), і повинен відбуватися процес оновлення ЦК України.

Структурні новації. Модернізований і доповнений зміст рекодифікаційного акта потребуватиме змін структурної форми як на макрорівні (книги), так і на структурних рівнях розділів, підрозділів, глав, параграфів, статей. На макрорівні завжди пропонувалося повернення до структури проєктів ЦК 1996–2001 років, які включали книги «Сімейне право» та «Міжнародне приватне право».

Як відомо, розробники проєкту ЦК України, спираючись на результати дослідження системи приватного права, запропонували таку структуру документа, яка, крім звичайних для пандектної системи п'яти частин, включала ще три частини – особисті немайнові права фізичних осіб, право інтелектуальної власності та міжнародне приватне право. У 1996 р.

¹ Довгерт А. С. Система недоговірних зобов'язань. *Науково-практична конференція «Нові тенденції зобов'язального права» (Матвеевські цивілістичні читання)* : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Київ, 27 жовтня 2018 року. К. : ТОВ «Білоцерківдрук», 2019. С. 29–31.

проект нового ЦК України був представлений у восьми книгах, розміщених у такій послідовності: «Загальна частина» (книга перша); «Особисті немайнові права фізичних осіб» (книга друга); «Речове право» (книга третя); «Право інтелектуальної власності» (книга четверта); «Зобов'язальне право» (книга п'ята); «Сімейне право» (книга шоста); «Спадкове право» (книга сьома); «Міжнародне приватне право» (книга восьма)¹.

Згодом, вже після другого читання запропонованого розробниками проекту ЦК у ВР України (2000 р.), різними антиринковими силами було нанесено безліч ударів по його формі і змісту. Не зупиняючись на деталях цієї законодавчої трагедії та пояснень-виправдань заводіїв, лише зазначимо, що в результаті цих нападів ефективність прийнятого і нині діючого ЦК України була значно знижена порівняно з проектом. Особливо тяжкі наслідки сталися через такі два зрадницькі удари. Перший із них – це прийняття антагоністичного приватному праву Господарського кодексу України, який фактично «заблокував» дію ЦК України в приватноправових відносинах у сфері бізнесу (юридичні особи, частина речових та зобов'язальних відносин). Другий тяжкий удар прийшовся по структурі: від кодифікації від'єднали дві книги («Сімейне право» і «Міжнародне приватне право»), тим самим порушив логіку та ергономіку системи законодавства, що призвело до значних втрат у правозастосуванні, навчанні юристів тощо.

Сьогодні знову постає питання про оптимальну структуру майбутнього оновленого кодексу. Відповідь на це питання допоможуть знайти, крім вчення Ф. Савіньї², новітні рекодифікаційні процеси в різних

¹ Цивільний кодекс України. Проект від 25 серпня 1996 р. *Українське право*. 1996. № 2. С. 31–469.

² Вбачаючи сутність цивільних (приватних) правовідносин у незалежному пануванні індивідуальної волі щодо власної особи, неживої природи та чужих осіб, Ф. Савіньї наводив вичерпний перелік їх видів: сімейні, речові, зобов'язальні та спадкові правовідносини. Відповідно система приватного права, що вибудовувалася Савіньї на внутрішній сутності її частин (вчений називав їх «інститутами») та органічному зв'язку з природою людини, складалася з речового права, зобов'язань, сімейного права (чистого та прикладного) і спадкового права. П'ятим інститутом системи приватного права пропонувалася *Загальна частина*, яка вміщувала б спільні положення (суб'єкти права, захист порушених прав тощо) щодо всіх інших чотирьох частин системи. За визнанням самого Савіньї, його система приватного права, що отримала назву «пандектної», була насправді удосконаленням давньої та найпоширенішою серед юристів інституційної або римської системи. Див.: Савіньї Ф. К. фон. Система сучасного римського права. Т. 1 / пер. с нем. Г. Жигуліна; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут, 2011. С. 456–504.

країнах світу. За 20 років вже нинішнього століття прийнято чимало нових цивільних кодексів у країнах всіх континентів: наприклад, в Америці – ЦК *Аргентини* (2014), ЦК *Бразилії* (2002); в Європі – кодекси *Литви* (2000), *Молдови* (2002), *Каталонії* (2002–2018), *Румунії* (2009), *Чехії* (2012), *Угорщини* (2013); в Азії – ЦК *В'єтнаму* (2015) тощо. Згадані новітні кодифікації відбулися в країнах, що відносяться до різних правових традицій. Водночас наведені кодифікації за великим рахунком відображають систему права, запропоновану Ф. Савіньї. Вони (крім ЦК *В'єтнаму*) містять книги (частини) не тільки речового, зобов'язального і спадкового права, але й *сімейного права*.

Відрив від цивільного кодексу сімейного права і оголошення його самостійною галуззю права з окремою кодифікацією вважається зазіханням на європейську систему приватного права. Після пандектистів та прийняття BGB трактування сімейного і спадкового права, як самостійних функціональних частин приватного права, не зустрів жодної критики. З таким підходом погодилися усі правові школи, прийнявши доводи представників Природного права та додаткові аргументи Ф. Савіньї, зокрема про те, що ця частина приватного права, більш ніж зобов'язання, замішана на етичних і моральних елементах. Сьогодні в усіх країнах континентального права сімейне право є частиною не тільки приватного права, але й цивільних кодексів, як «старих» і «класичних» (ФРН, Італія, Іспанія, Франція, Швейцарія тощо), так і модерних (Аргентина, Бразилія, Грузія, Квебек, Литва, Нідерланди, Румунія, Грузія, Естонія, Румунія, Чехія, Угорщина тощо). На думку розробників останніх, сімейне право і в наш час також неможливо розглядати окремо від цивільного, навіть з погляду юридичної техніки – настільки органічно питання сімейного права вплетені в канву всього цивільного права. Отже, включення сімейного права до оновленого ЦК України слід вважати архіважливим кроком до гармонізації української доктрини і законодавства з *jus commune*. Відокремленість сімейного права завжди розглядалося на Заході характерною рисою соціалістичної системи права. Окремі сімейні кодекси зберігаються у В'єтнамі, РФ, деяких пострадянських та мусульманських країнах. До них у 2020 р. приєдналися так звані «ДНР» та «ЛНР», а мусульманські вчені розробили недержавний Мусульманський

Сімейний Кодекс (2014), замішаний на Шаріаті та спрямований «проти західної експансії на ісламську систему цінностей».

У новітніх цивільних кодифікаціях закріпилася також лінія на включення до їх структур окремих книг (частин) *про міжнародне приватне право*. Цивільні кодекси *Аргентини, В'єтнаму, Литви, Молдови, Монголії, Нідерландів, Румунії, РФ, Таджикистану* мають розвинуті масиви колізійного права. Такі розділи цивільних кодексів поряд із колізійними нормами мають часом норми міжнародного процесуального права.

У 1994 році розробники проекту ЦК України на підставі вивчення світової практики кодифікації МПрП та аналізу історії права в Україні запропонували кодифікацію та новелізацію українського колізійного права в рамках цивільного кодексу. У структурі останнього нормам МПрП відводилась окрема книга, до якої передбачалося включити не тільки положення у сфері міжнародних цивільних відносин у їх «вузькому» розумінні, а й колізійні правила сімейного і трудового права, а також норми міжнародного цивільного процесу. Фактично йшлося про створення спеціального закону про МПрП у рамках нового ЦК.

Висновки щодо форми та структури кодифікації МПрП, до яких прийшли розробники чверть століття потому, підтверджуються сьогоднішньою законодавчою практикою держав. На це вказують наведені вище новітні цивільні кодекси. Цікаву «арифметику» з приводу вміщення колізійної кодифікації наводить відомий американський колізіоніст Симеон Симеонідес у нещодавно опублікованій праці. Дослідник взяв всі відомі кодифікації МПрП у світі за 50-річний період (1962–2012). Їх виявилось 94 (разом із чотирма завершеними на той час проектами) у 86 країнах Африки, Азії, Європи та Америки. У 13 країнах із 86 відбулася фрагментарна кодифікація колізійних норм в актах вузької сфери дії (наприклад, у законах про набуття чинності нормативних актів, сімейних кодексах тощо). Чотири (4) країни (Бельгія, Болгарія, Туніс та Туреччина) назвали свої автономні кодифікації кодексами, а 27 країн – переважно законами про МПрП. Більшість же країн (42) – вмістило кодифікацію МПрП до цивільних кодексів¹.

¹ Symeonides S. *Codifying Choice of Law Around the World: an International Comparative Analysis*. New York : Oxford University Press. 2014. P. 5–6.

Якщо ж ми візьмемо лише кодифікації МПрП останніх двох десятиліть ХХІ ст., то вони, як видно з вищесказаного, також показують широке використання для свого «пристанища» цивільних кодексів. Поява ж окремих законів про МПрП у деяких країнах пояснюється відсутністю в них або взагалі цивільних кодексів або ж розпочатих процесів їх модернізації.

Зміст нової книги оновленого ЦК України може складатися з модернізованих положень Закону України «Про міжнародне приватне право», які свого часу «запозичені» з Книги 8 проекту ЦК України. Зауваження окремих правознавців про, начебто, незвичність включення до цивільного кодексу процесуальних норм або колізійних норм щодо відносин, які не є його предметом (наприклад, «трудових»), нам здається не обґрунтованим. Так, можливість включення таких колізійних норм надає загальний підхід до кодифікації цивільного права, відповідно до якого ЦК України розглядається як кодифікація всього приватного права, що означає застосування його норм до всіх приватних відносин (у тому числі і до тих, які складаються у сферах сім'ї, праці, охорони навколишнього середовища тощо), якщо в законодавстві відсутності спеціальні правила. Досвід зарубіжних країн (Аргентина, Квебек, Перу) свідчить про доцільність включення до кодексу й норм міжнародного цивільного процесуального кодексу. За таким підходом ліквідується надмірний плюралізм у внутрішніх джерелах колізійного права. Такий прийом знімає також питання про створення в майбутньому якогось «інтеграційного» закону про МПрП. Варто також взяти до уваги той факт, що в МПрП немає чіткої межі між матеріальним та процесуальним правом. Так, деякі правові інститути (наприклад, інститут позовної давності), які в континентальному праві вважаються інститутами матеріального права, у країнах *common law* належать до інститутів процесуального права. Крім того, у багатьох країнах цивільний процес відноситься до сфери приватного права.

Відновлення книги «Міжнародне приватне право» у ЦК України відповідатиме її правовій традиції (у ЦК 1963 р. містилася подібна частина, хоча під іншою назвою: «Застосування іноземного права та міжнародних договорів, правоздатність і дієздатність іноземних громадян»). Практична користь у перенесенні колізійного права

до кодексу полягає в підвищенні як його ролі в регулюванні приватних відносин, так і ваги самих правил МПрП. А сам кодекс набуватиме завершеного вигляду: якщо в попередніх книгах йдеться про врегулювання внутрішніх цивільно-правових відносин, то в останній книзі пропонуються спеціальні механізми регулювання у випадку появи в даних цивільно-правових відносинах міжнародних ознак. Включення правил МПрП до цивільних кодексів надасть усьому систематизованому правовому масиву характер єдності, логічності і зручності в користуванні, а також додаткові переваги так званої «автономної» кодифікації.

Етапи рекодифікації. З огляду на основні напрями оновлення цивільного законодавства, першим етапом рекодифікації повинно стати скасування ГК України.

Наступними кроками в цьому процесі зараз пропонуються книжкові оновлення: спочатку рекодифікація Книги першої, потім Книги другої і так далі – до Книги восьмої про міжнародне приватне право.

На наш погляд, поетапність робіт може бути іншою за змістом. Так, наступний етап, після скасування ГК України, умовно можна назвати «поверненням до загальноприйнятого у світі концепту приватного права» або «основним ривком». Його суть вбачається у внесенні найважливіших системних змін до кожної книги ЦК України (включно з новими книгами щодо сімейного права та міжнародного приватного права). Даний підхід дозволить у короткий строк вивести вітчизняне приватне право на європейські «орбіти». Решту запропонованих у *Концепції оновлення Цивільного кодексу України* змін можна залишити на третій етап, який може триватиме не один рік і полягатиме в остаточній «доводці» кодексу до «кондиції» аналогічних актів, що діють у країнах ЄС.

Висновки. Проведення рекодифікації ЦК України потребує логіка подальшої трансформації суспільства, зокрема формування правдивої й ефективної ринкової економіки як невід'ємної складової громадянського суспільства. Євроінтеграційна спрямованість України також виступає сьогодні найсуттєвішим чинником реформ у всіх сферах суспільства. Можна навіть сказати, що основним напрямом рекодифікації ЦК України є подальша «європеїзація» кодексу. Вагомим

чинником сучасної рекодифікації ЦК багатьох країн, України в тому числі, стала світова (особливо європейська) тенденція до уніфікації та гармонізації приватноправового регулювання. Зусиллями сотень фахівців країн Європи знайдені найоптимальніші та глобально-придатні правові норми (рішення) для багатьох сфер приватноправових відносин. Такі норми-рішення втілено в численних міжнародних документах з уніфікації приватного права. Виходячи із сучасного якісного стану останніх, можна зробити висновок про достатнє «визрівання» міжнародної моделі реформ як чинника рекодифікації. До наступного вагомого чинника для проведення рекодифікації ЦК України можна віднести новітні реформи приватного права в країнах ЄС, зокрема розробка і прийняття нових кодексів та законів, модернізація «старих» цивільно-правових кодифікацій з урахуванням європейських та універсальних міжнародних документів. Необхідною передумовою створення концепції та нормативного тексту проекту рекодифікації ЦК України становиться сьогодні спроможність вітчизняної доктрини цивільного (приватного) права «очолити» та науково забезпечити реформаторський процес. Незважаючи на невідповідність європейським підходам окремих параметрів вітчизняної науки цивільного права, останній в цілому «під силу» забезпечити процес рекодифікації ЦК України. Що стосується напрямів рекодифікації, то, на думку автора, системних суттєвих змін та структурних новацій зазнають не тільки розділи зобов'язального права, а й усі книги кодексу, включно з новими двома книгами щодо сімейного права та міжнародного приватного права.

1.3. ГАРМОНІЗАЦІЯ СУЧАСНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА: ВИКЛИКИ ЧАСУ

Загальновідомим є те, що гармонізація є характерною рисою розвитку сучасного приватного права. Це обумовлено різними причинами: інтеграційними процесами в Європі, які «повинні підтримуватися прогресивною гармонізацією певних правових норм... та розвитком Європейської культури, яка заснована на спільних

фундаментальних цінностях»¹; а також тим, що «приватне право є центральним питанням глобалізації»². При цьому останнім часом, принаймні у Європі, ключову роль у створенні орієнтирів гармонізації приватного права відігравали вчені, які у відповідь на критику законодавчої діяльності ЄС створювали робочі групи з розробки принципів та зводів права, які б могли бути покладені в основу згармонізованих приватноправових норм³.

Принципи Європейського договірного права (PECL). Вперше ідея гармонізації договірного права була висловлена ще на початку 60-х років ХХ ст. Ван Хекке. У середині 70-х років О. Ландо розвив її, запропонувавши створення Європейського зводу договірного права. У 1980 р. він очолив неурядову робочу групу, яка іменувалася Комісією з Європейського договірного права. Перший результат роботи Комісії був опублікований у 1995 році під назвою «Принципи Європейського договірного права, частина I». Цей документ був присвячений виконанню та наслідкам невиконання договорів і способам захисту⁴. У подальшому текст створених Принципів був переглянутий і доповнений ще 5 розділами. З'явилася друга частина Принципів. Консолідована версія (перша та друга частини Принципів) були опубліковані в 1999 році⁵. У 2003 році були випущені додаткові глави PECL, що складають частину III цього документа⁶. Таким чином, PECL містять принципи та норми, що регулюють загальні положення договірного права.

Кожна стаття PECL містить коментар, що пояснює причини її створення, мету, дію, співвідношення з іншими правилами, а також тлумачить окремі поняття, вживані в статті. Кожна стаття PECL містить

¹ Jerzy Rajski, On the Need for a Progressive Harmonization of Private Law in the European Union: The Role of Legal Science and Education, *Juridica International* XI/2006, p. 21.

² Daniale Caruso, *Private Law and State-Making in the Age of Globalization*, *International Law and Politics*, Vol. 39:1, 2006. P. 3.

³ Юрген Базедов, *Право открытых обществ – частное и государственное регулирование международных отношений*, М., Норма, 2016. С. 156–157.

⁴ Lando O., Beale H. *Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-Performance and Remedies, Part 1*. Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1995. 235 p.

⁵ Lando O., Beale H. *Principles of European Contract Law, Parts I and II*. The Hague: Kluwer Law International 2000. 561 p.

⁶ Lando O., Clive E., Prum A., Zimmerman R. *Principles of European Contract Law, Part III*. The Hague : Kluwer Law International, 2003. 291 p.

також примітки, які являють собою порівняльно-правовий аналіз з певного питання, що є предметом регулювання даної статті. Порівняльно-правовий аналіз ґрунтується на нормах національного законодавства країн ЄС.

Разом з тим розробники зазначають, що під час створення PECL вони не обмежувалися дослідженням права лише європейських країн. Були використані також Єдиний торговий кодекс США та Американський звід договірної права¹.

Згідно із задумом розробників, PECL мали слугувати необхідною правовою основою для «заходів, що вживаються або будуть вживатися в майбутньому органами ЄС. Вони покликані допомагати як органам Спільноти в розробці відповідних заходів, так і судам, арбітражам та юридичним консультантам у застосуванні заходів Спільноти»². PECL також можуть використовуватися сторонами договору, що мають місце проживання або місце ведення бізнесу в різних державах-членах ЄС, і бажають, щоб їх договірні відносини регулювалися нейтральним правом, яке являє собою не національне право певної держави, а систему норм, виведених на підставі найкращих вирішень тих чи інших питань, запропонованих різними юрисдикціями в межах Європи, а іноді і поза ними³.

Розробники вбачали у PECL одне із джерел нового *lex mercatoria*. Тому одне з їх призначень – допомогти арбітражу вирішити справу в тих випадках, коли сторони зазначили, що їх договір буде регулюватися *lex mercatoria*, «міжнародно прийнятими принципами» чи вжили інше подібне висловлювання. PECL розглядалися як джерело допомоги для суддів та арбітражів у випадках, якщо певне питання не врегульовано або недостатньо врегульовано національним правом або іншою системою норм застосовуваного права, оскільки вони є «спільною серцевиною» («*common core*») Європейських правових систем. З цієї причини вважалося, що регулювання, запропоноване PECL, може слугувати моделлю для гармонізації договірної права держав-членів ЄС⁴.

¹ Lando O., Beale H. Principles of European Contract Law, Parts I and II. ... P. XXVI.

² Там само.

³ Там само.

⁴ Lando O., Beale H. Principles of European Contract Law, Parts I and II. ... P. XXIII–XXIV.

Задуми розробників щодо можливого застосування PECL були зафіксовані у ст. 1:101, згідно з якою призначення PECL – бути загальними нормами договірного права ЄС. Застосовуватися вони можуть, якщо сторони: 1) домовилися про включення їх у свій договір або про те, що їх договір регулюється PECL; 2) домовилися про те, що їх договір регулюється «загальними принципами права», «*lex mercatoria*» або подібними правилами; 3) не обрали певної системи або норми права для регулювання свого договору. Згідно зі ст. 1:101 (4) PECL вони можуть застосовуватися для вирішення питання, яке не може бути вирішене згідно із застосовуваною системою.

Принципи Європейського права (PEL). У 1999 році розпочала свою діяльність Робоча група з Європейського цивільного кодексу, яку очолив німецький професор Крістіан фон Бар. Зусилля групи були переважно зосереджені на розробці норм, що регулюють окремі види договорів, позадоговірні зобов'язання. Результат роботи Комісії відображений у Принципах Європейського права (PEL) – зводі модельних правил окремих інститутів зобов'язального права, що включають такі книги: «Надання послуг»¹, «Комерційне агентування, договори франчайзингу і дистриб'юторські договори»², «Дії в чужому інтересі без доручення»³, «Оренда товарів»⁴, «Особисте забезпечення»⁵,

¹ Principles of European Law. Service Contracts (PEL SC). Study Group on a European Civil Code. Prepared by Maurits Barendrecht, Chris Jansen, Marco B.M. Loos, Andrea Pinna, Rui Cascao, Stéphanie van Gulijk. Munich: Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code 2006. 1034 p.

² Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC). Prepared by Martijn Hesselink, Jacobien W. Rutgers, Odavia Bueno Díaz, Manola Scotton, Muriel Veldmann. Munich: Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code 2006. 371 p.

³ Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Benevolent Intervention in Another's Affairs (PEL Ben Int). Prepared by Christian von Bar. Munich: Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code 2006. 471 p.

⁴ Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Lease of Goods (PEL LG). Prepared by Kare Lilleholt, Anders Victorin, Andreas Fötschl, Berte-Elen R. Konow, Andreas Meidell, Amund BJORANGER Torum. Munich: Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code 2007. 367 p.

⁵ Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Personal Security (PEL Pers. Sec.). Prepared by Ulrich Drobnig. Munich: Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2007. 567 p.

«Принципи Європейського права купівлі-продажу»¹, «Позадовірня відповідальність, що виникає із заподіяння шкоди іншій особі»², «Безпідставне збагачення»³, «Набуття і припинення права власності на майно»⁴, «Договори доручення»⁵, «Довірче право»⁶, «Речове забезпечення рухомого майна»⁷, «Дарування»⁸.

Можна стверджувати, що книги PEL є спеціальною частиною PECL. Такий висновок впливає з аналізу статей їх окремих книг. Так, наприклад, відповідно до ст. 1:201 PECL правила PECL застосовуються до будь-якого договору, що охоплюється сферою дії PECL, якщо не встановлено іншого.

Це підтверджується й висловлюванням розробників PECL, які, зокрема, зазначають, що «на додаток до загальних положень договірного права, що містяться у PECL, Робоча група з Європейського цивільного кодексу розробила серію спеціальних норм, що регулюють найчастіше використовувані окремі договори. Певні питання загального

¹ Principles of European Law on Sales (PELS). Study Group on a European Civil Code. Prepared by Professor Dr. Ewoud Hondius, Dr. Viola Heutger, Dr. Christoph Jelschek, Dr. Hanna Sivesand, Aneta Wiewiorowska. Munich: Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2008. 485 p.

² Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.). Prepared by by Christian von Bar. Munich: Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2009. 1384 p.

³ Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. PEL Unjustified Enrichment (PEL Unj.Enr.). Prepared by Stephen Swann, Christian von Bar. Munich: Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2010. 740 p.

⁴ Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Acquisition and Loss of Ownership of Goods. (PEL Acq.). Prepared by Brigitta Lurger, Wolfgang Faber. Munich: Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2011. 1728 p.

⁵ Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Mandate Contracts (PEL MC). Prepared by Marco B.M. Loos, Odavia Bueno Díaz. Munich: Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2012. 549 p.

⁶ Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Trust Law. Prepared by Stephen Swann. Munich: Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2013. 600 p.

⁷ Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Proprietary Security in Movable Assets. (PEL Prop. Sec.). Prepared by Ulrich Drobnig and Ole Böger. Munich: Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2015. 935 p.

⁸ Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Donation. (PEL D.). Prepared by Martin Schmidt-Kessel. Munich: Sellier european law publishers, together with Study Group on a European Civil Code, 2014. 354 p.

регулювання (які застосовуються не лише до договорів купівлі-продажу), такі як дійсність, укладення договору, регулюються PECL і не будуть повторюватися в Книзі, присвяченій купівлі-продажу. PECL також вплинули на вибір концепцій та термінології, використовуваних у цій Книзі»¹. PECL містять правила, що є більш вигідними для споживачів, порівно з нормами PECL, оскільки останні більш комерційно орієнтовані². Ідентичні положення щодо співвідношення PECL із певною книгою PECL містяться в кожній із них³.

Крім співвідношення із PECL, книги PECL розглядають питання щодо співвідношення одна з одною. Наприклад, відповідно до ст. 1:101 (5) PECL МС: «Договори, до яких застосовуються ці Принципи та PECL SC, розглядаються як такі, що переважно регулюються цими Принципами»⁴.

Кожна стаття книг PECL містить: коментар, який тлумачить зміст статті, ілюстрації (приклади, що дозволяють пояснити певне положення); порівняльні нотатки (охоплюють загальний порівняльно-правовий аналіз національного права країн ЄС із певного питання, що є предметом регулювання даної статті); національні нотатки (детально пояснюють підхід того чи іншого національного права до регулювання певного питання.).

Принципи Європейського страхового права (PEICL). У 2004 році ЄЕСК висловив Думку щодо «Європейського договору страхування»⁵. У цьому документі підкреслюється необхідність гармонізації у сфері правового регулювання відносин страхування у країнах ЄС. Було запропоновано гармонізувати насамперед регулювання переддоговірних обов'язків, укладення договору, вимоги до страхового полісу, строк дії договору страхування, страхового посередництва, збільшення ризику, страхової премії, страхових випадків. З цією метою ЄЕСК закликав Європейську Комісію здійснити порівняльно-правові дослідження у сфері договорів страхування для того, щоб підтвердити, що зусилля

¹ PECL... P. 101, 102.

² PECL... P. 102.

³ PECL SC... P. 127; PECL МС... P. 109.

⁴ PECL МС... P. 3.

⁵ 413th Plenary Session on 15 and 16 December 2004. Opinion of the European Economic and Social Committee on 'The European Insurance Contract'. (2005/C 157/01). URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:157:0001:0015:EN:PDF>

із гармонізації страхового договірної права на рівні Співтовариства є необхідним та можливим.

Проектна група Зводу Європейського договірної страхового права розробила Загальні підходи Європейського страхового договірної страхування (Common Frame of Reference of European Insurance Contract Law (DCFR Insurance), який був представлений на розгляд Європейської комісії в 2009 році. DCFR Insurance також був опублікований як «Принципи європейського договірної права Страхування (PEICL)» (2009)¹.

Відповідно до ст. 1:102 PEICL вони застосовуються «коли сторони, незважаючи на будь-які обмеження вибору права відповідно до міжнародного приватного права, погодилися, що їхній договір регулювався ними». PEICL складається з трьох частин. Частина 1 «Положення спільні для усіх договорів, включених до PEICL» має глави: «Вступні положення» (гл. 1); «Початкова стадія та тривалість договору страхування» (гл. 2); «Страхові посередники» (гл. 3); «Превентивні заходи» (гл. 4); «Страхова премія» (гл. 5); «Страховий випадок» (гл. 6); «Позовна давність» (гл. 7); частина 2 «Спільні положення для компенсаційного страхування» включає глави: «Страхова сума та страхова вартість» (гл. 8); «Право на компенсацію» (гл. 9); «Суброгація» (гл. 10); «Застраховані особи, інші, ніж держателі страхового полісу» (гл. 11); «Застрахований ризик» (гл. 12); частина 3 «Спільні положення для страхування фіксованих сум» включає главу «Допустимість» (гл. 13).

Принципи Acquis. У 1990-х роках стає очевидною зростаюча роль права Європейського Союзу в регулюванні багатьох аспектів приватного права. Водночас дослідження, внаслідок яких були створені PECL та PEL, переважно проводилися в межах національних правових систем. Зважаючи на значення права ЄС для договірної та інших інститутів приватного права, група вчених створила дослідницьку групу з існуючого приватного права ЄС (група «Acquis»).

Цією групою був створений документ під назвою «Принципи існуючого договірної права ЄС (Acquis Принципи). Договір I. Переддоговірні

¹ Project Group «Restatement of European Insurance Contract Law». Draft Common Frame of Reference. Chapter III, Section IX. Insurance Contract. URL: <http://www.restatement.info>

зобов'язання, укладення договору, нечесні умови»¹. Відповідно до ст. 1:101 Acquis Принципів 2007 вони сформульовані на базі існуючого права Європейської спільноти в галузі договірної права. Acquis Принципи можуть слугувати джерелом для розробки, перенесення та тлумачення права ЄС. Вони не повинні застосовуватися у сферах трудового права, права, що регулює діяльність компаній, сімейного та спадкового права.

Acquis Принципи 2007 складаються із семи глав: гл. 1 «Загальні положення», які охоплюють розділи «Сфера дії», «Споживач та підприємець», «Повідомлення та форма»; гл. 2 «Переддоговірні обов'язки», що включає розділи «Загальні обов'язки», «Переддоговірні інформаційні обов'язки», «Обов'язок запобігати помилкам введення»²; гл. 3 «Недискримінація», яка охоплює «Загальні правила/Дефініції», «Способи захисту»³; гл. 4 «Укладення договору»; гл. 5 «Відмова від договору», яка включає розділи: «Реалізація та наслідки», «Особливі права на відмову»; гл. 6 «Неузгоджені умови», яка складається з розділів «Сфера застосування», «Включення та тлумачення умов», «Дійсність умов»; гл. 7 «Виконання зобов'язань», яка обіймає розділи «Загальні обов'язки», «Способи виконання».

Кожна ст. Acquis Принципів має коментар, що складається з наступних частин: 1) «Джерела» – огляд окремих положень директив, що стали підставою створення тексту певної ст. Принципів Acquis; 2) «Розвиток» – пояснення розвитку правового регулювання певного питання в директивах, згаданих у частині «Джерела». Наприклад, коментар до ст. 2:204 «Інформаційні обов'язки під час спілкування в режимі реального часу», у частині «Розвиток» звертає увагу на те, що Директива про дистанційний продаж⁴ вживає термін «телефонне

¹ Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I. Precontractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms. Munich: Sellier european law publishers, 2007. 311 p.

² Маються на увазі помилки, допущені під час введення інформації, необхідної для укладення договору за допомогою електронних засобів.

³ На випадок дискримінації.

⁴ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts.

URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:en:NOT>

спілкування», а більш пізня Директива про дистанційний продаж фінансових послуг¹ вживає термін «голосове телефонне спілкування», оскільки охоплює спілкування через міжмережевий протокол (IP); 3) «Зміст» – коментар змісту відповідної статті Принципів Acquis².

У травні 2009 року була опублікована нова редакція Принципів «Принципи існуючого договірної права ЄС – (Acquis Принципи) Договір II: Загальні положення, поставка товарів, комплексні туристичні подорожі»³.

Acquis Принципи 2009 року складаються з двох частин. Перша частина – «Вступ» являє собою огляд мети, структури, процесу та методології створення Acquis Принципів 2009. Друга частина – це безпосередньо Acquis Принципи. Як і в попередній редакції, статті Acquis Принципів супроводжуються коментарем, що описує походження відповідних правил на підставі аналізу права ЄС, їх розвиток та пояснює зміст положень тієї чи іншої статті Acquis Принципів. Частина статей Acquis Принципів 2009 відтворюють статті Acquis Принципів 2007, інша частина є новими правилами.

Наприклад, гл. 2 «Переддоговірні обов'язки» доповнена розділом «Спеціальні положення», предметом регулювання яких є ведення переговорів в особливих умовах (переговори поза діловими приміщеннями) або стосовно певних договорів (поставки товарів, таймшеру, послуг, надання комплексних туристичних послуг, платіжних послуг). Гл. 4 «Укладення договору» доповнена розділом «Спеціальні положення», що регулюють укладення договорів таймшеру, споживчого кредиту, надання комплексних туристичних послуг. Гл. 5 Acquis Принципів 2009 крім загальних положень про відмову від договору містить спеціальні правила про відмову від договорів, переговори з укладення яких велися поза діловими приміщеннями, та договорів таймшерінгу.

¹ Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC. URL: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:271:0016:0024:en:PDF>

² Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I. ... P. 91.

³ Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services. Munich: Sellier european law publishers, 2009. 517 p.

Гл. 7 Acquis Принципів 2009 порівняно з попередньою редакцією Acquis Принципів доповнена правилами про виконання договорів, укладених поза діловими приміщеннями, договорів поставки товарів, надання комплексних туристичних послуг, платіжних послуг, агентських договорів.

Крім того, Acquis Принципи 2009 містять нову главу 8 «Способи захисту», що містить у собі загальні норми (визначення поняття «невиконання», правила про виключення чи обмеження способів захисту, виконання в натурі, припинення виконання, відшкодування збитків), а також спеціальні норми про застосування способів захисту у випадку порушення договорів, укладених поза діловими приміщеннями, договорів поставки товарів, надання комплексних туристичних послуг, платіжних послуг, агентських договорів.

Проект Спільних підходів (DCFR). Через рік після початку роботи Групи «Acquis», у лютому 2003 року Єврокомісія опублікувала документ «Більш узгоджене європейське договірне право – План Дій»¹, у якому було запроновано створити документ під назвою Спільні підходи (Common Frame of Reference (CFR), який містив би спільні принципи, термінологію та модельні правила, призначені для використання під час створення або зміни законодавства у сфері договірних відносин. Необхідність створення такого документа пояснювалася відмінностями в національному договірному праві держав-учасниць, неузгодженістю актів ЄС, відсутністю єдиної термінологічної бази, проблемами імплементації директив у національне законодавство держав-членів.

Можлива структура була описана в повідомленні Комісії «Шлях уперед» (2004 р.). За задумом, Комісії CFR мали слугувати набором інструментів під час підготовки пропозицій як для перегляду існуючої нормативної бази ЄС, так і для підготовки нових документів. З цієї метою пропонувалося поділити CFR на три частини: 1) фундаментальні принципи договірного права; 2) визначення основних юридичних термінів; 3) модельні правила договірного права. Пропонувалося, щоб

¹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. A more coherent european contract law. An action plan. Brussels, 12.2.2003 COM (2003) 68 final. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0068:FIN:EN:PDF>

перша частина CFR передбачала деякі загальні принципи європейського договірної права та винятки з них, що підлягають застосуванню в обмежених обставинах, зокрема, коли договір укладається із слабкою стороною¹.

Така структура CFR була підтримана Радою міністрів юстиції та внутрішніх справ країн-учасниць ЄС, яка, крім того, зазначила, що визначення основних принципів виявило б фундаментальні цінності, що лежать в основі європейського договірної права та допомогло б зробити CFR єдиним цілим. Модельні правила, зі свого боку, повинні були слідувати філософії фундаментальних принципів та містити модельне регулювання основних договірних ситуацій, які виникають².

У 2008 році було опубліковане Тимчасове видання проекту Спільних підходів (DCFR), у 2009 році – переглянуте видання DCFR³.

DCFR складається з: Вступу, який пояснює мету DCFR, містить загальний коментар змісту DCFR, визначає співвідношення DCFR з іншими актами, а також те, як DCFR може бути використаний у підготовці CFR, та деякі інші питання; частини під назвою «Академічні учасники DCFR та особи, які фінансували Проект»; частини під назвою «Принципи», що присвячена свободі, безпеці, справедливості та ефективності; Таблиць (відповідності між DCFR і PECL); частини під назвою «Модельні правила»; Додатку, що містить визначення окремих термінів, вживаних у DCFR.

Своєю чергою Модельні правила DCFR складаються з десяти книг: Книга I «Загальні положення»; Книга II «Договори та інші юридичні дії», Книга III «Зобов'язання та відповідні права»; Книга IV «Окремі договори та права і обов'язки, що виникають з них», яка складається з частин: А. «Продаж», В. «Оренда майна», С. «Послуги», Д. «Договори доручення»,

¹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward. Brussels, 11.10.2004 COM (2004) 651 final. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0651:FIN:EN:PDF>

² Conclusions of the Justice and Home Affairs Council, 28 November 2008. URL: http://ec.europa.eu/consumers/rights/concl_JHAC_1108_en.pdf. P. 3.

³ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Edited by Study Group on a European Civil Code, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group). Munich: Sellier european law publishers, 2009. 6563 p.

Е. «Комерційне посередництво, франчайзинг, дистриб'юція», Ф. «Договори позики», Г. «Особисті забезпечення», Н. «Дарування»; Книга V «Ведення чужих справ без доручення»; Книга VI «Позадовірна відповідальність, що впливає із шкоди, заподіяній іншому»; Книга VII «Безпідставне збагачення»; Книга VIII «Набуття та втрата права власності на майно»; Книга IX «Речові забезпечувальні права на рухоме майно»; Книга X «Траст».

Статті книг Модельних правил DCFR супроводжуються коментарем, що пояснює зміст положень відповідної статті, а також нотатками, які являють собою огляд правового регулювання певних питань за правом ЄС, національним правом держав-учасниць ЄС, а також міжнародних уніфікованих документів (наприклад, Віденської конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (надалі – Віденська конвенція), Конвенції про представництво в міжнародній купівлі-продажу товарів, Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА та ін). Огляд охоплює не лише нормативні джерела, але й судову практику, а також доктринальну.

Книги II та III Модельних правил DCFR містять багато норм, що впливають із PECL. Водночас, як зазначають розробники, у багатьох випадках норми PECL не могли бути інкорпорованими в текст DCFR у незмінному вигляді. Це пояснюється тим, що ці документи мають різні цілі, а також тим, що DCFR повинно охоплювати й захист прав споживачів¹.

Під час розробки статей, що регулюють окремі види договорів, а також позадоговірних зобов'язань, були використані положення відповідних книг PECL, які, однак, в окремих випадках були змінені². Під час розробки DCFR використовувалися й Acquis Принципи задля того, щоб відобразити в ньому належним чином право ЄС³. Саме тому розробники відмічають, що процес створення DCFR тривав понад 25 років. Початок цієї роботи вони пов'язують із створенням Комісії

¹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)... P. 30.

² Ibid. P. 34.

³ Ibid. P. 35.

з Європейського договірної права (яка створила PECL), а подальші роботи – з Дослідницькою групою з Європейського цивільного кодексу та Групою «Acquis»¹. Велике значення для створення DCFR мала «Об'єднана мережа Європейського приватного права»².

Розробники DCFR вважали, що цей документ може використовуватися як: можлива модель CFR; матеріал для наукових досліджень; джерело, до якого європейські та національні законодавці, суди (у тому числі арбітражі) можуть звернутися задля пошуків загально прийнятого рішення певної проблеми³.

Документи Європейського приватного права та сучасне цивільне право. У 2009 році, розмірковуючи про майбутнє DCFR, М. Хезелінк зазначав, що навіть якщо цей документ не отримає офіційного статусу найближчим часом, ймовірно він стане важливим джерелом для європеїзації приватного права⁴.

Сьогодні, у 2021 році, очевидно, наскільки прозорливими були ці слова. Зокрема, у публікаціях останніх років поява все більш і більш згармонізованого масиву правил, які містяться, зокрема, у PECL та DCFR, називається однією з причин рекодифікації цивільних кодексів у XXI столітті⁵. В Іспанії є визнаним те, що будь-яка реформа, яка має

¹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)... P. 47.

² Мережа включає декілька університетів та інших організацій, а також понад 150 дослідників, які працюють у державах-членах ЄС. Вона також охоплює декілька груп: Дослідницьку групу з Європейського цивільного кодексу (The Study Group on a European Civil Code), Дослідницьку групу існуючого приватного права ЄС (The Research Group on the Existing EC Private Law) («Acquis Group»), Проектну групу Зводу Європейського договірної страхового права (The Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law) або «Страхову групу», Асоціацію Henri Capitant, Товариство порівняльного законодавства (Société de Législation Comparée), Вищу раду нотаріусів (Conseil Supérieur du Notariat), Групу спільної серцевини (The Common Core Group), Дослідницьку групу з економічної оцінки норм договірної права (The Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules) або Групу економічного впливу (Economic Impact Group), Групу «бази даних» The «Database Group», а також Академію Європейського права (The Academy of European Law (ERA)). Joint network of European Private Law. URL: <http://www.copecl.org>.

³ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)... P. 8–9.

⁴ Hesselink M.W. The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law. *Tulane Law Review*. 2009. Vol. 84. No 4. P. 971.

⁵ Luz M. Martinez Velencoso, The Impact of Harmonized European Private Law and the Acquis Communautaire on Spanish Law. *Journal of Civil Law Studies*. 2018. Vol. 11. N. 1. P. 153.

на меті внесення змін до Цивільного кодексу зараз чи у майбутньому, повинна здійснюватися відповідно до згармонізованих Європейських правових текстів¹. Наприклад, саме з цієї причини в Пропозиції до попереднього проекту закону із зобов'язального права і контрактів, підготованій Загальною комісією з кодифікації в Іспанії, використано підхід до визначення невиконання договору, який відповідає підходу PECL²; та й, взагалі, аналіз запропонованих змін до Цивільного кодексу Іспанії здійснюється шляхом порівняння відповідних статей проекту з нормами DCFR, PECL, Зводу норм загальноєвропейського права купівлі-продажу (Council on a Common European Sales Law (CESL), Принципами міжнародних комерційних договорів УНІДРУА, Віденською конвенцією, права Німеччини, Франції, Нідерландів, Австрії, Швейцарії, Скандинавських країн³. Крім того, практика Верховного суду Іспанії щодо регулювання інститутів, нерегульованих Цивільним кодексом (зокрема, зміна обставин договору) перебуває під впливом згармонізованого Європейського права (PECL, DCFR та CESL)⁴.

У Німеччині, буквально відразу після опублікування DCFR, з'явилися дослідження, у яких німецькі норми приватного права порівнювалися з принципами та нормами DCFR, з тим, щоб відповісти на питання, чи будуть підходи DCFR сприйняті німецькими юристами. Так, наприклад, у дослідженні, присвяченому порівнянню обмеження свободи договору в нормах Німецького Загального Закону «Про рівність», які стосуються недискримінації, та положеннях DCFR зроблено висновок про те, що останні встановлюють м'якші обмеження, порівняно з національним законодавством Німеччини, і тому, «навіть чи викликатимуть більший супротив серед німецьких приватних адвокатів, ніж викликає Німецький Загальний Закон «Про рівність»⁵.

Реформа зобов'язального права Франції, яка завершилася внесенням змін до Цивільного кодексу Франції, що набули чинності 1 жовтня

¹ Luz M. Martinez Velencoso, *op.cit.*, p. 166.

² Luz M. Martinez Velencoso, *op.cit.*, p. 168.

³ Luz M. Martinez Velencoso, *op.cit.*, pp. 155–188.

⁴ Luz M. Martinez Velencoso, *op.cit.*, pp. 187–188.

⁵ Franz Christian Ebert and Tobias Pinkel, Restricting Freedom of Contract through Non-Discrimination Provisions? A comparison of the Draft Common Frame of Reference (DCFR) and the German “General Equality Law”. *German Law Journal*. Vol. 10. No. 11. P. 1438.

2016 року¹, починалася з урядових проєктів, «натхнених не стільки правом ЄС, скільки тими документами, які складають частину розвиваючої дисципліни «Європейське приватне право», а саме PECL та DCFR, а також Принципами УНІДРУА»².

Під час рекодифікації в Угорщині (яка привела до прийняття нового Цивільного кодексу, що набув чинності 15 березня 2014 року) використовувалися положення DCFR, PECL, Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА, Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів та деяких інших міжнародних уніфікованих документів³.

Документи Європейського приватного права були використані й під час створення нового Цивільного кодексу Румунії, який набув чинності 1 жовтня 2011 року. Наприклад, регулювання наслідків зміни умов договору, якого не було в раніше чинному румунському законодавстві, базується на статтях Принципів УНІДРУА, PECL та DCFR⁴.

Більше того, варто відмітити те, що не лише нові редакції цивільних кодексів країн ЄС базуються на згармонізованих нормах Європейського приватного права. Інші країни, які прагнуть ефективного регулювання приватноправових відносин, також значною мірою послуговуються доробком європейських вчених. Так, наприклад, для створення Закону про модернізацію Цивільного кодексу Молдови, який набув чинності 1 березня 2019 року, прийнятого «для приведення у відповідність національної правової системи із сучасним правовим регулюванням у Європі та світі»⁵, були досліджені DCFR та цивільні кодекси інших юрисдикцій⁶.

¹ Jan Smits and Caroline Calomme, *The Reform of the French Law of Obligation: Les Jeux Sont Faits*. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2016. Vol. 23. Issue 6.

² Fauvarque-Cosson, Bénédicte, *The French Contract Law Reform in a European Context*. *ELTE Law Journal*. 2014. Issue 1. P. 64. P. 1040.

³ György Czifrusz, Barna Arnold Keserű, Hungary. *Private Law Reform*. Brno: Masaryk University, 2014. P. 178.

⁴ Christian Alunaru, Lucian Bojin, Romania. *Private Law Reform*. Brno : Masaryk University, 2014. P. 246.

⁵ Octavian Cazac, Vadim Taigorba, *The Reform of the Moldovan Civil Code and its Impact on the Financing of Agribusiness in Moldova*, 29 July 2019. URL: <https://ceelegalmatters.com/moldova/11256-the-reform-of-the-moldovan-civil-code-and-its-impact-on-the-financing-of-agribusiness-in-moldova>

⁶ *Ibid.*

Висновки. У підсумку зазначимо, що останні десять років розвитку приватного права характеризуються появою рекодифікованих цивільних кодексів, для створення яких широко використовувалися DCFR, PECL, Принципи УНІДРУА та інші документи, які дозволяють створювати норми національного приватного права, згармонізовані з нормами приватного права інших держав. Крім того, навіть у тих державах, де не прийняті рекодифіковані цивільні кодекси, проводяться порівняльні дослідження існуючих у них приватноправових норм та регулювання, запропонованого в документах Європейського приватного права, у яких їх автори наголошують на перевагах вирішення тих чи інших питань у DCFR, PECL та інших документах, створених академічними групами, порівняно з нормами національного права. Це є цілком природним, адже усі ці документи є результатом глибоких, масштабних досліджень правового регулювання різних інститутів приватного права в законодавстві, судовій практиці багатьох держав, доктринальних доробків вчених, визнаних у всьому світі.

1.4. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ЦК УКРАЇНИ: СТАЛІ ПРИНЦИПИ І НОВІТНІ ТЕНДЕНЦІЇ

Удосконалення цивільного законодавства України є еволюційним процесом, тісно пов'язаним з розвитком європейського приватного права, а також з чітко визначеними завданнями нашої держави інтегруватися в єдину Європу та відповідати загальноновизнаним стандартам правого регулювання приватних відносин, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав.

Концепція оновлення Цивільного кодексу України¹, підготовлена Робочою групою щодо рекодифікації цивільного законодавства України в 2020 р. (далі – Концепція, або Концепція оновлення ЦК), не випадково – як найперший крок, а точніше – як необхідна передумова вдосконалення приватноправового регулювання в Україні

¹ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «Артек», 2020. 128 с. URL: <http://bit.ly/3rXx3a4>

передбачає визнання таким, що втратив чинність, Господарського кодексу України.

Емоційний шквал далеко не завжди обтяжених науковими аргументами коментарів обурених adeptів господарського права та державного регулювання української економіки зумовлює необхідність зупинитися на цьому питанні детально.

Варто зазначити, що дискусія щодо способів впорядкування правових норм, які регламентують відносини у сфері економічного обороту, триває вже не одне десятиліття, і їх гострота із часом не зменшується. Імпульс, який вона отримала наприкінці 1990-х – на початку 2000-х, у процесі першої масштабної кодифікації приватного права в Україні, з новою силою відродився і в наші часи, передусім через обговорення Концепції оновлення Цивільного кодексу України.

Ще в 2002 році автори підручника «Господарське право» із сміливим захопленням заявляли, що основним галузевим кодифікаційним актом у сфері економічних відносин повинен бути господарський кодекс, який має закріпити єдність предмета, загальні принципи і напрямки господарсько-правового регулювання, і відтак має виступити системоутворюючим актом¹. Представники науки господарського права поклали на господарський кодекс великі надії, оскільки розглядали його в якості стрижневого акта, який би визначав основні «правила гри» для всіх учасників економічного обороту².

Водночас, ще до набрання чинності одночасно прийнятих та неузгоджених ЦК та ГК, цивілісти попереджали про ймовірні проблеми, які очікують не тільки юристів, але й загалом підприємницьке середовище³.

Вже тоді Господарський кодекс України викликав неабиякий шквал критики в опонентів: «Несуча конструкція кодексу й багато які «комплектуючі» виготовлені за років перших п'ятирічок (господарська

¹ Хозяйственное право (автор відповідної глави К. С. Хахулін). Киев : Юринком Интер, 2002. С. 57.

² Ма무тов В. К. О необходимости рациональных и стабильных «правил игры» в экономике. Экономика и право. Киев, 2003. С. 121.

³ Жуков В. И. Гражданский и Хозяйственный кодексы: проблемы начнутся с 1 января 2004 г. *Юридическая практика*. 2003. № 20 (282).

компетенція, форми майна, галузеве управління народним господарством) і в 60-ті роки (право господарського відання, право оперативного управління, форми власності, фонди підприємства, власник підприємства, продукція виробничо-технічного призначення, товари народного споживання). «Молодь» представлено потворами, які з'явилися на світ на початку 90-х внаслідок відчайдушних спроб протиставити старий радянський інструментарій управління адміністративною економікою до нових економічних реалій напів- і чвертьринкових українських реформ (державні, комунальні, приватні, орендні підприємства).

Мертвою хваткою розробники Господарського кодексу вчепилися в спадщину соціалістичного минулого, свідомо чи несвідомо намагаючись втиснути українську економіку в прокрустове ложе збанкрутілих концепцій¹.

Прихильники ідеї важливості існування Господарського кодексу України навмисно змішують та ототожнюють поняття «комерційний (торговельний) кодекс» та «господарський кодекс». Мета цієї маніпуляції знаходиться на поверхні – у такий спосіб переконати підприємців, представників владних інституцій, пересічних громадян у тому, що в цивілізованій Європі поряд із традиційним Цивільним кодексом є і інший кодекс, який регулює відносини комерційного обороту – Торговельний (або Комерційний) кодекс, для прикладу, у Німеччині, у Франції. До речі, перші проекти ГК, підготовлені в 1993–1994 роках, мали назву Господарського (комерційного) кодексу України. Щоправда, у подальшому приставка «комерційний» згубилася в кодифікаційному марафоні...

І саме зараз, на етапі рекодифікації цивільного законодавства, усі ці маніпулятивні порівняння знову активно просуваються в медіапросторі. Цілоком зрозуміло, що порівняння прийняття в Україні ЦК і ГК із кодифікаційним досвідом інших країн, до яких приміряють наші кодифіковані акти, не завжди є коректним.

Аналізуючи досвід законодавчого розвитку східноєвропейських країн, Є. О. Суханов наголошує на окремих важливих тенденціях, які мають місце і у західноєвропейських правопорядках. По-перше, варто

¹ Єфіменко А. Господарський кодекс – портрет без ретуші. *Дзеркало тижня*. 16 січня 2004 р.

відзначити істотне скорочення правових систем, які б зберігали окрему регламентацію цивільного і торговельного права. По-друге, при скороченні сфери договірної регулювання, яке здійснюється торговельним правом (у тих країнах, де воно зберігається як національна особливість їх правопорядків), на перший план виходить його «корпоративна частина». По-третє, діючи в європейських правопорядках торговельні кодекси (як класичні кодекси XIX ст., так і сучасні кодифікації Болгарії, Литви, або проєкт словацького Торговельного кодексу) залишаються приватноправовими актами, які систематизують певну (доволі невелику) частину приватноправових інститутів та уособлюють торговельне право як «спеціальне приватне право», яке загалом підпорядковується дії цивільного права як «загального приватного права»¹.

І все-таки, чому ж Концепція оновлення ЦК України розпочинається параграфом 1.1 про необхідність визнання таким, що втратив чинність, Господарського кодексу України як передумови рекодифікації?

По-перше, аналіз положень ГК України, його співставлення з окремими положеннями ЦК України, окремими законами та іншими нормативно правовими актами дає підстави для висновку про те, що більшість норм ГК України є відсилочними або бланкетними, а відтак мають мінімальний регуляторний вплив та, як правило, дублюють положення, закріплені в інших нормативно-правових актах.

По-друге, сьогодні ми можемо беззаперечно констатувати, що за роки, що минули з дня набрання чинності ГК, він практично був «витіснений» актами спеціального законодавства (хоча його апологети не полишають надії затримати процес його повного розпаду, докладаючи неабиякі зусилля, щоб продемонструвати його здатність «утриматися на законодавчій орбіті»²).

Експеримент, що розпочався в Україні в 2003–2004 роках, не тільки не виявив жодних переваг здійсненої кодифікації господарського

¹ Суханов Е. А. Восточно-европейские кодификации гражданского и торгового права. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в постсоветский период. Харьков, 2018. С. 159–161.

² Kuznetsova, N. S., Kot, O. O., Hryniak, A. B., Pleniuk, M. D. Abolition of the commercial code of Ukraine: Potential consequences and necessary prerequisites. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 2020, 27(1), pp. 100–131.

законодавства, а зовсім навпаки – підтвердив, що єдиний вірний та логічно послідовний шлях – це інкорпорація господарського законодавства за його основними напрямками: фондовим, інвестиційним, конкурентним, банківським, страховим, корпоративним, про банкрутство тощо¹.

По-третє, серйозні зауваження викликають перепони сприятливому розвитку малого та середнього бізнесу (на яких має триматися українська економіка!), що були створені положеннями ГК в частині формулювання «господарсько-правового бачення» загальних засад здійснення підприємницької діяльності, зокрема положення, що регулюють вплив держави на приватноправові відносини, визначають статус та вимоги до суб'єктів підприємництва, правове положення їх майна тощо.

Не зупиняючись на низці інших вагомих аргументів, погодимося з вдалим висловом розробників ЦК України про те, що спір цивілістів з господарниками вже давно вирішений на користь свободи самим життям на пострадянському просторі та досвідом усіх країн з ринковою економікою. Тому будь-яке пожвавлення господарників, де б воно не мало місце, завжди слід оцінювати як наступ на свободу. Сучасна школа господарського права за допомогою Господарського кодексу України намагається фактично звузити сферу свободи, сферу приватного права... Необхідно чітко усвідомлювати, що концепція господарського права є юридичним інструментом неототалітаризму².

Зрештою, давайте згадаємо основний аргумент, який використовували ще під час підготовки ЦК 2004 року його розробники – вони виходили з принципу єдності в регулюванні приватноправових відносин, незалежно від того, чи виникають вони між пересічними громадянами або це відносини між підприємцями або з їх участю.

¹ Кузнецова Н. С. Систематизация предпринимательского (хозяйственного) законодательства: опыт, проблемы, перспективы. Гражданское право и современность / сборник статей, посвященных памяти М. И. Брагинского. М. : Статут, 2013. С. 97.

² Довгерт А. С., Кузнецова Н. С. Мифы и реальности Хозяйственного кодекса Украины: некоторые уроки противостояния цивилистов и хозяйственников в Украине (1992–2018). Правовое регулирование предпринимательской деятельности в постсоветский период. Харьков, 2018. С. 249.

Беззаперечним є те, що і громадяни, і підприємці повинні мати однакові правові можливості, правові інструменти на всіх стадіях здійснення своїх прав – і на момент укладення договору, і на момент його виконання, і на момент реалізації, наприклад, права на судовий захист у разі порушення їх суб'єктивних цивільних прав.

Утім, цілком зрозуміло, що «скасування» Господарського кодексу України є необхідною, але не є достатньою умовою для підвищення ефективності регулювання приватноправових відносин.

Так, у Концепції оновлення ЦК України пропонується уточнити сфери приватноправових відносин, які будуть регулюватися цивільним законодавством. Сьогодні ст. 1 ЦК встановлює загальне правило про те, що цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Водночас ст. 9 ЦК України уточнює, що положення кодексу субсидіарно застосовуються й до врегулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових та сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства.

Вважаємо, що усунення із законодавчого простору Господарського кодексу зумовлює необхідність безпосереднього закріплення на законодавчому рівні керівної ролі ЦК у регулюванні приватноправових відносин.

Закріплене у ч. 2 ст. 9 ЦК правило про те, що законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання, залишається повною мірою актуальним і сьогодні (а тому його з певними редакційними змінами доцільно, на наш погляд, зберегти), адже спеціальні закони, які *ipso facto* витіснили Господарський кодекс України, завжди відіграватимуть вирішальну роль у регулюванні специфічних аспектів підприємницьких відносин.

Пов'язаним з цим є і питання про предмет цивільно-правового регулювання.

Як зазначав В. Ф. Яковлев, раніше вважалося, що основними складовими системи права були його галузі. Тепер стало зрозуміло, що такими складовими системами права є його основні підрозділи –

право приватне і право публічне. Якщо немає розвинутого приватного права, розраховувати на ефективний розвиток суспільства неможливо. Якщо немає розвинутого публічного права, приватне право не може бути дієвим¹.

У параграфі 1.2 Концепції оновлення ЦК України вказується, що у ст. 1 ЦК доцільно прямо передбачити і поіменувати окремі види відносин, що регулюються цивільним правом (додатково до тих, що згадані у ст. 9 ЦК).

З чим пов'язана така пропозиція?

Норма про цивільно-правові відносини, як неодноразово зазначали розробники ЦК 2004 р., є одним з концептуальних положень Книги першої ЦК України «Загальна частина». Під регулювання Цивільного кодексу підпадають практично усі відносини приватноправового характеру².

Тому і норма ч. 1 ст. 1 ЦК України «Відносини, що регулюються цивільним законодавством» була сформульована відповідно до цієї абсолютно вірної, на наш погляд, ідеології:

«Цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників».

Частина друга цієї ж статті зі свого боку окреслювала коло відносин, до яких цивільне законодавство не застосовується (зрозуміло, якщо інше не встановлено законом).

Утім, як виявилось, наша держава і суспільство виявилися відверто неготовими сприймати запропонований авторами проекту ЦК прогресивний підхід, що будувався на дихотомічному поділі правових норм, де Цивільному кодексу України, разом з договором відводилася роль основного регулятора приватноправових відносин.

¹ Яковлев В. Ф. О взаимодействии публичного и частного права. *Публичное и частное право: проблемы развития и взаимодействия, законодательного выражения и юридической практики* : материалы Всероссийской научно-практической конференции (23–24 апреля 1998 г.). Екатеринбург, 1999. С. 3.

² Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. проф. А. Довгерта. К. : Український центр правничих студій, 2000. С. 122.

«Відцентрові» процеси розпочали окремі члени робочої групи з підготовки проекту ЦК, яким не давала спокою слава Герострата. Ще до завершення роботи над проектом ЦК з його «тіла» вирвали сімейне право. Як наслідок, українське приватне право 10 січня 2002 року отримало Сімейний кодекс. Господарський кодекс, ухвалений у 2003 р. одночасно з Цивільним кодексом України, фактично «вимив» із ЦК увесь блок, пов'язаний із здійсненням підприємницької діяльності, причому не тільки із загальних положень, але й з договірного права. Трохи згодом, у червні 2005 р. Верховна Рада України ухвалила Закон України «Про міжнародне приватне право».

Більш того, на цьому тлі спроби руйнування цілісного предмету регулювання ЦК України не завершилися. У грудні 2006 р. господарники намагалися відірвати від приватноправової родини корпоративні відносини, адже в ГК України з'явилася глава 18 «Корпоративні права та корпоративні відносини», що містила лише декілька статей (звичний підхід для ГК України), з яких станом на сьогодні залишилося лише дві: ст. 167 «Зміст корпоративних прав та корпоративних відносин» та ст. 172 «Законодавство про корпоративні права держави», що відсилає до Закону України «Про управління об'єктами державної власності» та нормативно-правових актів.

Час від часу, як привид у відомій шекспірівській п'єсі, у різноманітних інтернет-ресурсах з'являється ідея розробки Інформаційного кодексу України, який самі фахівці з медіаправа (навіть не цивілісти!) характеризують як *«такий же покруч, яким є Господарський кодекс, що дублює норми, урегульовані, приміром, у Цивільному кодексі, тільки іншими словами»*¹.

Усі ці небезпечні та руйнівні процеси мають бути враховані під час оновлення Цивільного кодексу України.

Визначення, або навіть деталізація предмета правового регулювання досліджується і іноземними представниками науки цивільного права. Зокрема, Н. О. Барінов, аналізуючи проблеми предмета

¹ Заради справедливості варто зазначити, що до цієї ідеї за 20 років вже звикли і всерйоз її не сприймають. Див., зокрема: Л. Ганжа. Інформаційний кодекс: реанімація привида, який харчується мільйонами. URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2015/06/26/7072512>

цивільного права в сучасних умовах, прямо зазначав, що виділення окремих груп майнових відносин – корпоративних, споживчих тощо – процес закономірний, зумовлений об'єктивними причинами, життєвою необхідністю. Проблема вочевидь полягає в тому, яким чином буде оформлене їх виділення: шляхом легалізації, тобто включення до Цивільного кодексу чи до інших нормативних актів, або ж шляхом доктринального обґрунтування та тлумачення, але так чи інакше зазначена проблема вимагає свого вирішення¹.

Як вже зазначалося, на рівні Концепції її автори визначилися, що з метою збереження єдності (точніше, з метою повернення до єдності предмета цивільно-правового регулювання) у ст. 1 ЦК України варто не тільки вказати ознаки приватних відносин, які регулюються цивільним законодавством, але й перерахувати основні з них задля уникнення ризику подвійного тлумачення та розмивання меж регулювання цивільного права.

З питанням про предмет правового регулювання тісно пов'язано і питання формулювання в оновленому Цивільному кодексі загальних засад цивільного законодавства.

Актуальна редакція ст. 3 ЦК України до загальних засад цивільного законодавства відносить такі:

- 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини;
- 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом;
- 3) свобода договору;
- 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом;
- 5) судовий захист цивільного права та інтересу;
- 6) справедливість, добросовісність та розумність.

Фактично чинний ЦК містить закритий перелік загальних засад цивільного законодавства. Враховуючи суспільний запит, а також

¹ Баринов Н. А. Проблемы предмета гражданского права в современных условиях. Основные проблемы частного права: сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Александра Львовича Маковского / отв. ред. В. В. Витрянский и Е. А. Суханов. М. : Статут, 2010. С. 70–71.

актуальну судову практику, перелік основних засад цивільного законодавства (галузевих принципів цивільного права) необхідно розкрити, що дасть можливість розширити правовий інструментарій для регулювання приватноправових відносин.

Під час підготовки Концепції, зокрема при вирішенні питання про модернізацію положень цивільного законодавства, що закріплюють його загальні засади (принципи), окрім проблемних питань практики застосування ЦК України, було ретельно досліджено іноземний досвід.

Ст. 6 Цивільного кодексу Азербайджанської Республіки до принципів цивільного законодавства, поряд із закріпленими в ЦК України, відносить рівність суб'єктів цивільного права, свободу волевиявлення, майнову незалежність, створення умов для безперешкодного здійснення цивільних прав та забезпечення відновлення порушених прав. Аналогічні підходи закріплені в ст. 2 ЦК Республіки Казахстан і в ст. 3 ЦК Вірменії¹.

Ст. 1 ЦК Молдови в редакції 2018 р. передбачає, що цивільне законодавство ґрунтується на визнанні рівності учасників врегульованих ним відносин, захисту інтимного, приватного і сімейного життя, визнання недоторканності власності, свободи договору, захисту сумлінності, захисту прав споживача, визнання неприпустимості втручання будь-кого у приватні справи, необхідності безперешкодного здійснення цивільних прав, забезпечення відновлення порушених прав особистості, їх захисту компетентними юрисдикційними органами.

ЦК Грузії, сприймаючи концепцію BGB, відійшов від безпосереднього закріплення в кодексі загальних начал цивільного законодавства.

Аналогічним чином вирішено це питання і в ЦК Естонії: незважаючи на те, що ст. 1 кодексу декларує, що цим кодексом (законом) встановлюються загальні принципи цивільного законодавства, у подальшому ці засади безпосередньо в тексті ЦК не розкриваються (за винятком принципу добросовісності, якому в ЦК Естонії приділено достатньо багато уваги). Подібним чином вирішено це питання і в ЦК Латвії.

¹ Вочевидь, ці положення рецепційовані з Модельного ЦК країн СНД, ухваленого на п'ятому пленарному засіданні Міжпарламентської асамблеї країн-членів Співдружності незалежних держав 29 жовтня 1994 р.

ЦК Японії в ст. 1 кодексу перераховує фундаментальні принципи цивільного права: відповідність прав особи суспільному добробуту, добросовісність та заборона зловживання правом.

Цікавим у цьому контексті є досвід ЦК Сербії, який не просто перераховує принципи цивільного законодавства, але й розкриває їх, присвячуючи кожному принципу окрему статтю ЦК: автономія волі (ст. 10), рівність сторін (ст. 11), принцип добросовісності і добропорядності (ст. 12), заборона зловживання правом (ст. 13), заборона зловживання монопольним становищем (ст. 14), принцип рівномірного задоволення потреб (ст. 15), принцип заборони нанесення збитків (ст. 16), відповідальність за виконання зобов'язання (ст. 17), обов'язок діяти як дбайливий господар при виконанні обов'язків (ст. 18), мирне врегулювання спорів (ст. 19) тощо.

Так само і ЦК Угорщини та ЦК Чехії закріплюють принципи (зокрема, принципи добросовісності, розумної поведінки, заборони зловживання правом, судового захисту порушених прав та ін.), приділяючи кожному з них окрему статтю.

Варто також розглянути можливість включення до переліку основних засад цивільного права принципу правової визначеності. Як зазначив Конституційний Суд України, принцип правової визначеності, за яким обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями, є одним з елементів верховенства права. Тобто обмеження будь-якого права повинне базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки¹.

На рівні Концепції не було однозначно вирішено питання про місце принципу свободи договору: чи варто з огляду на вирішальну роль цього принципу залишити свободу договору серед загальних засад

¹ Див. абзац третій підпункту 3.1 пункту 3 мотивувальної частин Рішення Конституційного Суду України в справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію» від 29 червня 2010 року № 17-рп/2010.

цивільного законодавства або навпаки – враховуючи його призначення перенести до Книги п'ятої «Зобов'язальне право»? Будь-яка із наведених позицій заслуговує право на існування, тому, скоріше за все, це питання має вирішуватися за результатами обговорення положень Концепції у фахових колах правників-науковців, адвокатів, суддів, нотаріусів та інших представників правничої професії.

Також необхідно доповнити зазначений перелік загальних засад цивільного законодавства такими важливими для сучасного інформаційного суспільства принципами як свобода інтелектуальної (творчої) діяльності, свобода інформації та інформаційного обміну, неприпустимість втручання в особисте життя фізичної особи, обумовлене розвитком новітніх технологій, і розвинути їх в окремих книгах та ін.

Одне з центральних місць у Книзі першій ЦК України займають положення про здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав.

На наш погляд, з урахуванням європейського досвіду правило про неприпустимість зловживання суб'єктивними цивільними правами варто віднести до загальних засад (принципів) цивільного законодавства.

Щодо способів захисту цивільних прав, слід звернути увагу передусім на зміни, внесені до ст. 16 ЦК України в процесі реформування процесуального законодавства в межах здійснення судової реформи.

У нових процесуальних кодексах, які набрали чинності в грудні 2017 р., як превалююче завдання судочинства було закріплено принцип ефективного захисту прав особи, яка звертається до суду.

При прийнятті процесуальних рішень і застосуванні будь-яких процесуальних норм суд має керуватися передусім основним завданням судочинства, яким є ефективний захист прав та інтересів особи. На цьому ж принципі базується і право суду застосувати на вимогу особи, яка звернулася до суду, спосіб захисту її порушеного права, який не передбачений законом або договором, якщо передбачені законом або договором способи не забезпечують ефективного захисту такого права.

Відповідно до ст. 16 ЦК України, суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом *чи судом у визначених законом випадках*.

Згідно з ч. 1 ст. 2 ЦПК України в редакції, що набрала чинність 15.12.2017 р. (аналогічні за змістом норми містяться і в новому

ГПК України), завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

При цьому суд та учасники судового процесу зобов'язані керуватися таким завданням цивільного судочинства, яке превалює над будь-якими іншими міркуваннями в судовому процесі (ч. 2 ст. 2 ЦПК України).

Ст. 5 ЦПК України у новій редакції передбачає, що здійснюючи правосуддя, суд захищає права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб, державні та суспільні інтереси в спосіб, визначений законом або договором. У випадку, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного права чи інтересу особи, яка звернулася до суду, суд відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону.

П. 4 ч. 3 ст. 175 ЦПК України передбачено, що позовна заява повинна містити, зокрема, зміст позовних вимог: спосіб (способи) захисту прав або інтересів, передбачений законом чи договором, або інший спосіб (способи) захисту прав та інтересів, який не суперечить закону і який позивач просить суд визначити в рішенні.

Важливо, що обраний позивачем спосіб захисту суд враховує при вирішенні питання про розгляд справи в порядку спрощеного або загального позовного провадження (п. 3 ч. 3 ст. 274 ЦПК України).

Тобто, суд не має права з власної ініціативи використовувати ефективний спосіб судового захисту, якщо він не вказаний у позовній заяві.

Є також підстави вважати, що сторона може наполягати на застосуванні способу захисту, не передбаченого законом або договором, лише у випадку, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного права чи інтересу особи, яка звернулася до суду.

Але, повертаючись до відсилки до закону, що міститься у ст. 16 ЦК України, необхідно наголосити, що відповідні випадки, коли суд з посиланням на закон може застосувати не передбачений у договорі, Цивільному кодексі або іншому законі спосіб захисту, повинні місти-

тися не в процесуальних кодексах, а в матеріальному праві, а саме у відповідних положеннях Цивільного кодексу.

Тому цілком логічною виглядає пропозиція розкрити в оновленому ЦК України умови, необхідні для можливості застосування судом способів захисту, не передбачених договором або законом¹.

Концепція оновлення ЦК України пропонує переглянути і загальні засади відшкодування (компенсації) моральної шкоди – вони мають бути об'єктивовані, зокрема, на рівні кодексу мають бути визначені коло осіб та підстави для відшкодування моральної шкоди в контексті необхідності уникнення ситуацій, коли внаслідок вчинення протиправної дії в особи виникатиме обов'язок відшкодування декільком особам (потерпілому, членам сім'ї потерпілого, його близьким родичам тощо), що може призвести до необґрунтованого підвищення обсягу відповідальності особи, яка має компенсувати, у тому числі, моральну шкоду (параграф 1.7 Концепції).

У цьому контексті необхідно погодитися з висновком колеґії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду в складі Верховного Суду про те, що вирішуючи питання про відшкодування моральної шкоди у зв'язку з нещасним випадком на виробництві, суди мають з'ясовувати наявність причинно-наслідкового зв'язку між діями роботодавця (*делінквента* – О. К.) і настанням негативних наслідків для потерпілого (працівника чи осіб, визначених у частині другій статті 1168 ЦК України)². На наш погляд, такий зв'язок між діями делінквента та потерпілої особи, яка вимагає відшкодування шкоди, має бути безпосереднім або ж відшкодування особі має бути прямо передбачено законом (як, наприклад, у ст. 1200 ЦК України, яка визначає коло осіб, які мають право на відшкодування шкоди, завданої смертю потерпілого).

¹ У цьому контексті непереконливою виглядає позиція окремих представників науки господарського права, які стверджують, що суд може самостійно визначити, який спосіб захисту є належним та ефективним й вирішити спір по суті, керуючись змістом позовних вимог, якщо дійде висновку, що позивачем обрано невірний спосіб захисту порушених прав. URL: <https://coördynata.com.ua/naukovij-visnovok-sodo-vidskoduvannapozadogovirnoi-skodi-vkladniku-banku>

² Ухвала Верховного Суду у складі колеґії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 24 березня 2021 року в справі № 235/3191/19 (провадження № 61-21511св19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96071040>

Згідно з Концепцією істотних змін мають зазнати при оновленні ЦК України положення, присвячені особам як учасникам цивільного обороту.

Найбільш кардинальні зміни запропоновані в Концепції щодо правового регулювання юридичних осіб (параграфи 1.8–1.9 Концепції). Оновлений ЦК України як основоположний акт приватного права, що встановлює загальні положення про суб'єктів цивільного права, у тому числі і положення про юридичні особи, яке має визначати вичерпний перелік їх організаційно-правових форм з одночасною відмовою від незрозумілих та, як правило, не врегульованих на законодавчому рівні конструкцій юридичних осіб, що з'явилися за часів «квазідуалізму» українського приватного права, спричиненого одночасним ухваленням Цивільного та Господарського кодексів у 2003 р. Це стосується передусім усього розмаїття підприємств, які необхідно розглядати винятково як об'єкти цивільного права, а не як суб'єкти права.

У Концепції пропонується повернутися до рішення цього питання, напрацьованого ще під час розробки ЦК 2004 року (йдеться про проект ЦК, підготовлений його розробниками до першого читання в 1996 р.¹).

Саме в цьому проекті, у тому числі за результатами обговорень із залученням національних та іноземних експертів, були закріплені принципово нові на той час теоретичні підходи до регулювання інституту юридичної особи. Серед іншого, були встановлені єдині організаційно-правові форми: товариство (якщо майно відокремлюється разом з об'єднанням осіб) та установа (якщо майно відокремлюється без об'єднання осіб). Ця конструкція закріплена у ст. 83 чинного ЦК України.

Але головною новелою Концепції в порівнянні з чинним ЦК є повернення до закритого переліку організаційно-правових форм – відповідна норма була закріплена в ст. 65 Проекту ЦК 2004 р., підготовленого до першого читання. Утім, з урахуванням одночасного прийняття в 2003 році ЦК України і ГК України у ст. 83 ЦК України перелік організаційно-правових форм юридичних осіб був визначений як відкритий. За сьогоднішніх умов, з урахуванням європейського досвіду, а також

¹ *Українське право*. 1996. Число 2 (спецвипуск).

досвіду одночасного застосування ЦК і ГК із фактично необмеженим переліком організаційно-правових форм, вбачається, що оновлений ЦК України має містити вичерпний перелік організаційно-правових форм юридичних осіб.

Юридичні особи, зареєстровані в організаційно-правових формах, не передбачених ЦК, протягом певного часу мають привести організаційно-правову форму у відповідність до положень ЦК.

Закриття переліку організаційно-правових форм має забезпечити прозорість управління будь-якою юридичною особою, яке сьогодні (по відношенню до юридичних осіб, зареєстрованих у формах, передбачених ЦК України) здійснюється відповідно до правил, встановлених статтями 97–103 ЦК України. Така прозорість щодо управління юридичною особою є однією з основних гарантій захисту прав усіх суб'єктів економічного обороту.

Щодо підприємницьких товариств, зокрема господарських, поряд із збереженням регулювання, що міститься в спеціальних законах – «Про акціонерні товариства», «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» – доцільно відновити в ЦК відповідні статті, у яких будуть закріплені загальні положення відносно таких видів господарських товариств, та окремо зазначити про наявність спеціального регулювання в спеціальних законах з тим, щоб ЦК містив основні положення щодо усіх закріплених форм юридичних осіб. Це стосується передусім положень про корпоративні права, про корпоративний договір, про відповідальність менеджменту товариства перед його учасниками та деякі інші.

Окрім того, доцільно критично переглянути положення чинного Закону України «Про господарські товариства» та інкорпорувати його положення, що не втратили своєї актуальності, до тексту Цивільного кодексу України, а сам закон визнати таким, що втратив чинність.

У Концепції пропонується зберегти загальні підходи до регулювання статусу фізичних осіб, закріплені в чинному ЦК України, значною мірою розширивши їх.

Так, з урахуванням останніх тенденцій, пов'язаних із цифровізацією нашого суспільного життя, на етапі формування пропозицій до підрозділу 1 «Фізичні особи» розділу II «Особи» варто закріпити

можливість ідентифікації фізичної особи за допомогою електронних засобів шляхом порівняння наданих даних (параметрів), у тому числі біометричних, з наявною інформацією про особу в реєстрах, картотеках, базах даних тощо.

Обговорення з юридичним загалом потребують і питання цивільної право- та дієздатності фізичної особи.

Певної корекції мають зазнати і особисті немайнові права, закріплені в Книзі другій Цивільного кодексу України. Цікавим є те, що в Концепції пропонується, серед іншого, також змінити назву цієї книги на «Особисті немайнові права», усунувши в такий спосіб протиріччя між назвою та наповненням цієї книги (оскільки чинна редакція ЦК до суб'єктів особистих немайнових прав відносить не тільки фізичні особи, але й юридичні особи та навіть державу).

У частині регламентації участі держави, Автономної Республіки Крим та територіальних громад у цивільних відносинах загальні підходи ЦК змістовно мають бути збережені, але з певними застереженнями (параграф 1.10 Концепції). В оновленому ЦК необхідно прямо зауважити, що зазначені публічні утворення є юридичними особами публічного права. Крім того, є підстави вважати за доцільне не виділяти в окремий підрозділ положення, присвячені участі публічних утворень у цивільно-правових відносинах, а так само питання про їх відповідальність за прийнятими на себе зобов'язаннями, оскільки з точки зору цивільного права держава Україна, Автономна Республіка Крим та територіальні громади є такими самими суб'єктами права, як і інші учасники цивільних правовідносин (хоча із певними особливостями, обумовленими статусом цих утворень як юридичних осіб приватного права).

Об'єкти цивільних прав – це один з важливих інститутів цивільного права, регулювання якого потребує термінового оновлення – причому не тільки з урахуванням змін у правовому регулюванні окремих видів суспільних відносин, але передусім з огляду на розвиток науково-технічного прогресу.

Не зупиняючись на численних концепціях розуміння об'єктів цивільного права, варто зазначити, що положення про об'єкти цивільних прав отримали законодавче закріплення тільки за часів

новітньої кодифікації цивільного права в 2004 р. Так, ст. 177 ЦК України до об'єктів цивільних прав відносить речі (у тому числі гроші та цінні папери), інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформацію, інші матеріальні і нематеріальні блага.

Якщо проаналізувати наведений перелік об'єктів цивільних прав, є підстави стверджувати, що в зазначеній статті ЦК знайшли своє відображення найактуальніші тенденції європейського приватного права кінця XX – початку XXI століття.

Вочевидь, саме тому ст. 177 ЦК України – одна з тих небагатьох статей, яка зберегла свою первісну редакцію протягом усього періоду дії Цивільного кодексу України.

Утім, на сучасному етапі розвитку нашого суспільства цивільне право об'єктивно стикається з низкою викликів, зумовлених розвитком науки і техніки, впровадженням у наше життя передових інноваційних технологій тощо. Штучний інтелект та робототехніка, автономні роботи, новітні інформаційні технології, блокчейн, інші інноваційні зміни світу, що нас оточує – все це стало передумовами для відповідної реакції цивільного права у вигляді необхідності запропонувати учасникам цивільного обороту певні моделі цивільно-правового регулювання відповідних відносин.

Відтак положення ЦК України щодо об'єктів цивільних прав мають бути розширені з огляду на розвиток цивільно-правового обороту та появу в ньому невідомих на момент ухвалення ЦК об'єктів.

Так, зокрема, варто розширити перелік об'єктів цивільних прав, додавши до нього корпоративні права, які на практиці вже давно стали оборотоздатним об'єктом цивільного обігу. Більш того, слід наголосити, що відсутність згадки в ЦК України про корпоративні права та корпоративні правовідносини призвела до того, що відповідні положення (хоч далеко і в не найкращому вигляді) сформульовані в ст. 167 Господарського кодексу України, яка стала, по суті, чи не базовою нормою, що використовується при розгляді корпоративних спорів. А через поняття корпоративних прав були визначені і корпоративні відносини – такі, що виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав (ч. 3 ст. 167 ГК України).

Виходячи з цього, як вже зазначалося, автори Концепції оновлення Цивільного кодексу України запропонували прямо назвати корпоративні відносини серед приватноправових відносин, які регулюються цивільним законодавством.

Реагуючи на розвиток науково-технічного прогресу, у Концепції пропонується також включити до переліку об'єктів цивільних прав такі, які на момент створення ЦК не були відомі. Передусім йдеться про інформаційні продукти, інформаційні ресурси, інформаційні системи тощо; об'єкти прав, що створюються та знаходяться в мережі Інтернет; криптовалюту; персональні дані, інформацію про особу; автономні роботи, штучний інтелект, цифровий контент тощо.

Вочевидь, розвиток медицини як галузі знань зумовлює необхідність аналізу доцільності включення до переліку об'єктів також біологічного матеріалу – але рішення з цього питання має бути виваженим та збалансованим як з точки зору права, так і з урахуванням морально-етичних норм (параграф 1.12 Концепції).

Регулювання окремих видів об'єктів цивільних прав підлягає вдосконаленню – зокрема, це стосується підприємства як єдиного майнового комплексу; тварин та інших живих організмів (параграф 1.14 Концепції).

Істотного розширення вимагає регулювання відносин щодо нематеріальних благ як об'єктів цивільних прав: особистих немайнових благ, інформації, результатів інтелектуальної творчої діяльності, які доповнюються і вдосконалюються в процесі розвитку інформаційного суспільства найбільш активно.

Мають бути переглянуті і окремі підходи до регламентації правочинів в оновленому ЦК.

Положення ЦК України щодо правочинів мають забезпечувати повноцінне функціонування відносин у сфері електронної комерції, смарт-контрактів, які надзвичайно швидко проникають в усі без винятку сфери суспільного життя, веб-банкінгу та враховувати інші атрибути цифрової економіки.

За таких умов мають бути переглянуті загальні правила щодо форми правочинів, зокрема щодо обсягу вимог до форми правочинів, визначення кола правочинів, які належить вчиняти в письмовій формі

(ст. 208 ЦК України), електронній фіксованій формі (з урахуванням її специфіки і ролі ЕЦП) та в усній формі (з урахуванням технічних досягнень і швидкісних засобів передачі даних).

Переосмислення потребують і положення ЦК, що регулюють недійсність правочинів.

Попередні кодифікації (1922 та 1963 рр.) не виділяли в складі недійсних правочинів такі їх види як нікчемні та оспорювані. У цивільній літературі це питання жваво обговорювалося і було доволі дискусійним. Зокрема відзначалося, що нікчемність та оспорюваність слід розглядати як два способи визнання правочину недійсним, якщо він не відповідає вимогам закону.

Нікчемні правочини законодавець кваліфікує як недійсні (як правило, у разі коли їх зміст суперечить закону, публічному порядку або нормам моралі). При цьому оспорюваними визнаються правочини, учасники яких (або інші визначені законом особи) за наявності передусім у волевиявленні сторін (або в здатності самостійно вчиняти правочини) певних вад наділені правом оспорити правочин. Разом з тим, правові наслідки нікчемних та оспорюваних правочинів є однаковими.

Таким чином, з практичної точки зору відмінностей для обороту в разі визнання таких правочинів недійсними немає.

Аналіз зарубіжних кодифікацій також не дає однозначної відповіді, чи можна визначити в них певну термінологічну послідовність. Так, ФЦК оперує терміном «недійсна угода», не використовуючи поняття «нікчемна» або «оспорювана» (глава II Книги третьої).

Швейцарський зобов'язальний закон (ст. 20) навпаки використовує поняття «нікчемний договір», і сама стаття має назву «Нікчемність».

Водночас у разі кабальності договору або наявності вад волевиявлення швейцарський законодавець допускає можливість відмови сторони від такого договору, не називаючи його оспорювання. Як бачимо, термінологічної єдності в цьому питанні в зарубіжних кодифікацій немає.

Німецьке цивільне уложення (BGB) розглядає проблему недійсності правочинів у контексті дотримання чи недотримання певних вимог, що встановлюються як до волевиявлення (діездатності суб'єктів) – параграфи 104, 105, 106, 107–113, а також параграфи 129–131, якості самого

волевиявлення – параграфи 116–124, вираження волевиявлення (форми правочину) – параграфи 125–128), так і відповідності імперативним умовам (відповідність правочину добрим нравам – параграф 138). BGB не розрізняє серед недійсних правочинів нікчемні та оспорювані, хоча у зв'язку із самим процесом визнання правочину недійсним використовується термін «оспорюється».

Параграф 1416 ЦК Квебеку передбачає, що договір, який не відповідає необхідним умовам його укладення, може бути визнаний недійсним. При цьому ЦК Квебеку поділяє недійсні правочини на абсолютно недійсні та відносно недійсні, не використовуючи термінів «нікчемності» та «оспорюваності».

Договір є абсолютно недійсним, якщо підставою для визнання його недійсним слугують вимоги до порядку його укладення, встановлені для захисту суспільного інтересу (параграф 1417).

Посилатися на абсолютну недійсність договору вправі будь-яка особа, яка має в цьому дійсну та актуальну заінтересованість, а також суд за власною ініціативою. Договір, який є абсолютно недійсним, не може бути підтверджений (параграф 1418).

Принагідно зазначимо, що саме в цьому полягає «абсолютна недійсність» договору – він ні за яких умов не може бути визнаний дійсним.

Водночас відповідно до параграфу 1419 договір є відносно недійсним, якщо підставою визнання його недійсним слугують вимоги до порядку його укладення, встановлені для захисту інтересів окремих осіб, а також за наявності вад волі сторін або однієї з них.

Посилатися на відносну недійсність договору вправі лише особа, в інтересах якої встановлено положення про відносну недійсність, або його контрагент, якщо він діє добросовісно і несе внаслідок цього істотну шкоду, разом з тим суд не може посилатися на неї за власною ініціативою (параграф 1420).

Відповідно до цього припису договір, стосовно якого існують підстави для визнання його відносно недійсним, може бути визнаний дійсним. Параграф 1421 ЦК Квебеку встановлює, що при відсутності в законі прямих вказівок на характер недійсності договір, який не відповідає необхідним вимогам до порядку його укладення, презюмується відносно недійсним.

Вочевидь, саме такий підхід був сприйнятий і при підготовці DCFR, як в якості підстав недійсності також розрізняють введення в оману, погрозу, несумлінне використання, з одного боку, та «порушення загальних засад або імперативних норм», з іншого (ст. II. – 7:101 DCFR).

Аналогічний підхід законодавця простежується і в новітніх кодифікаціях – зокрема, у ЦК Чехії, який використовує загальне поняття недійсності – параграф 580 передбачає, що недійсною є правова дія, яка суперечить нормам моралі, а також закону, якщо це вимагається, виходячи із змісту і цілей закону. Поряд із цим недійсність правової дії може бути визнана внаслідок часткової дієздатності особи (параграф 581), невідповідності форми правової дії встановленим вимогам (параграф 582), при наявності помилки (параграфи 583–585), при застосуванні або загрозі застосування фізичного або психологічного насильства (параграф 587).

Аналіз положень чинного ЦК України дає підстави для загального висновку, що встановлений поділ недійсних правочинів на нікчемні та оспорювані був проведений недостатньо послідовно.

Положення, які містяться в ЦК України щодо недійсності правочинів, свідчать про недоцільність виділення на нормативному рівні певних класифікаційних груп недійсних правочинів.

Виходячи з наведеного, в оновленому кодексі варто, на нашу думку, обмежитися застосуванням загальної категорії – «недійсний правочин».

Враховуючи змістовний зв'язок предмету правового регулювання, Книгу першу доцільно доповнити положеннями про умови недійсності договорів як двосторонніх правочинів, тим більше, що до такого рішення спонукає і ст. 220 ЦК (правові наслідки недодержання вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору).

Крім того, позитивно оцінюючи досвід зарубіжних кодифікацій, варто розмежувати підстави недійсності правочину на дві групи:

1. Недодержання вимог, які забезпечують дотримання правопорядку (імперативні норми).

2. Недодержання вимог, встановлених до суб'єктивного складу та вільного волевиявлення (принцип автономної волі).

Вочевидь, ці положення маюь супроводжувати загальне правило про правомірність правочину, закріплене в ст. 204 чинного ЦК України, і становити певні винятки з нього.

Необхідно критично підійти до певних змін, які були внесені до тексту Кодексу, зокрема до ст. 228 та інших статей ЦК України Законом України № 2756 від 02.10.2010 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Податкового кодексу України», внаслідок яких до ЦК як основного акта приватного права повернена конструкція цивільно-правової конфіскації, добре відома нам ще зі ст. 49 ЦК 1963 р. та її репліки в ст. 208 Господарського кодексу України. Зрозуміло, що подібним новаціям немає місця в оновленому ЦК України.

Самостійної уваги заслуговує питання про параграф 2 розділу IV ЦК України «Правові наслідки недодержання сторонами при вчиненні правочину вимог закону». Конструкція цього розділу побудована не через юридичні склади, з якими закон пов'язує недійсність правочину або можливість визнання його недійсним, але через наслідки недійсності правочину, що породжує дискусії і проблеми на практиці.

Якщо недійсність правочину встановлена законом (нікчемний правочин), то визнання такого правочину недійсним судом не вимагається. Утім, за наявності певних обставин вимога про встановлення нікчемності правочину може бути заявлена окремо, без застосування наслідків недійсності нікчемного правочину.

Отже, така структурна побудова розділу V ЦК, у якій містяться не тільки положення про наслідки недійсності правочинів, але й передусім закріплюються юридичні склади, з якими закон пов'язує факт недійсності правочину (див., зокрема, ч. 1 ст. 224, ч. 1 ст. 227, ч. 1 ст. 229, ч. 1 ст. 230, ч. 1 ст. 231, ч. 1 ст. 232, ч. 1 ст. 233, ч. 1 ст. 234), не є виправданою та юридично коректною.

Самостійного аналізу, додаткової дискусії та подальшого наукового обґрунтування потребує питання про визначання наслідків недійсності правочину – чи варто залишити модель реституції, як це передбачено чинним ЦК України, чи доречніше передбачити застосування положень п. 1 ч. 3 ст. 1212 ЦК про безпідставне збагачення.

Крім того, вбачається доцільним перенесення окремих норм Розділу II «Загальні положення про договір» Книги п'ятої «Зобов'язальне право» до Книги першої «Загальні положення» до розділу IV «Правочини. Строки». Така пропозиція обґрунтовується передусім змістовним наповненням зазначеного розділу, оскільки він по суті

розглядає договір як правочин, як юридичний факт, а не як зобов'язання. На підтримку цієї пропозиції варто також зазначити, що таке переформатування буде виглядати доволі органічним, оскільки левова частка правочинів (за поодинокими виключеннями на кшталт довіреності та заповіту) охоплюється саме поняттям договору.

Щодо глави 17 «Представництво» можна зазначити, що загалом її положення не має потреби піддавати системним змінам. Проте слід уточнити зміст норм, у яких йдеться про наслідки вчинення представником юридично значимих дій з перевищенням повноважень, а також без відповідних повноважень. Зокрема, необхідно чітко визначити правові наслідки вчинення таких дій, а саме передбачити як наслідок недійсність таких правочинів.

Передбачені чинним ЦК України підходи до визначення строків та термінів загалом мають бути збережені.

Натомість окремі норми ЦК України, за допомогою яких регулюються питання позовної давності, мають бути відкориговані редакційно. Передусім це стосується положень ст. 257 ЦК України, яка помилково визначає позовну давність як строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу.

Варто переглянути також перелік вимог, на які позовна давність не поширюється (ст. 267 ЦК України).

Услід за судовою практикою визнаємо перспективу у визначенні триваліших строків позовної давності для застосування судового захисту щодо особливо цінних для усього суспільства об'єктів навколишнього природного середовища: особливо цінних земель, пам'ятників природи, природних парків, земель водного і лісового фонду тощо.

У завершення аналізу загальних положень ЦК України, що потребують оновлення під час рекодифікації цивільного законодавства, необхідно наголосити на особливій ролі Книги першої ЦК у регулюванні приватноправових відносин.

Саме від правильного формулювання загальних засад цивільного законодавства, підходів до здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав, окреслення кола суб'єктів приватноправових відносин, об'єктів цивільних прав, регулювання правочинів залежить успішність приватноправової політики нашої держави загалом.

Книга перша ЦК (а за нею – і інші книги оновленого ЦК України, що розвиватимуть її положення) має створювати максимально комфортні умови для розвитку громадянського суспільства України, адже загальні підходи та гарантії здійснення та захисту прав – особистих прав, права власності, інтелектуальних прав тощо – мають назавжди закріпити вектор розвитку України як європейської держави, без жодної можливості повернення до адміністративно-планової неконкурентної економіки, закріпити створений Цивільним кодексом у 2003 році базис для розбудови зрозумілих для інвесторів умов ведення бізнесу в Україні, забезпечити можливість комфортного здійснення підприємницької діяльності для малого та середнього бізнесу, які мають стати рушійною силою економічного зростання української держави в найближчому майбутньому.

1.5. СТРУКТУРА ЦК УКРАЇНИ: РОЗШИРЕННЯ МЕЖ РЕГУЛЮВАННЯ

Процес рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України неможливий без розгляду питань, пов'язаних зі структурою ЦК, повернення до проблеми визначення меж правового регулювання особистих немайнових та майнових відносин (у контексті регулювання сімейних відносин та приватних відносин з іноземним елементом). Це знайшло своє відображення в Концепції оновлення Цивільного кодексу України, яка була підготовлена групою провідних фахівців у сфері цивільного права у відповідності до постанови Кабінету міністрів України № 605 від 17 липня 2019 року¹. Значною мірою Концепція стала результатом ґрунтовних наукових розвідок проблем перспективного розвитку правового регулювання приватних відносин².

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

² Оновлення Цивільного кодексу України: формування підходів : колективна монографія / О. І. Вигovskyкий, Н. Ю. Голубева, С. Д. Гринько та ін.; за ред. проф. Довгерта А. С. і проф. Харитоновна Є. О. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2020. 674 с.; Рекодифікація цивільного законодавства України в умовах євроінтеграційних процесів : монографія / кол. авт. Є. О. Харитонов, О. І. Харитоновна, Н. Ю. Голубева та ін. Київ : Норма права, 2020. 348 с.

Розробники Концепції виходили з того, що всі Книги чинного ЦК потребують системних змін і певних структурних новацій. Ці структурні новації пропонується проводити з урахуванням структури проєктів ЦК 1996–2001 років, які включали книги «Сімейне право» та «Міжнародне приватне право». Отже, оновлення цивільного законодавства повинно відбуватися в системній єдності з удосконаленням норм міжнародного приватного права (МПрП) та норм, що регулюють сімейні відносини.

У 90-х роках минулого століття, коли готувався проєкт сучасного ЦК, питання про структуру ЦК розглядалося з урахуванням відомих наукових систем кодифікації цивільного законодавства, а саме – інституційної, пандектної та інших, що застосовуються в цивільному праві більшості країн. Так, класичні наукові системи цивільного права були представлені у Французькому ЦК (Кодексі Наполеона) та Німецькому цивільному уложенні. Якщо перша взяла за основу римські інституції (особи, речі, дії), і через це отримала назву – інституційна, або римська, то друга – пандектна система складається із загальної частини, речового права, зобов'язального права, сімейного права, спадкового права¹. Проєкт діючого ЦК відобразив сучасні тенденції в кодифікації цивільного права, які можна характеризувати як певне поєднання інституційної та пандектної систем – він складався з восьми книг – «Загальна частина»; «Особисті немайнові права фізичних осіб»; «Речове право»; «Право інтелектуальної власності»; «Зобов'язальне право»; «Сімейне право»; «Спадкове право» та «Міжнародне приватне право». Таким чином, відносно самостійними, але нерозривно пов'язаними між собою складовими частинами проєкту ЦК стали Книги, які склалися з розділів. Основною структурною одиницею розділів стали глави (які іноді об'єднані за змістом правового регулювання в підрозділи). У свою чергу за необхідності в главах виокремлюються параграфи.

Під час роботи над Концепцією рекодифікації розробниками було прийнято рішення про збереження такої структури «книга – розділ – підрозділ – параграф – стаття».

¹ Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. проф. А. Довгерта. К. : Український центр правничих студій, 2000. 336 с.

Щодо питання про розширення сфери дії ЦК і уточнення його структури в процесі оновлення цивільного законодавства необхідно підходити, як вже зазначалося, з урахуванням історичного розвитку кодифікації приватного права в Україні, коли на початку 90-х років постало питання про необхідність прийняття нового ЦК. За розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 березня 1992 р. № 176-р було утворено групу з розробки проекту нового ЦК.

Проект Цивільного кодексу України (ЦК) був прийнятий у першому читанні на засіданні Верховної Ради України 5 червня 1997 року. Згідно з Постановою ВР № 315/97 було утворено Тимчасову спеціальну комісію для підготовки проекту ЦК на друге читання, до роботи якої залучалися члени Робочої групи з підготовки проекту. У серпні-вересні 1997 експертами був підготовлений проект Порівняльної таблиці до проекту ЦК для другого читання. Тимчасова спеціальна комісія не змогла завершити цю роботу до закінчення повноважень Верховної Ради 13-го скликання. 20 жовтня 1998 року Верховною Радою України 14-го скликання прийнято Постанову «Про утворення Тимчасової спеціальної комісії по підготовці і попередньому розгляду проекту нової редакції Цивільного кодексу України». Постановою Верховної ради від 4 грудня 1998 року на цю комісію покладено додатковий обов'язок щодо опрацювання та підготовки до розгляду проекту Господарського (комерційного) кодексу.

20 травня 1999 року на засіданні Тимчасової спеціальної комісії в її рамках було утворено дві підкомісії: перша – з підготовки проекту ЦК на друге читання (голова – Онопенко В., секретар – Головатий С.), друга – з підготовки проекту Господарського (комерційного) кодексу (голова – Ющик О., секретар – Кириченко М.).

На засіданні підкомісії з підготовки проекту ЦК до другого читання 8 липня 1999 року групі експертів-фахівців (Довгерт А., Підопригора О., Боброва Д., Кузнецова Н., Мусіяка В., Сібільов М., Шевченко Я., Калакура В. та інші) було доручено опрацювати пропозиції до проекту ЦК, що надійшли від народних депутатів України з часу прийняття проекту в першому читанні, та підготувати проект Порівняльної таблиці.

15 вересня 1999 року на засіданні підкомісії з підготовки проекту ЦК до другого читання були обговорені результати роботи експертів-

фахівців щодо опрацювання зауважень та пропозицій та був представлений проект Порівняльної таблиці до другого читання.

Загалом до Тимчасової спеціальної комісії по підготовці і попередньому розгляду проекту нової редакції Цивільного кодексу України надійшло 1150 зауважень та пропозицій народних депутатів України (з них 310 до книги шостої «Сімейне право» та 49 до книги восьмої «Міжнародне приватне право»). Це свідчило про величезну зацікавленість учасників законодавчого процесу до удосконалення тексту проекту та прийняття його саме в складі восьми книг. Всі вони були всебічно розглянуті та проаналізовані комісією та її експертами. Переважна більшість пропозицій була врахована Тимчасовою комісією повністю, врахована частково або редакційно. Лише незначна частина пропозицій була відхилена.

На жаль, на наступному етапі ця робота була значною мірою зруйнована, коли на остаточне голосування (з порушенням регламенту, який передбачав можливість внесення правок лише до окремих статей) був внесений «скалічений» проект ЦК без книги шостої «Сімейне право» та книги восьмої «Міжнародне приватне право». Крім того, був поданий на голосування проект Господарського кодексу.

У наш час частина приватних відносин, які ми називаємо сімейними відносинами, регулюється не тільки нормами Сімейного кодексу, нормами «сімейного законодавства», але й нормами ЦК та загалом нормами цивільного (приватного) законодавства. Регулювання сімейних відносин де-факто здійснюється в системній єдності приватного права.

Повертаючись до питання про систему та структуру оновленого ЦК, видається виправданим зупинитися на певних моментах оновлення змісту та структури окремих книг.

Що стосується книги першої «Загальні положення», то оновлення повинно торкнутися перш за все уточнення сфер, у яких складаються приватноправові відносини, що регулюються цивільним законодавством. Необхідно передбачити додаткові галузі суспільного життя, у яких складаються приватноправові за своєю природою відносини, що регулюються нормами приватного (цивільного) законодавства (підприємництво, корпоративні чи інформаційні відносини, тощо). Важливим

є питання уточнення положень ст. 3 діючого ЦК щодо переліку загальних засад цивільного законодавства. Необхідно підійти до змісту цієї статті як до загальних засад регулювання приватних відносин, а не тільки як засад цивільного законодавства. Скасування ГК, яке передбачене Концепцією, оновлення регулювання сімейних відносин, приватних трудових відносин зумовлює необхідність внесення змін щодо визначення порядку та пріоритетів у застосуванні ЦК до регулювання приватноправових відносин у сферах підприємництва, праці, сім'ї, охорони довкілля тощо. Це зумовлює потребу повернутися до питання співвідношення актів, що регулюють приватноправові відносини в різних сферах суспільного життя.

Стрімкий розвиток приватних відносин значною мірою пов'язаний із суттєвим розширенням кола об'єктів цих відносин. Мова йде про інформаційні системи, інформаційні ресурси, інформаційні продукти, тощо; об'єкти, які створюються та знаходяться в мережі Інтернет; інформація про особу; персональні дані, штучний інтелект, криптовалюти; цифровий контент тощо. Розширення переліку об'єктів цивільних прав стає нагальною необхідністю в сучасних умовах.

Структурних змін потребують і норми щодо правового регулювання загальних положень про правочини та договори.

Видається доцільним перенесення норм щодо загальних положень про договори (поняття, види договорів) до книги першої. Це забезпечить більш логічне структурування нормативного матеріалу стосовно конструкції договору. Пропонується перенести також норми щодо форми договору, про недійсність договорів. Це пов'язано зі змістом відповідних положень, оскільки в них договір розглядається як правочин, як юридичний факт, а не як зобов'язання. Такі зміни будуть виглядати природними, враховуючи, що більшість правочинів є договорами.

Наступне питання, яке пов'язане з правочинами – питання про недійсність. Оскільки рекомендується розглядати загальні положення про правочини через загальні положення про договори, то логічним буде розкриття недійсності правочину через положення про недійсність договору, із застереженням про те, що дані положення з урахуванням вимог розумності застосовуються і до інших правочинів.

Враховуючи досвід низки зарубіжних цивільно-правових кодифікацій, доцільним видається розмежування підстав недійсності правочину на такі групи: недодержання вимог, які забезпечують дотримання правопорядку та недодержання вимог щодо суб'єктного складу та вільного волевиявлення.

У 2010 р. до діючого ЦК були внесені зміни в ст. 228, які практично відновили ст. 49 ЦК УРСР 1963 р. щодо цивільно-правової конфіскації, від якої розробники ЦК принципово відмовилися, замінивши механізм цивільно-правової конфіскації застосуванням реституції із можливим стягненням збитків та компенсації моральної шкоди (ст. 216 ЦК України). Системна модернізація підходів до інституту цивільно-правової відповідальності обов'язково має передбачати виключення з ЦК інституту цивільно-правової конфіскації.

Структурних та системних змін потребує і книга друга. Сама її назва повинна бути узагальнена – «Особисті немайнові права». Положення цієї книги повинні поширюватися не тільки на фізичні особи, а стосуватися і юридичних осіб. Гостро постає питання про співвідношення особистих немайнових прав фізичної особи та юридичної особи, засновником чи учасником якої вона є. Зокрема за обставин, коли діяльність однієї асоціюється з іншою і навпаки. В результаті оновлення цивільного законодавства необхідно сформулювати ставлення законодавця до норм щодо заборони евгеніки, народження генетично ідентичних людей, трансформації генів (крім лікування генетичних захворювань); можливості легалізації евтаназії тощо, з урахуванням практики ЄСПЛ.

Необхідно закріпити на рівні ЦК України репродуктивні права фізичної особи як систему відокремлених особистих немайнових прав, що спрямовані на здійснення репродуктивної функції фізичних осіб та охоплюють: право на репродуктивний вибір; право на репродуктивне здоров'я; право на інформацію про репродуктивні права; право на таємницю здійснення та захисту репродуктивних прав.

На часі звернутися до проблем визначення цивільно-правових наслідків зміни статі, чітко встановити, з якого віку, за яких обставин та (або) умов особа має право змінити стать. Обґрунтованим вбачається визначення цивільно-правових наслідків зміни статі (підстава

для припинення шлюбу тощо), з урахування досвіду зарубіжного законодавства.

Запеклі дискусії ведуться довкола книги третьої. Пропонується змінити її назву та повернутися до звичайної назви системи норм щодо речових прав у світових кодифікаціях, у тому числі в проєктах ЦК України 1996–2001 років – «Речове право». Порівняно з чинним ЦК, його проєкти якісно відрізнялися і в структурному плані: у них були наявні окремі структурні одиниці, присвячені загальним положенням про речове право та володінню. Логічним видається наступна структурна побудова книги третьої: «Загальні положення речового права»; «Володіння»; «Власність»; «Інші речові права».

Перш за все необхідно звернутися до поняття та змісту права власності, як найбільш повного панування над річчю (майном) у межах, передбачених законом. При цьому необхідно зазначити соціальну функцію власності через зобов'язання власника при здійсненні свого права, діяти з належним урахуванням загальних та індивідуальних інтересів. Окремі положення повинні стосуватися обмеження права власності.

Варто чітко визначитися з природою володіння, поняття і місце якого в системі національного права значною мірою залежить від розуміння правової природи цього інституту, зокрема як фактичного стану, що породжує правові наслідки, або виду речового права.

Існуючі інші речові права (сервітути, емфітевзис, суперфіцій) доцільно доповнити узуфруктом, сутність якого полягає в тому, що його суб'єкт (узуфруктуарій) набуває можливість користуватися обтяженою річчю і вилучати з неї плоди і доходи з умовою забезпечення її цілісності і схоронності. Узуфрукт виникає на підставі закону, за договором або внаслідок набувальної давності, встановлюється щодо будь-яких неспоживних речей, рухомих і нерухомих, які знаходяться в цивільному обороті. Річ, яка надана в узуфрукт, може використовуватися як у підприємницькій, так і непідприємницькій діяльності.

Скасування Господарського кодексу приведе до абсолютно виправданої необхідності відмовитися від права господарського відання і права оперативного управління та їх заміни ринковими конструкціями.

Оновлення положень книги четвертої повинно здійснюватися з урахуванням необхідності внесення змін до ЦК України та спеціального законодавства, спрямованих на імплементацію Угоди про асоціацію, адаптацію законодавства України до законодавства ЄС; беручи до уваги національну практику застосування законодавства у сфері інтелектуальної власності; узгоджуючи положення книги четвертої між собою та з іншими положеннями ЦК України; враховуючи досвід іноземних країн.

Серед принципових моментів слід зазначити питання усунення термінологічних розбіжностей; удосконалення інститутів охорони прав на найменування особи та комерційне (фірмове) найменування; адаптація правових режимів охорони комерційної таємниці та ноу-хау до законодавства ЄС; посилення охорони прав на корисні моделі та промислові зразки; уточнення форми правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності та порядку укладення публічного ліцензійного договору; конкретизація змісту майнових прав інтелектуальної власності.

Певних змін системного та структурного характеру зазнає і книга п'ята «Зобов'язальне право». Що стосується загальних положень про зобов'язання, то необхідно усунути певний дисбаланс правових положень щодо поняття та щодо заміни сторін зобов'язання; доповнити відповідну главу додатковими нормами, присвяченими поняттю, видам та принципам зобов'язання; удосконалити норми щодо заміни кредитора в зобов'язанні; розмежувати договір про відступлення права вимоги та договір факторингу; більш детально врегулювати переведення боргу та заміну боржника.

Структурного удосконалення потребує і глава «Виконання зобов'язань». У діючому ЦК ця глава не поділена на параграфи, але в ній явно можна виділити групи норм, які стосуються загальних засад та загальних умов виконання зобов'язання; особливостей виконання грошових зобов'язань; особливостей виконання зустрічних та альтернативних зобов'язань; специфіки виконання зобов'язань з множинністю осіб; підтвердження виконання зобов'язання. Групування відповідних норм можна здійснити шляхом виділення двох параграфів: загальні засади виконання зобов'язання та особливості виконання окремих класифікаційних видів зобов'язань.

Актуальним є питання про місце способів забезпечення зобов'язання в ЦК України. У діючому ЦК положення про забезпечення зобов'язання передбачені в одній главі. Загалом місце способів забезпечення зобов'язання в ЦК залежить від поділу забезпечень зобов'язання на речові та зобов'язальні. Зокрема, місце іпотеки, застави, притримання і забезпечувальної довірчої власності в ЦК залежить від вирішення питання про правову природу зазначених способів забезпечення зобов'язання. У Концепції зазначається, що якщо виходити із визнання подвійного характеру застави, іпотеки, притримання з урахуванням розмаїття їх об'єктів, основне місце цих забезпечувальних прав у ЦК доцільно визначити в главі «Забезпечення зобов'язання», а в розділі про речові права представити заставу, іпотеку, притримання як обмежені речові права. При цьому самі договори про встановлення застави, іпотеки, притримання регулюються зобов'язальним правом, а право застави, іпотеки, притримання як обтяження – нормами речового права.

Що стосується загальних положень про договори, то і тут необхідні структурні зміни. Оновлення даної частини кодексу пропонується проводити з огляду на позитивне вирішення питання про виокремлення загальних положень про договір, як одного з найважливіших і найпоширеніших правочинів, і доповнення ними глави 16 книги першої. У межах відповідної частини книги п'ятої пропонується зосередити увагу не тільки на договорі, а й на інших підставах виникнення зобов'язань, звернувши увагу на загальні положення та особливості виникнення цих юридичних фактів. Тоді нова глава «Підстави виникнення зобов'язання» буде містити загальні норми, присвячені договорам; завданню шкоди особі та майну; одностороннім правомірним діям (публічна обіцянка винагороди; вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення; рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи); створенню загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи; набуттю, збереженню майна без достатньої правової підстави; іншим підставам виникнення недоговірних зобов'язань.

Оновлення правового регулювання спадкових відносин повинно відбуватися в системній єдності з оновленням решти книг ЦК. Доречно

почати із загальних положень цивільного права – питання здійснення цивільних прав та виконання цивільних обов'язків та обмежень у здійсненні, зокрема, спадкових прав; проблеми правового регулювання цивільної правоздатності та дієздатності фізичної особи (оскільки все що стосується обсягу правоздатності та дієздатності, обмеження дієздатності та визнання фізичної особи недієздатною, визнання особи безвісно відсутньою та оголошення її померлою має велике значення при регулюванні спадкових відносин). Це і питання об'єктів цивільних відносин, що зумовить передбачати особливості спадкування окремих видів об'єктів. На регулювання спадкових відносин суттєво впливають положення першої книги ЦК про правочини, представництво та позовну давність. Це стосується й інших книг ЦК про особисті немайнові права фізичних осіб, про право власності та інші речові права, щодо зобов'язального права.

Серед основних напрямків робіт з оновлення книги «Спадкове право» можна виділити такі: уточнення норм щодо основних понять – спадкування, склад спадщини (які права входять і які не входять до складу спадщини), час відкриття спадщини; особливості спадкування окремих видів прав та обов'язків, певних об'єктів цивільних прав; подальший розвиток правового регулювання спадкування за заповітом, з урахуванням свободи волевиявлення заповідача та захистом прав осіб, що мають право на обов'язкову частку в спадщині; удосконалення норм, що стосуються окремих видів заповітів (заповіт з умовою, заповіт подружжя, секретний заповіт), уточнення норм, що стосуються спадкування за законом (зміна черговості, зміна розміру частки, спадкування окремих категорій спадкоємців, зокрема осіб, які проживали сім'єю зі спадкодавцем, осіб, які перебували на утриманні спадкодавця, тощо); здійснення спадкових прав (прийняття спадщини та відмова від прийняття спадщини); спадковий договір.

Концепція рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства виходить з ідеї Цивільного кодексу як кодексу приватного прав, тобто оновлення цивільного законодавства повинно відбуватися в системній єдності з удосконаленням норм міжнародного приватного права (МПРП) та норм, що регулюють сімейні відносини, і містити окремі книги «Сімейне право» та «Міжнародне приватне право».

Здійснюючи рекодифікацію цивільного законодавства, пропонується повернутися до прийнятого у світі погляду на місце в цивільній кодифікації приватноправового нормативного масиву у сфері сім'ї та шлюбу.

У нашій науковій літературі немає єдиного підходу до питання кодифікації норм сімейного права в рамках цивільного кодексу. Основні точки зору висвітлені в монографії В. А. Ватраса «Джерела сімейного права: проблеми теорії та практики»¹. Загальні аргументи противників приватноправової кодифікації сімейного права зводяться до значної специфіки і суті сімейних відносин, зручності застосування окремого СК тощо. При цьому автори часто забувають про те, що ідея «окремого сімейного права» належить тим радянським науковцям і практикам, які намагалися через неї поставити під тотальний контроль особу не тільки в суспільстві, але й у сімейному житті. При цьому ідея «ячейки общества» розглядалася зовсім не з точки зору сучасного міжнародного приватноправового регулювання, коли сім'я розглядається як основний та природний осередок суспільства (до речі, термін «природній», який зустрічається в основних міжнародно-правових актах, «випадково» зник з нашого СК).

З огляду на історичний розвиток правової доктрини, права загалом та юридичну логіку, даний нормативний масив складає вагому частину приватного права та органічно поєднаний з усіма конструкціями та розділами цивільних кодексів – спадковим правом, речовим правом, зобов'язаннями, дієдатністю, опікою і піклуванням тощо.

Класичні кодифікації цивільного права – ФЦК і НЦУ – поширили такий підхід на інші країни світу. Варто взяти до уваги й те, що останні оригінальні кодифікації ХХ–ХХІ ст. (Аргентина, Бразилія, Грузія, Естонія, Квебек, Нідерланди, Румунія, Угорщина, Чехія тощо) також включили до своїх структур сімейне право. І це не дивно, адже що може бути більш цивілістичним, ніж сімейне право? У цих країнах зважають на здоровий глузд, поняття приватного (цивільного) права, необхідність запровадження єдиних принципів функціонування громадянсь-

¹ Ватрас В. А. Джерела сімейного права: проблеми теорії та практики : монографія. Хмельницький : Видавництво ТОВ «Поліграфіст-3», 2020. 824 с.

кого суспільства. На думку розробників модерних кодексів, сучасне сімейне право неможливо розглядати окремо від цивільного, навіть з погляду юридичної техніки – настільки органічно питання сімейного права вплетені в канву всього цивільного права і навпаки – принципи цивільного права пронизують сімейні відносини. Отже, включення сімейного права до оновленого ЦК України розглядається Робочою групою важливим кроком до гармонізації української доктрини і законодавства з *jus commune*.

Варто згадати застереження, висловлені Р. О. Стефанчуком, про те, що існування СК України окремим кодифікованим нормативно-правовим актом створює високу вірогідність його віддаленості від загальних засад приватноправового регулювання¹.

Що стосується міжнародного приватного права, то світовий досвід його кодифікації свідчить про наявність двох основних тенденцій. Одні країни йдуть шляхом прийняття окремих законів про міжнародне приватне право, які містять в собі основні колізійні норми. Інші країни включають норми міжнародного приватного права в цивільні, сімейні кодекси та інші законодавчі акти².

Як відомо, свого часу в українській правовій літературі (як і в колишньому СРСР) висловлювались думки про необхідність прийняття самостійного закону про міжнародне приватне право, навіть був розроблений проект такого закону. Однак при цьому слід мати на увазі реальні обставини того часу, зокрема – стан законодавства та завдання його реформування на той конкретний історичний момент.

Оскільки законотворчий процес розвивався таким чином, що на потребу дня постало питання про розробку нового Цивільного кодексу, як кодексу приватного права, постало питання про узгодження кодифікації цивільного законодавства та міжнародного приватного права.

Важливим, а можливо і вирішальним чинником при розгляді цього питання можна вважати концепцію, за якою розроблявся проект

¹ Стефанчук Р. О. Проблеми реформування та кодифікації сімейного законодавства України. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2002. № 4. С. 139–143.

² Кисіль В. І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації. К., 2005. 480 с.

чинного Цивільного кодексу. Оскільки розробники проекту поставили перед собою завдання створити кодекс, який би став кодифікаційним актом приватного права (включаючи і сімейне право), цілком виправданою видається позиція авторів щодо включення в нього норм міжнародного приватного права. Ці норми склали Восьму книгу проекту Цивільного кодексу, яка так і називалася «Міжнародне приватне право».

Слід зазначити, що при роботі над цією книгою автори вважали за доцільне побудувати її за структурою, яка була б гармонійно пов'язана зі структурою самого кодексу.

Передувала глава, присвячена загальним проблемам колізійного права; потім йдуть глави, що містять норми щодо фізичних та юридичних осіб, особистих немайнових прав, речового права, зобов'язального права, сімейного права, спадкового права та міжнародного цивільного процесу.

Книга «Міжнародне приватне право» була вилучена з проекту ЦК, і на її основі був прийнятий окремий Закон України «Про міжнародне приватне право» (2005 р.).

За останні 15 років відбулися значні зміни в самих приватних відносинах з іноземним елементом та в колізійному регулюванні цих відносин. Тому «повернення» норм МПрП до ЦК повинно відбуватися не механічно, а з суттєвою модернізацією¹.

Рекодифікація у сфері МПрП має враховувати нормативне розширення та поглиблення основних ідей міжнародних та зарубіжних національних сучасних кодифікацій МПрП шляхом подальшого закріплення приватноправових засад колізійного права шляхом розширення його диспозитивності; підвищення регулятивних можливостей колізійних норм; надання колізійним нормам більшої гнучкості з одночасним збереженням їх визначеності, у тому числі за допомогою удосконалення принципу тісного зв'язку; розвитку принципу автономії волі

¹ Довгерт А. С. Концептуальні підходи до рекодифікації цивільного законодавства: питання структури цивільного кодексу України. Рекодифікація (оновлення) цивільного законодавства України: концепція, напрями, перспективи. К., 2020. С. 44–50.

та подальше поширення застосування принципу більш сприятливого права для слабкої сторони відносин.

Процес оновлення регулювання приватних відносин з іноземним елементом повинен ґрунтуватися на певних загальних засадах, притаманних для усіх видів приватних відносин. Зокрема, це – недопустимість свавільного втручання в особисте життя людини, непорушність права власності; свобода договору; свобода підприємницької діяльності; судовий захист порушеного права чи інтересу; засади розумності, добросовісності та справедливості. Саме застосування колізійних принципів МПрП в системній єдності із загальними засадами приватного права може стати запорукою належного регулювання приватних відносин з іноземним елементом.

Важливим є питання про безпосереднє закріплення принципу тісного зв'язку, як основи вирішення колізійного питання (у залежності від контексту його застосування, він отримує формулювання «найбільш тісний зв'язок», «більш тісний зв'язок», «найтісніший зв'язок», «тісний зв'язок»). Коли виникає питання про застосовуване право, необхідно визначитися, які чинники будуть впливати на визначення застосовуваного права. Фактично в МПрП мова йде про можливість застосування поряд з національним правом іноземного права. Визначення застосовуваного права повинно здійснюватися не за «математичними» формулами, а це повинно бути право, яке має тісний зв'язок з цими відносинами, іншими словами – право, яке є властивим (природнім) для цих відносин. Саме таке розуміння цього принципу повинно бути закріплене в оновленому регулюванні МПрП. Основні наукові підходи до визначення природи тісного зв'язку в МПрП зводяться до наступного. Кваліфікація тісного зв'язку розглядається з точки зору: а) колізійного принципу МПрП; б) колізійної норми або прив'язки; в) принципу міжнародного публічного права або його звичайної норми; г) подвійної природи.

Важливий прояв принципу тісного зв'язку полягає в тому, що у випадку, коли згідно з колізійними нормами та іншими положеннями колізійного права неможливо визначити право, що підлягає застосуванню, застосовується право, яке має більш тісний зв'язок із приватноправовими відносинами (ч. 2 ст. 4 Закону України про МПрП).

Особливе значення має положення ч. 3 ст. 4 Закону України про МПрП, яке встановлює, що у виключних випадках право, визначене згідно з колізійними нормами та іншими положеннями колізійного права цього Закону, інших законів, міжнародних договорів України, як виняток, не застосовується, якщо за всіма обставинами правовідносини мають незначний зв'язок з визначеним правом і мають більш тісний зв'язок з іншим правом. Хоча це положення не застосовується, якщо сторони (сторона) здійснили вибір права відповідно до частини першої цієї статті. Така норма підкреслює статус формули «тісного зв'язку» саме як принципу міжнародного приватного права.

Принцип автономії волі (*lex voluntatis*) має неабияке значення в МПрП, оскільки саме в ньому відображається диспозитивність регулювання приватних відносин. Під час очікуваного оновлення кодифікації МПрП інститут *lex voluntatis* потребує подальшого удосконалення, як у частині загальних правил, так й у частині спеціальних його проявів в окремих видах правовідносин (договірних, недоговірних, трудових тощо).

Так, сучасна практика міжнародних комерційних арбітражів і навіть національних судових органів дедалі частіше визнає за сторонами міжнародного контракту право вибирати норми *lex mercatoria* для регулювання взаємовідносин. Сьогодні на удосконалення інституту *lex voluntatis* у багатьох його аспектах, у томі числі в аспекті застосування ненаціонального права, спрямовують нещодавно прийняті (2015 р.) Гаазькою конференцією з міжнародного приватного права «Принципи вибору права у міжнародних комерційних договорах». До законодавчого покращення інституту «автономії волі» в Україні націлюють також положення Регламентів ЄС, зокрема «Рим I» та «Рим II»¹.

Ще один колізійний принцип МПрП – принцип застосування більш сприятливого права. Як відомо, не дивлячись на юридичну рівність учасників приватноправових відносин, фактично можуть виникати ситуації, коли одна зі сторін може бути більш слабкою по суті цих відносин. З точки зору подолання цієї проблеми в матеріальному

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

приватному праві застосовуються засади справедливості та добросовісності, створюються конкретні матеріально-правові механізми, які захищають інтереси цієї слабкої сторони. З точки зору колізійного регулювання свого часу було запропоновано принцип застосування більш сприятливого права для слабкої сторони у відносинах. Цей принцип повністю відповідає загальним засадам регулювання приватних відносин, зокрема і принципу верховенства права. Цей принцип повинен бути сформульований як принцип МПрП у законодавстві України.

Особливу увагу хотілося б приділити загальним проблемам міжнародного приватного права, оскільки пропонується вирішення проблем, які взагалі не відображені в законодавстві України або мають недостатню розробку, чи не відповідають вимогам сучасності.

Велика увага в процесі рекодифікації повинна бути приділена загальним проблемам застосування колізійних норм, таким як правова кваліфікація, встановлення змісту норм іноземного права, зворотне відсилання та відсилання до права третьої країни, обхід закону, застереження про публічний порядок, застосування права країни з множинністю правових систем тощо.

Щодо правової кваліфікації, то суд або інший державний орган України здійснює правову кваліфікацію фактичних обставин, пов'язаних із конкретними правовими відносинами, з метою визначення права, що підлягає застосуванню, ґрунтуючись на їх тлумаченні відповідно до права України (якщо інше не передбачено законом). Таким чином застосовується колізійна прив'язка «закон суду».

У тих випадках, коли конкретні юридичні інститути не відомі праву України, або відомі під іншою назвою, або з іншим змістом, і не можуть бути визначені шляхом тлумачення за правом України, то при їх правовій кваліфікації необхідно також враховувати право іноземної країни.

Одна з найважчих проблем, яка виникає перед судами при розгляді справ, які ускладнені іноземним елементом, є проблема встановлення змісту норм іноземного права, оскільки при застосуванні іноземного права суд чи інший державний орган повинен встановлювати зміст його норм згідно з їх офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі.

Для встановлення змісту норм іноземного права суду або іншому державному органу надається можливість звернутися у встановленому порядку за сприянням і роз'ясненням до Міністерства юстиції чи інших компетентних органів та установ, у тому числі до тих, що знаходяться за кордоном (дипломатичних чи консульських представництв тощо) або залучити експертів.

Окремо хотілось би зазначити, що особам, які беруть участь у справі, надається право подавати документи, що підтверджують зміст норм іноземного права, на які вони посилаються в обґрунтуванні своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому державному органу у встановленні змісту цих норм.

Однак можливі ситуації, коли зміст норм іноземного права не встановлено. У цьому випадку, якщо, незважаючи на вжиті вище вказані заходи, зміст іноземного права не встановлено в розумні строки, повинно застосовуватися право України.

Ще одна проблема – проблема зворотного відсилання. Так, у нашому законодавстві є положення, що будь-яке відсилання до права країни згідно з колізійними нормами має розглядатися як відсилання до матеріального, а не до колізійного права відповідної країни (якщо інше прямо не встановлено законом). Із цього загального правила існує два виключення (якщо справа стосується особистого або сімейного статусу фізичної особи, зворотне відсилання до права України приймається). З нашої точки зору, така конструкція повністю відповідає сучасним тенденціям у розвитку законодавства у сфері міжнародного приватного права.

Наступне питання – питання «обходу закону». Так, зазначається, що правочин або інші дії учасників відносин, ускладнених іноземним елементом, що регулюються законом, спрямовані на те, щоб в обхід колізійних правил про право, що підлягає застосуванню, підпорядкувати відповідні відносини іншому праву, є недійсними. У цьому разі застосовується право відповідної країни, яке підлягає застосуванню відповідно до колізійних норм законодавства.

Суд чи інший державний орган застосовує іноземне право незалежно від того, чи застосовується у відповідній іноземній державі до аналогічних відносин право України, крім випадків, коли застосування іноземного права на засадах взаємності передбачене законом України.

Якщо застосування іноземного права залежить від взаємності, вважається, що вона існує, оскільки не доведено інше.

Надзвичайно важлива проблема – проблема застереження про публічний порядок. Іноземне право не застосовується у випадках, коли його застосування призводить до результату явно несумісного з публічним порядком (основами правопорядку) України. У таких випадках застосовується право України, якщо обставини справи не вказують на застосування права країни, яке має більш тісний зв'язок із правовими відносинами.

Відмова в застосуванні іноземного права не може ґрунтуватися лише на відмінності правової, політичної або економічної системи відповідної іноземної держави від правової, політичної або економічної системи України. Таке уточнення дозволяє обмежити застосування застереження про публічний порядок лише на чисто правових засадах.

У доктрині міжнародного приватного права велика увага надавалася застосуванню імперативних норм. У нашому законі про МПрП є відповідне положення, що правила цього закону не зачіпають дії імперативних норм права України, що регулюють відповідні відносини, незалежно від права країни, яке підлягає застосуванню.

Однак при застосуванні права будь-якої країни згідно з правилами цього закону, суд може застосувати імперативні норми права іншої країни, які мають тісний зв'язок з відносинами, якщо відповідно до права цієї країни такі норми мають регулювати відповідні відносини незалежно від права, що підлягає застосуванню. При цьому суд повинен брати до уваги призначення та характер таких норм, а також наслідки їх застосування або незастосування.

Окремо повинна регулюватися ситуація, коли мова йде про застосування права країни з множинністю правових систем. У випадках коли підлягає застосуванню право країни, у якій діє кілька територіальних чи інших правових систем, належна правова система визначається відповідно до правових норм цієї країни. За відсутності в такій країні відповідних правових норм застосовується та правова система, яка має більш тісний зв'язок із правовими відносинами.

Далі в книзі «Міжнародне приватне право» повинні йти розділи, присвячені: колізійному праву та міжнародному цивільному процесу.

Структура повинна відповідати структурі самого ЦК. Тобто норми повинні бути розміщені в такому порядку: колізійні норми стосовно осіб (фізичні особи, юридичні особи та держава, як учасник цивільно-правових відносин з іноземним елементом); колізійні норми щодо правочинів, довіреності, позовної давності; колізійні норми щодо особистих немайнових прав; колізійні норми щодо прав інтелектуальної власності; колізійні норми речового права (права власності та інших речових прав); колізійні норми зобов'язального права (договірні та недоговірні зобов'язання); колізійні норми сімейного права; колізійні норми щодо спадкування.

Далі книга «Міжнародне приватне право» повинна містити норми, присвячені міжнародному цивільному процесу, у яких розглядаються цивільні процесуальні права іноземців, підсудність, виконання іноземних судових доручень, визнання та виконання рішень іноземних судів.

Подальше удосконалення норм та принципів МПрП в рамках оновленого ЦК, як кодексу приватного права, буде слугувати належному правовому регулюванню приватних відносин, надійному захисту прав та інтересів людей.

Розділ 2

Регулювання немайнових відносин: еволюція поглядів та вдосконалення регуляторних механізмів

2.1. ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ВІДНОСИНИ В ПРЕДМЕТІ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Проблема особистих немайнових відносин та їх галузевої належності сягає ще кінця ХІХ – початку ХХ ст. Саме в той період в літературі питання особистих немайнових прав було піддано тотальному замовчуванню. Так, питання включення особистих немайнових відносин (під якими на той час розумілися переважно особисті сімейні відносини) до сфери цивільного права обійшли увагою в більшості праць тодішніх представників юридичної думки. Наприклад, Д. І. Мейер, характеризуючи цивільне право, категорично заявляв, що майнові права мають самостійний характер, який різко відрізняється від інших прав, і, відповідно, повинна бути особлива самостійна наука про майнові права, яку ми називаємо цивільним правом. Якщо характерна риса усіх закладів сімейного союзу є чужою сфері цивільного права, то із суворю послідовністю слід сказати, що закладам цим не місце в системі цивільного права. До нього відносяться лише майнова сторона сімейних відносин; інші ж сторони повинні бути розглянуті лише в міру необхідності для урозуміння майнової сторони¹.

¹ Мейер Д. И. Русское гражданское право (по изданию 1902 г.) : в 2-х ч. Ч. 1. М. : Статут, 1997. С. 34.

Аналогічну точку зору займав також і К. Д. Кавелін, який вважав, що цивільне право є «...старезною будівлею, що побудована із різнострокатого матеріалу за помилковим планом... цю стару хramину слід розібрати зверху до низу, гарненько перебрати матеріал та спорудити знову на правильних теоретичних основах... весь розряд сімейних відносин, тому що вони не мають нічого спільного ні з речовими правами, ні з правами по зобов'язаннях, ні з юридичними відносинами, що виникають при спадкуванні»¹. Однак, як уже відмічалось того часу в науковій літературі, така позиція науковця, відповідно до якої предмет цивільного права повинні складати лише майнові відносини, наділена суттєвим недоліком, оскільки майновість є ознакою економічною, а не юридичною².

Усе вищенаведене дає нам підстави стверджувати, що в дореволюційний період проблема включення особистих немайнових відносин до предмета цивільного права, переважно, або замовчувалась, або піддавалася суттєвій критиці. Водночас потрібно підкреслити, що вже в той час з'явилися наукові праці, у яких автори піднімали питання щодо доцільності правового регулювання окремих особистих немайнових відносин. Однак серед представників цього напрямку не було єдності. Наприклад, С. А. Муромцев, досліджуючи питання особистих прав, вказував, що вони відрізняються від речових прав тим, що об'єктом правового відношення є не річ, а особа. Водночас автор стверджував, що такий характер прав притаманний зобов'язанням, і, як приклад, наводилося зобов'язання за договором займу³. Натомість В. І. Синайський розглядав таку можливість правового впливу норм цивільного права на особисту сферу особи лише через встановлення спеціальної відповідальності за особисту шкоду. Так, на думку автора, особисті блага людини: життя, здоров'я, свобода, честь тісно пов'язані з матеріальними інтересами

¹ Кавелін К. Д. Избранные труды по гражданскому праву. М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. С. 162.

² Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. Тула: Автограф, 2001. С. 16.

³ Муромцев С. А. Определение и основное разделение права (по изданию 1879 г.). Вступит, статья, коммент. Ю. И. Гревцова. СПб.: Издательский Дом С.-Пб. гос. ун-та, Изд-во юридического факультета СПбГУ, 2004. С. 79.

як самої особи, так і його сім'ї. Зв'язок цей обумовлюється тим, що особисті блага людини складають основні умови його працездатності та здійснення її¹.

Проте і ці, і деякі інші автори стверджували, що цивільне право може регулювати особисті немайнові відносини, однак лише ті, які виникають у сфері сімейних відносин². Як основний свій аргумент, вони вважали те, що тодішнє цивільне законодавство передбачало окремі із особистих немайнових сімейних прав.

На думку інших авторів, такий підхід є доволі обмеженим. Так, наприклад, С. В. Пахман у своїй праці «До питання про предмет і систему Російського цивільного уложення» вказує, що до складу особистих прав повинно включатися не одне сімейне право, але й загальне право осіб (*jus personarum*), тобто сукупність позитивних норм, якими визначаються цивільний стан (*status*) приватних осіб, із включенням і станів сімейних³. Аналогічний підхід демонстрував і Ю. С. Гамбаров, який писав: «...візьмемо насамперед права особистості та подивимося, наскільки підставним є виключення їх зі сфери цивільного права. Ці права, незважаючи на свою різноманітність, зводяться до визнання недоторканності та моральної гідності людини. Сюди належать і право на життя, свободу, честь... вони слугують однаково визнанню за особистістю її моральної оцінки. В умовах сучасного життя ці права складають найвище та найбільш дорогоцінне з прав індивідуума вже тому, що вони мають своїм предметом найвищі та найбільш дорогоцінні людські блага. І оскільки ці блага тісно пов'язані з кожним індивідом та охороненні в його відношеннях з іншими індивідами, то про належність їх до цивільного права навряд чи можливий будь-який сумнів»⁴.

¹ Синайский В. И. Русское гражданское право (по изданию 1914 года). М. : Статут, 2002. С. 458.

² Васильковский Е. В. Учебник гражданского права. М. : Статут, 2003. С. 62; Победоносцев К. П. Курс гражданского права: в трёх томах. Том 2 / под ред. В. А. Томсинова. М. : Изд-во «Зерцало», 2003. С. 2; Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. Тула : Автограф, 2001. С. 16 тощо.

³ Пахманъ С. Къ вопросу о предмете и системе Русскаго гражданскаго уложенія. *Журналъ гражданскаго и уголовнаго права*. 1882. Книга восьмая. Ноябрь. С. 197.

⁴ Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / под ред. и с предисловием В. А. Томсинова. М. : Изд-во «Зерцало», 2003. С. 86.

Однак слід визнати, що на той час законодавчо питання віднесення особистих немайнових відносин до предмета цивільного права не було вирішено жодним чином. Певних змін зазнала ситуація після Жовтневої революції та під час першої кодифікації цивільного законодавства в Україні. Однак ці зміни були спрямовані на ще більше звуження правового регулювання особистих немайнових відносин і пов'язано це було, насамперед, із тим, що прийнятий у 1922 році Цивільний Кодекс УСРР¹ не відносив до предмета цивільно-правового регулювання особисті немайнові відносини і обмежував його виключно відносинами майновими. Така позиція законодавця обумовила і той факт, що більшість науковців-юристів на той час відстоювали аналогічну точку зору про можливість регулювання цивільним правом лише майнових відносин².

На нашу думку, основною причиною цього в радянський період були ідеологічні чинники. Адже вважалося, що оскільки питання особистих немайнових відносин лежить в площині забезпечення основних прав людини, то воно є неактуальним для радянського законодавця, оскільки проблеми з правами людини в СРСР немає. Саме через це протягом практично усього періоду існування України на теренах радянського правового простору питання щодо захисту прав людини, особливо у сфері духовного, немайнового існування особи, як правило, вважалися «чужими радянському устрою» та клеймились як «буржуазні». Однак вже наприкінці 20-х років ХХ ст. з'являються перші публікації про можливість та необхідність цивільно-правового регулювання особистих немайнових відносин. Так, наприклад, пропонувалося включити в структуру цивільного права, принаймні, найбільш загальні особисті немайнові відносини, зокрема пов'язані із сферою авторства, патентного права, іменем фізичної особи тощо³.

¹ Гражданский кодекс УССР от 16 декабря 1922 г. *Собрание узаконений и распоряжений рабоче-крестьянского правительства Украины*. 1923. № 55. 24 января. Ст. 780.

² Гойхбарг А. Г. Основы частного имущественного права. М. : Изд-во «Красная новь», 1924. С. 53–55; Вольфсон Ф. Учебник гражданского права РСФСР. Часть 1. С. 73.

³ Канторович Я. А. Основные идеи гражданского права. Харьков : Юрид. изд-во НКЮ УССР, 1928. С. 196–285.

Наступним кроком дослідження можливості цивільно-правового регулювання особистих немайнових відносин стали дві основоположних роботи, а саме: дисертаційне дослідження М. К. Почанського¹ та монографія К. А. Флейшиц². Їх існування як перших спроб методологічного комплексного аналізу вказаної проблеми назавжди будуть вписані в сторінки вітчизняної цивілістики. Все це призвело до того, що впродовж 40-х років ХХ ст. ідея про віднесення особистих немайнових відносин до предмета цивільного права стала фактично загальновиголошеною серед науковців³. Водночас знадобилося ще близько двадцяти років, щоб ця ідея була втілена законодавчо в Основах 1961 року, а також прийнятому на їх ґрунті Цивільному кодексі УРСР 1963 року. У вказаних нормативно-правових актах зазначалося, що цивільне законодавство регулює майнові та пов'язані з ними немайнові відносини, а у випадках, що передбачені законом, і інші особисті немайнові відносини. Однак навіть така позиція законодавця не припинила спори в науці щодо можливості та доцільності включення особистих немайнових відносин до предмета цивільного права. Повсякчас особистим немайновим відносинам постійно нав'язувалася певна вторинність у співвідношенні із хрестоматійними майновими відносинами, з огляду на що існувала справедлива думка, що особисті немайнові права, а відповідно і правовідносини були «пасинком» у цивільному законодавстві⁴.

¹ Почанский М. К. Личные неимущественные права граждан СССР : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1939. 163 с.

² Флейшиц Е. А. Личные права граждан в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран. *Учёные труды Всесоюзного института юридических наук НКЮ СССР*. Выпуск VI. М. : Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1941. 207 с.

³ Ясенцев В. А. Неимущественный интерес в советском гражданском праве. *Учёные записки Московского юридического института НКЮ Союза ССР*. Вып. 1. М. : Юридат, 1939. С. 26; Гуревич И. Честь и другие неимущественные права граждан и их охрана в социалистическом гражданском праве. *Советская юстиция*. 1939. № 3. С. 18; Миколенко Я. А. Система и основные принципы проекта Гражданского кодекса СССР. *Советская юстиция*. 1939. № 7. С. 6; Аскназий С. И. Основные вопросы нового Гражданского кодекса СССР в свете решений XVIII съезда ВКП (б). *Советская юстиция*. 1939. № 14. С. 39; Агарков М. М. Предмет и система советского гражданского права: В порядке обсуждения. *Советское государство и право*. 1940. № 8–9. С. 67; Гражданское право. Том 1 / М. М. Агарков, С. Н. Братусь, Д. М. Генкин и др. / под ред. М. М. Агаркова и Д. М. Генина. М. : Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1944. С. 10 тощо.

⁴ Флейшиц Е. А. Общие начала ответственности по Основам гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик. *Советское государство и право*. 1962. № 3. С. 35–37.

Така неоднозначність теоретико-правових підходів ставила питання: чи справді ці суспільні відносини входять до предмета цивільного права і на яких підставах? Відповідаючи на нього, О. О. Красавчиков умовно розподілив існуючі в науці точки зору з цієї проблеми на три концепції: негативну, позитивну та радикальну¹. Негативна концепція зводиться до того, що цивільне право регулює лише ті з особистих немайнових відносин, які пов'язані із майновими. Що ж стосується тих немайнових відносин, які не мають такого зв'язку із майновими, то вони або регулюються іншими галузями права, або цивільне право лише здійснює їх охорону у випадках, що прямо передбачені в законі². Основним аргументом, на який посилались автори, була відсутність у законі визначення кола тих активних діянь, які могла б здійснити уповноважена особа, натомість вказано лише на абсолютний обов'язок усіх інших осіб ухилитися від порушення особистих благ особи, а також способи захисту. Деякі прихильники цієї теорії вважають, що регулювання особистих немайнових благ проводиться лише через їх захист чи охорону.

Зазначені твердження були свого часу зустрінуті критикою з боку представників позитивної концепції, яка за своїм змістом зводилася до того, що цивільне право не лише охороняє, але й регулює особисті немайнові права, у тому числі і ті, що не пов'язані з майновими³.

¹ Красавчиков О. А. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений и Свод законов Советского государства. Проблемы гарантий осуществления и защиты прав граждан: материалы научно-практической конференции, посвященной 175-летию возобновления Тартуского университета. Тарту : Изд-во Тартуского гос. ун-та, 1977. С. 13.

² Гражданско-правовая охрана интересов личности / Иоффе О. С., Черепяхин Б. Б., Толстой Ю. К. и др. М. : Юрид. лит., 1969. С. 58; Иоффе О. С. Личные неимущественные права и их место в системе советского гражданского права. *Советское государство и право*. 1966. № 7. С. 57; Советское гражданское право : в 2-х частях. Часть 1 / Маслов В. Ф., Пушкин А. А., Бару М. И. и др. / под ред. В. Ф. Маслова и А. А. Пушкина. К. : Выща школа, 1983. С. 182–183 тощо.

³ Ромовская З. В. Личные неимущественные права граждан СССР (понятие, виды, классификация, содержание и гражданско-правовая защита) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.712 / Киевский государственный университет им. Тараса Шевченко. К., 1968. С. 4–5; Красавчиков О. А. Гражданско-правовая охрана интересов личности и Свод законов Советского государства. Гражданско-правовая охрана личности в СССР : межвузовский сборник научных трудов / отв. ред. О. А. Красавчиков. Вып. 53. Свердловск : Изд-во СЮИ, 1977. С. 23; Малеин Н. С. Тенденции развития гражданского права. *Советское государство и право*. 1978. № 1. С. 41; Малеина М. Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан. М. : Знание, 1991. С. 12–16 тощо.

Так, М. С. Малєїн вважав, що позиція представників негативної концепції є не зовсім вірною, оскільки вона здатна призвести до відомого приниження значення особистих немайнових прав, що не пов'язані із майновими, а також їх місця в системі цивільного законодавства¹.

Третьою концепцією є радикальна концепція, прихильники якої вважають, що особисті немайнові права, які не пов'язані з майновими, являють самостійний предмет регулювання. Так, наприклад, В. О. Тархов висловив думку, що відносини з приводу благ, які не віддільні від особистості, є настільки оригінальними, автономними, відособленими від інших правовідносин, що для їх захисту можуть використовуватися не тільки цивільно-правові способи. Так, зокрема, автор зазначає, що ці відносини наділені предметною єдністю, що характеризується невіддільністю від особистості, недопустимістю грошової оцінки, неможливістю застосування до них правового регулювання правочинів і т. ін. Вони, за рідкісним виключенням, нічого спільного не мають із відносинами, що регулюються визнаними галузями права².

Однак наведена концепція не була сприйнята наукою і піддавалася критиці з різних позицій. Зокрема, С. С. Алексєєв заперечував, що якщо вказані відносини складають собою особливий предмет правового регулювання, то чим можна пояснити їх включення в сферу цивільного права? Адже для того, щоб ці відносини регулювались самостійною галуззю права, немає значення, мала чи велика питома вага таких відносин. Якщо ж до цих відносин можна застосовувати методи регулювання, що властиві певній галузі права, що склалася, то це означає, що існують певні передумови для такого застосування – спорідненість вказаних відносин з тими, що складають предмет цієї галузі³.

¹ Малєїн Н. С. Тенденции развития гражданского права. *Советское государство и право*. 1978. № 2. С. 40.

² Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть. Курс лекций. Чебоксары : Чув. кн. изд-во, 1997. С. 31.

³ Красавчиков О. А. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений и Свод законов Советского государства. Проблемы гарантий осуществления и защиты прав граждан : материалы научно-практической конференции, посвящённой 175-летию возобновления Тартуского университета. Тарту : Изд-во Тартуского гос. ун-та, 1977. С. 14.

Слід відмітити, що були й інші спроби запровадження відмінних підходів до вирішення цього питання¹.

Кожна концепція у своєму формулюванні певним чином опиралася на норми існуючого тоді цивільного законодавства. І не можна визначити свою позицію безвідносно до стану позитивної регламентації. Адже чим чіткіше норми цивільного законодавства визначають стан правової регламентації відповідних відносин, чим більш послідовна логіка такого регулювання, чим менше суперечностей між загальними та спеціальними положеннями, тим менше питань виникає в тій чи іншій сфері. Так, наприклад, стаття 1 Основ цивільного законодавства Союзу РСР та союзних республік 1961 року вказувала, що цивільне законодавство регулює майнові та пов'язані з ними немайнові відносини, а у випадках, передбачених законом, – і інші особисті немайнові відносини. Зрозуміло, що за таких обставин цивільно-правове регулювання особистих немайнових відносин допускалося лише тією мірою, якою вони пов'язані із майновими, а поза цим зв'язком регулювання особистих немайнових відносин в їх «чистому вигляді» – лише за наявності спеціального закону, тобто, як виняток.

Водночас подальший аналіз тодішнього законодавства давав всі підстави стверджувати, що цей «виняток» був надзвичайно скромним. Так, наприклад, Цивільний кодекс УРСР 1963 року містив лише дві норми, які здійснювали регулювання та охорону особистих немайнових відносин, які не пов'язані з майновими: 1) положення про захист честі та гідності (стаття 7 Цивільного кодексу УРСР); 2) положення про охорону інтересів громадянина, зображеного в творі образотворчого мистецтва (стаття 511 Цивільного кодексу УРСР). Звичайно, з певною умовністю можна було говорити, що в цю сферу включається також

¹ Так, наприклад, Л. В. Федюк стверджує, що слід виділяти не три, а п'ять теорій: скептична (яка не відносить до предмета цивільного права особистих немайнових відносин); консервативна (яка говорить, що цивільне право лише охороняє особисті немайнові права у випадку їх порушення); класична (стверджує, що цивільним правом регулюються лише пов'язані з майновими особисті немайнові відносини); моністична (твердить про ідентичність охоронної та регулятивної функції); реформаторська (наголошує на тому, що особисті немайнові права є предметом цивільного права, яке здійснює їх охорону та регулювання) (див.: Федюк Л. В. Система особистих немайнових прав у цивільному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. К., 2006. С. 7.).

і положення глави 40 Цивільного кодексу УРСР, у якій серед інших деліктних зобов'язань згадувалося деліктне зобов'язання щодо відшкодування майнової шкоди в разі ушкодження здоров'я чи смерті громадянина (статті 455–459, 461, 462 та інші Цивільного кодексу УРСР). З огляду на це можна було стверджувати, що на той час питання регулювання особистих немайнових відносин переважно зводилося до захисту двох-трьох особистих немайнових благ через систему цивільно-правової охорони. І тому такий стан речей давав серйозні аргументи в руки представникам негативної концепції.

Децо змінилася ситуація із прийняттям Конституції СРСР (1977 року), а також прийнятої на її основі Конституції УРСР (1978 року). Саме в цих Основних законах держави та республіки були закладені суттєві новели, які стосувалися посилення охорони прав людини. Саме вказані новели і лягли в основу змін цивільного законодавства, яке спрямовувалося на захист особистих прав особи. Суттєвим чином дух нових конституцій вплинув і на правозастосовну практику, особливо, що стосується судового захисту від посягань на життя, здоров'я, честь, гідність, особисту безпеку тощо. Тим не менш, як відзначається в спеціалізованій літературі, кодифіковане цивільне законодавство суттєво відставало від конституційного, оскільки не всі проголошені у вказаних конституціях особисті права стали об'єктами цивільно-правової охорони. Такий стан речей знову ж таки посилює позиції представників саме негативної концепції. Така ж тенденція збереглася аж до початку 90-х років ХХ сторіччя.

Водночас позиції представників позитивної концепції були враховані під час розробки інших законодавчих актів у сфері цивільного законодавства. Так, зокрема, в Основах цивільного законодавства Союзу РСР та республік 1991 року, які справедливо вважаються «вищим досягненням радянської цивілістики», передбачалося, що «Цивільним законодавством регулюються... пов'язані із майновими особисті немайнові відносини... Особисті немайнові відносини, не пов'язані з майновими, регулюються цивільним законодавством, оскільки інше не передбачено законодавчими актами Союзу РСР та республік (далі – законодавчі акти) або не витікає із сутності особистого немайнового відношення». Такий підхід, незважаючи навіть на те, що вказані

Основи 1991 року так і не набрали чинності на території України, можна сміливо вважати першою реально створеною правовою позицією для залучення у сферу цивільно-правового регулювання самого широкого кола особистих немайнових відносин, оскільки за її межі виводилися лише ті з них, які прямо виключалися самим законом або сутністю відповідного соціального зв'язку. Ще більш широко (хоча правда знову ж таки на доктринальному рівні) питання про можливість регулювання особистих немайнових відносин було вирішено при створенні Модельного Цивільного кодексу країн СНД. Зокрема, в частині 2 статті 1 цього модельного акта було передбачено, що відносини, пов'язані із здійсненням та захистом невідчужуваних прав та свобод людини та інших нематеріальних благ (особисті немайнові відносини, не пов'язані з майновими), регулюються цивільним законодавством, оскільки інше не витікає із сутності цих відносин.

Такий науковий консенсус, який був висловлений провідними цивілістами країн-учасниць СНД та віднайшов своє втілення у відповідному модельному цивільно-правовому акті, свідчив про фактичну перемогу позитивної концепції. Водночас саме він повинен був би визначити вектор розвитку цивільно-правового законодавства в країнах постсоціалістичного простору. Натомість доводиться констатувати той факт, що на практиці такої єдності немає. Адже після розпаду СРСР кожна з країн стала перед вибором щодо свого майбутнього, основою чого повинно було стати кардинальне переосмислення ролі та значення людини в системі соціальних пріоритетів. І саме людина та її непорушні права повинні були стати основою вдосконалення юридичних процесів та побудови правової політики в «постсоціалістичних» державах.

Більш чітко визначений предмет цивільно-правового регулювання в законодавстві України. У статті 1 Цивільного кодексу України, зокрема, встановлюється, що цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Як видно, український законодавець при визначенні предмета цивільно-правового регулювання, сконцентрував свою увагу на найбільш суттєвих ознаках цих відносин та методі їх регулювання, що робить дане визначення більш прийнятним, ніж подібні

в законодавствах країн постсоціалістичного простору. На нашу думку, позитиви такого формулювання полягають у тому, що: 1) воно чітко та однозначно визнає за особистими немайновими відносинами якість предмета цивільного права; 2) воно спрямоване на розгляд особистих немайнових відносин як повноцінних, рівноправних та самодостатніх відносин, що усуває попередню залежність їх від майнових; 3) воно розглядає особисті немайнові відносини як єдиний комплекс відносин та не розділяє їх залежно від їх зв'язку із майновими; 4) воно визначає загальний пріоритет особистих немайнових відносин перед майновими; 5) воно встановлює підстави включення особистих немайнових відносин до предмета цивільного права.

Проте, незважаючи на загальні позитивні моменти, ми зауважили б, що вказане формулювання наділено і певними недоліками. Так, зокрема, незрозумілим залишається те, чому засадами включення до предмета цивільного права особистих немайнових відносин є майнова самостійність їх учасників. Вважаємо, що такий підхід законодавця є не зовсім виправданим, оскільки ним фактично здійснюється прирівняння особистих немайнових відносин до «квазімайнових» та створюється спроба чергового нав'язування їх залежності від майнового аспекту. Однак особисті немайнові відносини якраз і є тими відносинами, яким непритаманний майновий субстрат, вони не можуть мати майново-грошової цінності (вартості) та в них відсутній економіко-майновий еквівалент. В іншому випадку нам доводилось би стверджувати, що особи, які не є самостійними в майновому аспекті, не можуть вступати в особисті немайнові відносини щодо власного життя, здоров'я, особистої недоторканності тощо. А це є недопустимим.

З огляду на вказане, можна дійти висновку, що сучасний стан правової регламентації суспільних відносин, що включаються до предмета цивільно-правового регулювання та охорони, дає нам усі підстави стверджувати, що на сьогодні найбільш сприйнятною є позиція представників позитивної концепції. При цьому особливу увагу в цьому аспекті варто сконцентрувати на питанні обґрунтованості віднесення відповідних відносин до сфери правового впливу тієї чи іншої правової галузі, тобто які ознаки відповідних відносин дають нам можливість ідентифікувати їх як цивільно-правові.

На нашу думку, цивільне право як правова галузь, повинно мати єдину підставу віднесення тих чи інших відносин до свого предмета. При цьому вказана підстава не може ґрунтуватися на якихось зв'язках з іншими, більш чи менш домінуючими відносинами, які включаються до такого предмету, або ж залежати від них. Коли ми ведемо мову про певні ознаки предмету галузі, то вони повинні бути властивими самій галузі загалом, а не її складовим. Саме тому ми не сприймаємо як обґрунтування підстави віднесення особистих немайнових відносин до предмета цивільного права на засадах їх подібності з майновими. Безперечно, ми не заперечуємо певний зв'язок між особистими немайновими та майновими відносинами, однак він не є визначальним при включенні перших чи других до предмета цивільного права. Неможливо також і сприйняти за основу твердження про можливість застосування єдиного методу. Безперечно, що для галузі права метод має одне із вирішальних значень, проте він не може формувати предмет, а впливає вже на існуючий предмет та змушує його жити за власними правилами. Тому відповідь на вказане питання повинна бути одна: предмет цивільного права повинен формуватися лише на виокремленні загальної засади, яка і є визначальною для визначення тих чи інших суспільних відносин цивільно-правовими. На нашу думку, такою засадою є приватноправовий характер вказаних відносин. Тобто це означає, що предметом цивільного права можуть бути лише відносини, які ґрунтуються на юридичній рівності та автономії волі і вільному волевиявленні (диспозитивності) їх учасників (а для майнових відносин, як зазначалось вище, – факультативна ознака «майнова самостійність»), або іншими словами приватні відносини, що виникають між суб'єктами приватного права¹.

Також хотілося б звернути увагу на те, що така ознака, як приватноправовий характер суспільних відносин, є не лише необхідною та достатньою, але й первинною для включення тих чи інших відносин до предмета цивільного права. Цивільне право може регулювати не всі особисті немайнові відносини, а лише ті з них, які носять приватноправовий характер. Решта ж особистих немайнових відносин, яким не

¹ Гражданское право: в 4 т. Том I: учебник / Ем В. С., Козлова Н. В., Корнеев С. М. и др. ; отв. ред. Е. А. Суханов. М. : Волтерс Клувер, 2004. С. 34.

притаманна вказана ознака, повинні регулюватись іншим галузевим законодавством, зокрема конституційним (відносини щодо свободи думки і слова, вільного вираження своїх поглядів і переконань, свободи світогляду і віросповідання, участі в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільного обиравання і можливості бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, звернення до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів тощо), трудовим (відносини щодо права на працю, права на страйк, права на відпочинок тощо), екологічним (відносини щодо вільного доступу до інформації про стан навколишнього природного середовища та вільного отримання, використання, поширення та зберігання такої інформації тощо) та іншим.

Аналізуючи новітнє цивільне законодавство України, слід відмітити, що значним досягненням нового Цивільного кодексу України стала не лише чітка позиція щодо регулювання та охорони особистих немайнових відносин, але й суттєва зміна ролі та значення цих відносин у структурі предмета цивільного права. Адже саме в статті 1 Цивільного кодексу України вперше за всю історію цивільного законодавства пріоритет віддається саме особистим немайновим відносинам¹, які були винесені на перший план порівняно із класичними для цивільного права відносинами майновими, які протягом багатьох століть вважалися хрестоматійним прикладом цивільних правовідносин. Безперечно, що така зміна є логічною та повністю відповідає проголошеному в Конституції України принципу антропоцентризму, відповідно до якого людина, її життя та здоров'я, честь та гідність, недоторканність та безпека визнаються найвищими соціальними цінностями. Такий підхід, започаткований в Основному Законі, вочевидь означає, що національне галузеве законодавство повинно змінити загальний вектор свого спрямування відповідно до визначеної ієрархії соціальних цінностей, у вершині якого повинна зайняти чільне місце

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. 2-е вид., перероб. і доп. / Кузнецова Н. С., Дзера І. О., Косак В. М. та ін. ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. К. : Юрінком Інтер, 2006. Т. I. С. 11.

людина та визначені внутрішні (духовні) блага. І саме цивільне законодавство виявилось одним із перших, хто зміг своєчасно та повно відобразити такі зміни у своїй структурі.

Усе вищенаведене дає нам підстави для висновку про те, що особисті немайнові відносини не просто є складовою предмета цивільного права, оскільки вони ґрунтуються на засадах юридичної рівності їх учасників, їх вільного волевиявлення, а також спрямовані на забезпечення їх приватного немайнового інтересу. Особисті немайнові відносини слід розглядати як первинні, самостійні та рівні за значенням у структурі предмета цивільного права.

Цивільний кодекс України, визнавши особисті немайнові відносини невід'ємною частиною предмету цивільного права (цивільних відносин), присвячує їм цілу Книгу другу – «Особисті немайнові права фізичної особи», яка складається з трьох глав («Загальні положення про особисті немайнові права фізичної особи», «Особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи», «Особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи»). При цьому значний масив норм, які регулюють особисті немайнові відносини, міститься і в інших частинах Цивільного кодексу¹, а також інших актах цивільного законодавства².

Як вже зазначалося вище, у ЦК України було запроваджено позитивне регулювання особистих немайнових відносин, яке до цього або взагалі не здійснювалося, або було винесено за межі цивілістичного правового матеріалу, хоча за своїм змістом мало б стосуватися саме цивілістики. Формування в Цивільному кодексі України окремої Книги, присвяченої особистим немайновим правам фізичної особи,

¹ Наприклад: серед загальних засад цивільного законодавства закріплюється «неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини» (п. 1 ч. 1 ст. 3 ЦК); визначається місце особистих немайнових прав (ОНП) в обсязі цивільної правоздатності (ст. 26 ЦК) та цивільної дієздатності (ст. 31 ЦК) фізичної особи та юридичної особи (ст. 94); окремим об'єктом цивільних прав визнається особисте немайнове благо (ст. 201 ЦК); ОНП інтелектуальної власності (ст. 418, 421, 423, 425, 429, 430, 438, 442) тощо.

² Наприклад: Сімейний кодекс України; Закони України «Про міжнародне приватне право», «Про інформацію», «Про захист персональних даних», «Про доступ до публічної інформації», «Основи законодавства України про охорону здоров'я» та багато інших.

стало галузевим втіленням проголошення у статті 3 Конституції України людини, її життя, здоров'я, честі та гідності, недоторканності та безпеки найвищою соціальною цінністю.

Перевагою чинного Цивільного кодексу стало виокремлення загальних положень про особисті немайнові права фізичної особи та закріплення на їх рівні поняття, видів, змісту, гарантій здійснення та способів захисту особистих немайнових прав. Книга друга сьогодні – гармонійна складова структури Кодексу, який системно впорядковує норми приватного права, формує цілісну систему норм, які компонується за єдиними принципами і ґрунтуються на єдиному методі регулювання суспільних відносин; визначає загальні положення, спільні для всіх норм певного роду; виділяє за диференційованими підходами окремі інститути, закріплюючи їх у відповідному порядку. У Книзі другій йдеться саме про норми, які регулюють особисті немайнові відносини на засадах рівності, диспозитивності, неприпустимості втручання у сферу особистого життя фізичної особи; судового захисту будь-якого порушеного цивільного права; справедливості, добросовісності, розумності тощо і мають таким чином тісний зв'язок із Книгою першою.

Логіка законодавця, за якою особисті немайнові права не просто розміщені серед інших традиційних цивільних прав, але й пере-дують їм, визнана на сьогодні практично усіма цивілістами і ґрунтується на переконанні в тому, що соціальна значущість особистих немайнових прав значно вища, ніж прав, які існують у матеріальній сфері суспільства, оскільки є, перш за все, конституційними правами, духовною основою суспільства і виступають передумовою забезпечення свободи власності, свободи договору, свободи підприємництва тощо. Крім цього, пріоритетність системного розміщення особистих немайнових прав зумовило також перегляд на сучасному рівні самого поняття цивільних відносин та цивільного права.

Крім того, протягом часу своєї дії Книга друга стала системоутворюючим ядром для інших актів законодавства, що містять цивільно-правові норми і регулюють особисті немайнові відносини, незалежно від того, чи є вони суто цивільними, чи мають комплексний характер.

Розробники Цивільного кодексу України втілили в ньому положення плюралістичної концепції шляхом закріплення загальних консолідованих положень щодо особистих немайнових прав та широкого каталогу конкретних особистих немайнових прав фізичних осіб, чим здійснено їх позитивну регламентацію. При цьому в окрему групу законодавець відносить ті особисті немайнові права фізичних осіб, які мають первинне закріплення Конституцією України та походять із відповідних конституційних прав (стаття 270 Цивільного кодексу). А перелік особистих немайнових прав, встановлених у законодавстві, визнається невичерпним. Цивільний кодекс України сприйняв класифікацію особистих немайнових прав, у якій за основу класифікаційного критерію беруть мету, на досягнення якої спрямоване відповідне особисте немайнове право, та здійснив у книзі другій поділ особистих немайнових прав фізичної особи на ті, що забезпечують природне існування (глава 21), та ті, що забезпечують соціальне буття (глава 22). Книга друга Цивільного кодексу України складається із норм, які регламентують особисті немайнові права фізичних осіб, поєднані у три глави, а саме: Главу 20 – «Загальні положення про особисті немайнові права фізичної особи», Главу 21 – «Особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи» та Глав 22 – «Особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи» і 47 статей (статті 269–315). Таким чином, Цивільний кодекс України містить на сьогодні значний комплекс норм, що регулюють особисті немайнові відносини і забезпечує системність викладу правового матеріалу щодо особистих немайнових прав.

До теперішнього часу встановлена новим Цивільним кодексом України система особистих немайнових прав не зазнала суттєвих трансформацій. Незначні зміни в тексті кодексу стосувалися, зокрема, особистих немайнових відносин, які складаються з приводу інформації¹,

¹ Див.: Закони України «Про внесення змін до Цивільного кодексу України щодо права на інформацію»; «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про інформацію» та Закону України «Про доступ до публічної інформації».

особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги¹, права на ім'я².

Водночас на сьогодні існує необхідність в оновленні цивільного законодавства України з урахуванням п'ятнадцятирічного досвіду застосування Цивільного кодексу України та досягнень сучасних кодифікацій європейського приватного права. Мають бути актуалізовані основні інститути цивільного права з урахуванням вимог сучасності. Ефективність цивільного правового регулювання, що забезпечується сьогодні положеннями чинного Цивільного кодексу України, бурхливий розвиток суспільних відносин, у тому числі підприємницьких, корпоративних, інформаційних відносин, поява низки абсолютно нових об'єктів цивільних прав, а також інші чинники, що впливають на розвиток європейського приватного права, з неминучістю зумовлює необхідність оновлення положень Цивільного кодексу України. Не винятком є й інститут особистих немайнових прав.

Вбачається, що чинниками та передумовами оновлення Книги другої Цивільного кодексу України «Особисті немайнові права фізичної особи» можна визначити такі: напрацювання національної цивілістичної науки щодо системи, ознак, видів, суб'єктів, особливостей здійснення та захисту особистих немайнових прав³; сучасний

¹ Див.: Закони України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо клінічних випробувань лікарських засобів», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо надання психіатричної допомоги», «Про внесення змін до статті 281 Цивільного кодексу України», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині», «Про внесення зміни до статті 290 Цивільного кодексу України», «Про внесення змін до Сімейного та Цивільного кодексів України».

² Див.: Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо права фізичної особи на зміну по батькові».

³ Достатньо для прикладу згадати лише деякі докторські дисертації, які були захищені після набуття ЦК України чинності: Кохановська О. В. Цивільно-правові проблеми інформаційних відносин в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. К., 2000; Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. К., 2007; Сліпченко С. О. Механізм правового регулювання особистих немайнових відносин з оборотоздатними об'єктами : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Харківський національний університет внутрішніх справ. Х., 2013; Федюк Л. В. Особисті немайнові права юридичних осіб : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2015; Кулініч О. О. Теоретичні проблеми реалізації та захисту права фізичної особи на власне зображення : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». Одеса, 2017 тощо.

стан науки і техніки, який створює нові ризики втручання в особисте життя фізичної особи (так, інформаційні технології, допоміжні репродуктивні технології, біометрична ідентифікації особи, генетична інженерія зумовлюють необхідність спеціального правового захисту особистої немайнової сфери). Також неможливо не згадати ті виклики та загрози, перед якими опинилося людство в умовах пандемії коронавірусної хвороби (COVID-19). Попри те, що більшість обмежувальних заходів, спрямованих на запобігання виникнення і поширення цієї хвороби, носить публічно-правовий характер, їх втручання в приватну сферу є безпрецедентним, що створює нові завдання для законодавчого регулювання особистих немайнових відносин.

Насамперед викликає зауваження назва Книги другої «Особисті немайнові права *фізичної особи*». Чинна редакція Цивільного кодексу України до суб'єктів особистих немайнових прав відносить не тільки фізичних, але й юридичних осіб та державу, тому варто з одночасним відповідним розширенням предмету регулювання Книги другої змінити її назву на «Особисті немайнові права». Одночасно скорегувати назви глави 20 – «Загальні положення про особисті немайнові права» та глави 22 – «Особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи, та особисті немайнові права юридичної особи та держави».

У вітчизняному цивільному законодавстві за юридичною особою закріплені деякі особисті немайнові права (право на ділову репутацію, право на інформацію), проте вони потребують детальнішого регулювання. Такі нематеріальні блага як найменування та місцезнаходження теж знаходять своє відображення в Цивільному кодексі України, хоча й без вказівки на них, як на особисті немайнові права. Також слід окрему норму присвятити взаємопов'язаності особистих немайнових прав фізичної особи та юридичної особи, засновником, учасником якої вона є, у випадках, коли діяльність однієї асоціюється з іншою і навпаки (тобто можливість юридичної особи звертатися до суду за захистом при порушенні особистих немайнових прав такої особи, у тому числі після її смерті). Доцільно врегулювати особливості здійснення особистих немайнових прав не тільки юридичними особами приватного права, але й юридичними особами публіч-

ного права, до яких, за умови сприйняття концепції участі держави в цивільних відносинах через юридичних осіб, включаються також держава Україна й територіальні громади.

На рівні загальних положень про особисті немайнові права доцільно передбачити положення щодо: принципів (основних засад) регулювання особистих немайнових відносин (інституційні принципи) чи універсального принципу особистих немайнових прав, згідно з яким особистість фізичної особи, включаючи її природні права, підлягають захисту. Кожна особа зобов'язана поважати вільний вибір фізичної особи жити, як вона бажає; уточнити особливості здійснення особистих немайнових прав та їх гарантій (зокрема, щодо вікових меж здійснення особистих немайнових прав, а саме здійснення окремих правомочностей самостійно малолітніми особами та недієздатними особами, можливість здійснення окремих правомочностей представником, а також посилення гарантій забезпечення здійснення особистих немайнових прав); систематизувати спеціальні способи захисту особистих немайнових прав, закріпивши механізм забезпечення пропорційності їх застосування, у випадках коли це призводить до обмеження інших прав, таких як право на інформацію, право на свободу слова тощо.

Варто при збереженні плюралістичного підходу щодо системи особистих немайнових прав провести так би мовити «укрупнення» особистих немайнових прав (право на фізичну недоторканність, право на індивідуальність, право на приватність). З точки зору юридичної техніки це доцільно зробити шляхом поділу глав на відповідні параграфи. Це дасть змогу усунути прогалини та певні колізії, а також очистить Цивільний кодекс України від статей, які не отримали правозастосовної практики.

Так, розглядаючи особисті немайнові права, що забезпечують фізіологічне (природне) існування фізичної особи, виділили такі особисті немайнові права, що забезпечують фізіологічне (природне) існування фізичної особи: право на життя; право на здоров'я; репродуктивні права; право на свободу (свободу природного існування); право на особисту недоторканність; право на особисту безпеку, право на особисту гідність). Вбачається, що окремі із нормативно регламентованих

особистих немайнових прав фізичних осіб, які закріплені у Главі 21 Цивільного кодексу України, або включаються до змісту вищевказаних прав, або ж виступають гарантіями їх здійснення чи захисту.

Особисті немайнові права, які забезпечують соціальне буття фізичної особи, можуть бути розділені на: право людини на ім'я та пов'язані з ним засоби персоніфікації (індивідуалізації), право на індивідуальність тощо; право на честь та право на репутацію; право на свободу пересування, право на вільний вибір місця проживання, право на свободу літературної, художньої, наукової та технічної творчості, право на вибір роду занять; право на особисту інформацію; право на приватність фізичної особи від зовнішнього втручання з боку соціальної групи.

Положення щодо кожного із зазначених особистих немайнових прав потребують деталізації із врахуванням напрацювань вітчизняної доктрини, судової практики, а також використовуючи досвід законодавчого регулювання особистих немайнових відносин інших країн.

Окрему увагу при оновленні Книги другої Цивільного кодексу України «Особисті немайнові права фізичної особи» слід приділити відповідності інших законів новій редакції норм Цивільного кодексу України шляхом одночасного внесення відповідних змін та доповнень, а також забезпечення узгодженості при паралельній розробці інших кодифікованих актів, які тією чи іншою мірою регулюють особисті немайнові відносини (йдеться про Трудовий кодекс України, Медичний кодекс України, Кодекс України з електронних комунікацій тощо).

Необхідно забезпечити нормативне регулювання договірних відносин, які виникають з приводу особистих немайнових об'єктів, які, отримавши об'єктивовану форму, набули ознак оборотоздатності. Тим самим забезпечити право фізичної особи використовувати такі об'єкти в комерційних цілях та дозволяти іншим таке використання. Вбачається, що з урахуванням досягнень вітчизняної доктрини особистих немайнових прав необхідним є приватноправове закріплення можливості комерційного використання ознак, які індивідуалізують фізичну особу, на основі таких методологічних засад. Можливість

комерційного використання таких ознак вже охоплюється змістом закріплених особистих немайнових прав, а тому її правова природа визначається як складова змісту відповідного особистого немайнового права – правомочність позитивного (використовувати та дозволяти використання), негативного спрямування (вимагати не використовувати), а також захисту. Особисте немайнове право, до змісту якого входить можливість комерційного використання ознак, які індивідуалізують фізичну особу, за своїм характером є особистісним, оскільки використання однією особою таких ознак іншої особи не спростовує нерозривного зв'язку між останньою та відповідним особистим немайновим благом. Пояснюється це тим, що у наведеному випадку використовується не благо само по собі, а лише його відтворення, проекція на матеріальному носії. Особисте немайнове право, до змісту якого входить можливість комерційного використання ознак, які індивідуалізують фізичну особу, характеризується немайновістю, тому що використання таких ознак у комерційних цілях не змінює немайнову природу відповідних благ (особисті немайнові блага не створюються в процесі економічного виробництва та не можуть мати майново-грошової цінності, на відміну від своїх проекцій). Ознаки, які індивідуалізують фізичну особу, у цьому контексті слід тлумачити широко та охоплювати ними не тільки зображення, ім'я, в усій різноманітності змісту цих термінів, а й голос та інші індивідуальні особливості за умови їх однозначної асоціації з фізичною особою-носієм та комерційною цінністю їх використання.

Підсумовуючи вищевикладене, сучасне цивільне законодавство не тільки визнає особисті немайнові відносини предметом цивільного права, але й однозначно вказує на можливість їх регулювання та охорони. При цьому цивільне законодавство України визначає згадані відносини як повноцінні, рівноправні та самодостатні, що усуває попередню залежність їх від майнових і дає можливість стверджувати, що інститут особистих немайнових прав – це окрема підгалузь цивільного права. У системі цивільного права ці права повинні займати привілейоване місце, оскільки в приватному житті особи особисті немайнові права мають вищу цінність, ніж майнові.

2.2. ІНФОРМАЦІЯ ЯК ОБ'ЄКТ ПРИВАТНОПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Інформація визначена законодавцем України в ст. 200 Цивільного кодексу України¹ (далі – ЦК) і в спеціальному Законі України «Про інформацію»², як будь-які відомості та/або дані, які можуть зберігатися на матеріальних носіях або бути відображеними в електронному вигляді, а у відповідності до ст. 177 Глави 12 Розділу 3 ЦК інформація належить до окремих об'єктів цивільних прав. Інформація як об'єкт цивільного права, як предмет вивчення науки цивільного права отримала своє розкриття у вітчизняній науці на монографічному рівні і на рівні дисертаційних досліджень, зокрема докторських^{3,4}.

У літературі запропоновані визначення, які більш повно відображають зміст категорії «інформація» у приватному праві, яке можна запропонувати також для закріплення у ст. 200 ЦК в результаті його оновлення: як «нематеріальне немайнове благо особливого роду, яке нерозривно пов'язане із життям, з його виникненням і закінченням, яке проявляється як особисте немайнове благо, як результат впливу на людину та інших суб'єктів та об'єктів права, як результат інтелектуальної творчої діяльності і як відомості про осіб, події та явища, предмети, об'єкти і процеси незалежно від форми їхнього представлення»⁵.

Відзначимо, що у науковій сфері були вироблені різні концепції тлумачення сутності інформації, що зумовлюється багатоаспектністю зазначеної категорії, її використанням у різних сферах життя і галузях науки для осмислення не лише її самої, але й для

¹ Цивільний кодекс України. Закон від 16.03.2003р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.

² Про інформацію: Закон України від 2 жовтня 1992 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст. 650.

³ Кохановська О. В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві: монографія. К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. 463 с.

⁴ Кодинець А. О. Цивільно-правове регулювання зобов'язальних інформаційних відносин: монографія. К.: Алерта, 2016. 582 с.

⁵ Кохановська О. В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві: монографія. К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. 463 с. С. 440.

пояснення інших явищ та процесів навколишньої дійсності. Методологічною основою для розроблення визначення інформації як об'єкта цивільних правовідносин можуть слугувати концепції, які пов'язують інформацію з результатами інтелектуальної діяльності людини, оскільки право як універсальний регулятор суспільних відносин не поширюється на процеси, які відбуваються в природі поза контролем людини.

Інформація як об'єкт цивільно-правового регулювання знаходить вираження в різних інститутах та нормах цивільного права.

Передусім інформація є самостійним об'єктом цивільних прав. Норми, які присвячені регламентації інформації в системі цивільного права, перебувають у стадії свого розвитку і закріплені лише в декількох статтях ЦК та різних його структурних частинах (ст. 200, 277–278; 302 ЦК), проте і за цих умов можемо констатувати формування самостійного інституту цивільного права – права на інформацію, перспективи його подальшого генезису та розвитку.

Інформація також є складовою значної кількості особистих немайнових благ, які регулюються книгою 2 ЦК. У межах системи особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи та її соціальне буття (Книга 2 ЦК) регламентуються блага, які мають інформаційну складову, права на які набувають оборотоздатних можливостей. До такої групи прав можемо віднести: право на інформацію про стан свого здоров'я та право на таємницю про стан здоров'я (ст. 285, 286 ЦК); право на достовірну інформацію про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її збирання та поширення (ч. 1 ст. 293 ЦК); право на ім'я та на його зміну та використання (ст. 294–296 ЦК); право на честь, гідність та ділову репутацію (ст. 297, 298 ЦК); право на прояв своєї індивідуальності (ст. 300 ЦК); право на таємницю особистого життя (ст. 301 ЦК); право на особисті папери та право на таємницю кореспонденції (ст. 303–306 ЦК); право особи при проведенні фото-, кіно-, теле- та відеозйомок (ст. 307–308 ЦК); право на свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості (ст. 309 ЦК).

При цьому наголошуємо, що мова йде саме про оборотоздатність прав, ймовірність їх економічної, грошової оцінки та договірної

регулювання. Самі особисті немайнові блага (ім'я, честь, гідність, ділова репутація, інформація про стан здоров'я) не мають економічного змісту та оборотоздатного характеру.

Інформація пов'язана з інтелектуальною діяльністю та може мати будь-які форми зовнішнього відображення, придатні для сприйняття особою безпосередньо чи за допомогою технічних засобів. Як результат інтелектуальної діяльності людини інформація може існувати як самостійний об'єкт, так і у формі результатів творчості, які охороняються системою права інтелектуальної власності. У сучасних умовах спостерігаємо певну неузгодженість між системою права інтелектуальної власності та інформаційними можливостями особи щодо вільного збирання, зберігання, поширення та використання інформації. В умовах інформаційного суспільства, розвитку наукової та науково-технічної діяльності монопольне право суб'єкта інтелектуальної власності потребує істотних обмежень як у часовому, так і в просторовому вимірах.

Тому важливою тенденцією розвитку правового регулювання інтелектуальної діяльності в інформаційному суспільстві є поступове послаблення системи охорони інтелектуальної власності, впровадження нормативних змін, спрямованих забезпечити збалансоване поєднання інтересів творців і їх правонаступників в отриманні винагороди та членів суспільства в реалізації свого права на доступ до інформації, її поширення і використання.

Права на інформацію також можуть бути об'єктом різного виду договорів. Йде мова як про спеціальні договірні конструкції, спрямовані на забезпечення інформаційних прав особи в інформаційному обміні чи гарантування додержання прав суб'єкта (договори про конфіденційність, надання консалтингових та інформаційних послуг, про проведення інформаційного пошуку тощо), так і про договори змішаного типу, у яких положення про гарантування чи реалізацію інформаційних прав є частиною їх істотних умов (договори у сфері інтелектуальної власності, договори на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт тощо).

Враховуючи, що інформація має нематеріальну природу і може мати різні форми свого зовнішнього вираження, відзначаємо, що в межах

цивільного обороту відбувається не лише обіг інформації (надання чи передача інформації від правоволодільця до набувача), а оборот прав на інформацію. Ці права можуть бути отримані набувачем на певний строк, у такому разі йде мова про надання інформаційних прав, або безстроково йому передані на визначених договором умовах.

Порушення інформаційних прав особи є підставою виникнення позадоговірних (деліктних) зобов'язань, спрямованих на поновлення порушених інформаційних прав особи, відшкодування заподіяної шкоди та/або компенсацію моральної шкоди. Тому порушення інформаційних прав особи може бути підставою для виникнення деліктних (позадоговірних) зобов'язань.

Отже, інформація пронизує значну кількість інститутів цивільного права та знаходить своє вираження в різних цивільно-правових категоріях і нормах як безпосередньо (у вигляді інформації та інформаційних прав), так і опосередковано через результати інтелектуальної, творчої діяльності чи особисті немайнові блага фізичної особи.

Прийнявши до уваги активний розвиток інформаційного суспільства у сучасних умовах, появу та поширення нових високотехнологічних технічних можливостей до доступу, акумуляції, використання та обміну інформації, констатуємо подальше зростання сфери правової регламентації інформаційних відносин, структуризацію та ускладнення норм, що регулюють відносини у сфері обігу інформації, реалізацію суб'єктивних прав особи в інформаційній сфері. За цих умов цивільне законодавство не може залишатися інертним, воно має забезпечити ефективне регулювання приватноправових інформаційних відносин – відносин, які базуються на реалізації інформаційних прав особи, комунікації та інформаційному обміні, встановивши ефективні механізми та гарантії здійснення і захисту інформаційних прав.

Важливим завданням оновленого ЦК має стати також запобігання «перетіканню» сфери правової регламентації інформаційних відносин з приватного в публічне право, зміщенню акцентів у їх регулюванні з диспозитивних засад, які засновані на вільному волевиявленні та юридичній рівності суб'єктів, у царину публічного права з властивими йому засадами владного підпорядкування, реалізації інформаційної політики держави, захисту її інформаційної безпеки тощо.

Положення про об'єкти цивільних прав мають бути доповнені положеннями про інформацію як об'єкт цивільних прав, невичерпним переліком таких об'єктів, з тим, щоб утвердити їх приватноправову природу і підкреслити особливості інформації, перерахувати її види для більш ефективного і впевненого використання в приватноправових відносинах і судовій практиці, як це було свого часу зроблено щодо переліку і змісту особистих немайнових прав, включаючи право на інформацію. Зокрема, ЦК можна доповнити ст. 177–1 ЦК, у якій перерахувати такі об'єкти: інформація, інформаційні продукти, ресурси, системи тощо та об'єкти прав, що створюються та знаходяться в мережі Інтернет, криптовалюта, персональні дані, інформація про особу, автономні роботи, штучний інтелект, контент (цифровий контент), який означає інформаційний зміст сайту – тексти, звукова, графічна та ін. інформація, а також книги, газети, збірки матеріалів тощо та інші об'єкти. Чинниками та передумовами оновлення положень, пов'язаних з інформацією як об'єктом є, окрім іншого, сучасний стан науки і техніки, який створює не лише нові можливості, але й нові ризики від втручання в особисте життя фізичної особи інформаційних технологій, поява роботів і штучного інтелекту тощо.

Втім, не можна погодитись із рядом ідей, висловлених стосовно зміни в понятті і змісті категорії речі внаслідок оновлення ЦК, зокрема пропозицій розуміння речей як усіх предметів, які можуть бути індивідуальною або колективною приналежністю фізичної або юридичної особи (матеріальні речі), та майнових прав, наскільки вони є складовими частинами майна (*нематеріальні речі*), оскільки це є вельми дискусійним твердженням. Щодо поняття «матеріальні речі» заперечень немає, але навіть у самому своєму змісті словосполучення «нематеріальні речі» несе загрозу для сучасного логічного сприйняття. При всій повазі до окремих історично обумовлених теорій, не можна погодитись із введенням у сучасний вітчизняний кодекс такого поняття. Недоречно говорити і про те, що визначальними властивостями речі є здатність майнового блага в матеріальній або нематеріальній формі бути індивідуальною або колективною приналежністю, перебувати в правовому пануванні внаслідок підпорядкування волі особи, мати економічну цінність і слугувати для використання, оскільки логічно

виникає філософське (а тоді і правове) питання – що таке «благо» і чи може тоді бути немайнове благо також у матеріальній і нематеріальній формі? Чи це можливо лише для майнового блага – бути і в матеріальній, і навіть у нематеріальній формі? Це підсилює дискусію для Книг першої, другої і четвертої ЦК, вже не кажучи про третю. Звідси несприйняття викликає і позиція про те, що передбачений чинним ЦК України поділ речей доцільно доповнити або уточнити положеннями про «взаємозаміними» речі і речі, які не можуть замінити одна одну; речі публічної сфери та речі приватної сфери; матеріальні та нематеріальні речі; акцесорні та обмежені права; об'єкти інтелектуальної власності; цифровий контент і цифрова річ; рухомі культурні цінності. З цим не можна погодитися, оскільки об'єктами інтелектуальної власності є твори науки, літератури і мистецтва, об'єктами інформаційних відносин є інформація та інші інформаційні об'єкти, про які йшлося вище. Речами може бути лише *форма представлення* цих цілком немайнових, нематеріальних об'єктів. Те саме відноситься до *цифрового контенту* – його об'єктом є немайнове благо – інформація, інформаційні об'єкти, або твір, комплекс творів тощо. «*Цифрова річ*» – це взагалі умовна назва. Так звана «цифрова річ» – це завжди спрощене уявлення про саму суть об'єкту – немайнове благо – інформаційне чи із сфери інтелектуальної власності, особистих немайнових прав, який втілюється у речовій формі – папері, на екрані комп'ютера, у так званій цифровій формі представлення, книзі, картині тощо, натомість навіть представники ІТ-сфери поділяють *hardware* та *software*. Перехід прав на річ не означає переходу прав на самий немайновий об'єкт – інформацію. Яскравий приклад із прав інтелектуальної власності – книга або картина мистецтва – у жодному разі ці об'єкти, які містять нематеріальну сутність – інформацію рівня творчості, не можуть набути назву «літературна річ» «мистецька річ», «музична річ» у наш час. Навряд чи подібні пропозиції допоможуть врегулювати питання немайнових об'єктів належним чином. Доречніше розвести, розмежувати ці об'єкти чітко, так само як і форму їх представлення. Ніхто не заважає продати книгу як матеріальне закріплення тексту твору, але це не означає продаж прав на книгу. Те саме стосується цифрового контенту, який є змістовно-інформаційним наповненням

сайту – тексти, картинки, музика, відео можуть набути електронної «цифрової» форми втілення і не є річчю. На наше переконання, повернення до теорії «безтілесних речей» може зруйнувати усі сучасні підходи до права інтелектуальної власності і його об'єктів, інформації як об'єкта, і взагалі – до усіх об'єктів немайнових прав, про що ми вже зазначали вище, це може лише ускладнити, або й спотворити розуміння і самого поняття речей, речей матеріальних тощо у вітчизняному цивільному праві. Тому пропозиція «нематеріальними речами» визнавати «речі, що сприймаються лише свідомістю», наскільки вони є складовими частинами майна, може бути лише предметом наукової дискусії.

Отже, погоджуємось, що в ЦК можна передбачити такий вид об'єкту цивільних прав як цифровий контент, але в жодному випадку – не так звану «цифрову річ». Якщо узагальнити відомі визначення, які пропонують спеціалісти, цифровим контентом визнаються дані, які створені і надані в цифровому вигляді, такі як комп'ютерні програми, додатки, ігри, музика, відеозаписи або тексти, незалежно від того, чи отримано до них доступ за допомогою завантаження або шляхом потокової передачі, з матеріального носія або за допомогою будь-яких інших засобів. Наведене відразу дає уявлення про цей складний об'єкт, який складається з ряду інформаційних об'єктів і результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Тому в жодному разі не можна спростувати правову регламентацію щодо нього і застосовувати положення про речі (майно). Так само невірно по суті і не відповідає справжньому розумінню цього явища пропозиція визнавати цифровою річчю особи обліковий запис електронної пошти, у мережі або інший так званий «онлайнний» обліковий запис, на який вона має право. Ця проблематика взагалі не належить до сфери речових прав за своїм змістом.

Оновлення цивільного законодавства не можна уявити сьогодні без врахування докорінних змін у суспільстві, економіці, технологіях, обумовлених перетворенням світу в єдиний глобальний інформаційний простір, без розуміння значення інформації як благ і як ресурсу, що має вплив на усі сфери життя людства.

У чинному ЦК міститься ряд норм, у яких безпосередньо згадується інформація і які потребують першочергового аналізу в процесі рекоди-

фікації цивільного законодавства. Зокрема, йдеться про інформацію і відомості: 1) як важливу умову регулювання відповідних приватно-правових відносин, 2) як об'єкт цивільного права, а також 3) про інформаційні відносини, щодо яких використовується приватноправове регулювання. З урахуванням того, що ЦК України як основний документ приватного права незалежної держави був прийнятий 16 січня 2003 р., коли ідея про необхідність закріплення приватноправової природи інформації на рівні кодифікації лише знаходила своїх перших прибічників-цивілістів у нашій країні, наукове перспективне бачення розробників чинного ЦК слід оцінити дуже високо.

Загалом можна констатувати, що в Главі 5 Книги першої ЦК інформація в жодному значенні не згадується, що потребує кардинальної зміни.

Передусім слід врахувати, що бурхливий розвиток цивільних відносин, об'єктом яких є інформація, позначився на визначенні самого кола відносин, які становлять на сьогодні предмет цивільно-правового регулювання. Як відомо, ст. 1 ЦК, яка має принципове значення як для розуміння сучасного цивільного (приватного) права, так і для застосування всіх його норм і принципів, визначає, що цивільним законодавством та іншими джерелами цивільного права регулюються дві групи відносин – особисті немайнові і майнові, які носять у сукупності назву «цивільних відносин». У часи, які передували прийняттю чинного ЦК, приватне право фактично застосовувалося до регулювання майнових відносин. Звідси – усі інститути приватного права зазнавали істотно обумовленого впливу специфічних ознак майнових відносин. Шлях суспільства від первісних, феодальних, нерівноправних відносин до утвердження ідей гуманізму і природного права, до закріплення в законодавстві «моральних прав» був нелегким, а сьогодення свідчить про те, що і зберегти його незмінним важко, а інколи і неможливо. У будь-якому разі, це потребує спільних моральних зусиль усіх прогресивних гуманістичних сил – не менших, а подекуди і більших, ніж у минулі важкі історичні часи. Не можна не погодитись і з тим, що сьогодні питання про те, які з відносин – майнові чи немайнові – є важливішими, втратили свою гостроту. Натомість зрозумілим стало, що обидві групи грають визначну роль у розвитку громадянського

суспільства, є взаємопов'язаними, що без основоположних особистих немайнових прав, таких як право на життя, на охорону здоров'я тощо втрачається самий сенс вести мову про речові права, договірне право, спадкове право тощо. Виходячи із загальної спрямованості ЦК, цивільно-правове регулювання поширюється на всі цивільні відносини, незалежно від сфери їх охоплення, а норми кодексу застосовуються для врегулювання найважливіших і найхарактерніших з них. Те саме можна сказати і про наявний інструментарій усього цивільного права, який фактично застосовується сьогодні до цивільних відносин в інформаційній сфері, навіть якщо частина з них регулюється іншими нормативно-правовими актами, – ці відносини не втрачають своєї предметної належності і є за своєю природою відносинами приватними. Звідси – необхідність їх якомога ширшого охоплення регулюванням цивільним (приватним) правом. Це дозволяє пропонувати доповнити ст. 9 ЦК відносинами інформаційними, оскільки за змістом цієї норми положення кодексу застосовуються для врегулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів, охорони довкілля, сімейних відносин тощо, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства. При цьому акти інформаційного законодавства, так само як і в зазначених у ст. 9 ЦК сферах, в частині приватноправових норм мають відповідати ст. 4 ЦК. Отже, у разі колізії цивільно-правових норм, які містяться в нормативно-правових актах інформаційного спрямування (зокрема ЗУ «Про інформацію», інших кодексах, законах тощо) зі статтями ЦК, слід керуватися нормами останнього, а спеціальне законодавство у своїй приватноправовій частині у сферах інформації (у широкому сенсі) може містити інші, ніж у ЦК норми лише за двох умов: 1) якщо вони регулюють відносини, які не врегульовані безпосередньо в ЦК; 2) якщо сам ЦК містить умову про можливість такого регулювання. При цьому регулювання має базуватися на загальних засадах цивільного законодавства. Ряд особливостей можуть бути встановлені при регулюванні іншими законами, але не може бути й мови про встановлення якогось зовсім відмінного правового механізму. Якщо йдеться про регулювання приватних відносин в інформаційній сфері, не можуть також порушуватися основні засади цивільного законодавства або спотворюватися категоріальний апарат,

прийнятій у приватному праві. Більше того, саме через помилки в регулюванні інформаційних відносин може статися ситуація, коли положення законів, у тому числі і кодексів в інформаційній сфері, просто не діють – причини слід шукати в нормах, що суперечать відповідним положенням і підходам ЦК.

Поглиблений аналіз цивільних відносин в інформаційній сфері дозволяє зробити ще декілька важливих висновків, відшукавши вагомні доводи на їх користь. Як відомо, до цивільних належать лише відносини, які ґрунтуються на юридичній рівності учасників, їх вільному волевиявленні, а також майновій самостійності. В сукупності такі ознаки набули назви конституючих. Інформаційні відносини також у своїй приватноправовій частині засновані на юридичній рівності учасників (кожна фізична особа може отримувати відкриту інформацію, а особа, яка її зберігає, повинна її надавати). Те саме стосується і основного принципу, на якому побудовані інформаційні відносини – це передусім принцип юридичної рівності учасників, диспозитивності. Особи, вступаючи в ці відносини, є рівними, за виключенням випадків, які прямо передбачені законодавством і пояснюються необхідністю встановлення певного режиму інформації через необхідність захисту держави, корпоративних інтересів, або безпекою людини чи інтересами дитини тощо. Не слід забувати, що тут йдеться про юридичну рівність, а не фактичну чи економічну, і яка означає відсутність примусової влади одного учасника над іншим. Вільне волевиявлення є природним для інформаційних відносин (наприклад, пацієнт може вимагати надання повної достовірної інформації про свою хворобу, а може відмовитися отримувати будь-яку інформацію). При цьому вільне волевиявлення означає здатність особи як учасника цивільних правовідносин формулювати свою волю вільно. Отже, якщо визначати характер інформаційних відносин, то він є природним, оскільки людина народжується з природною можливістю і здатністю отримувати всю доступну їй інформацію, і для того їй не потрібний прояв волі законодавця. Із часом людина може усвідомлювати все більше інформації, отримувати її залежно від свого віку, запитувати доступ до інформації, яка знаходиться в режимі конфіденційності (наприклад, різного роду таємниць). Тому головним, а інколи і єдиним завданням

законодавця є визнання передусім природної суті інформаційних відносин і встановлення регулювання, яке б відповідало їх сутності, залежно від виду, ознак, режиму інформації, яка є їх об'єктом. Звідси – немає потреби відшукувати і якийсь новий чи комплексний метод правового регулювання інформаційних цивільних відносин зовні. Крім того, необхідно на законодавчому рівні підкреслити, що застосування норм публічного права до інформаційних цивільних відносин виключається. Така категоричність в умовах низки проблем, які проявилися в сучасному інформаційному суспільстві, не буде зайвою. Порушення таких інформаційних прав осіб як використання персональних даних без їх дозволу, використання творів без дозволу їх авторів в інформаційних мережах, розкриття лікарської таємниці тощо пояснюються саме нехтуванням вищезазначеними положеннями. У цій сфері, так само як і у сфері податковій, бюджетній, адміністративній, і існують як публічно-правові, так і цивільно-правові відносини – їх необхідно чітко розмежовувати.

Учасниками інформаційних приватних відносин згідно з ч. 1 ст. 2 ЦК є фізичні та юридичні особи, причому для уточнення слід відмітити, що юридичні особи поділяються на юридичних осіб публічного права і юридичних осіб приватного права. Тому учасниками інформаційних приватних відносин виступають і держава Україна, АРК, територіальні громади, а також інші створювані ними юридичні особи публічного права, як юридичні особи публічного права, за урахування тих умов, що зазначені вище. Перелічені вище учасники не є якимось третім різновидом, оскільки б це протирічило концепції розробників чинного ЦК і загалом світовому досвіду. Додамо, що норми ЦК застосовуються також до іноземних громадян і юридичних осіб, тому це справедливо і для інформаційних цивільних відносин, звісно, якщо закон не містить уточнення про застосування до цих відносин норм іноземного права.

Як висновок із наведеного вважаємо, що визнанням досягненням чинного ЦК є те, що цивільно-правовим регулюванням охоплюються нині усі цивільні відносини незалежно від тієї сфери діяльності, у якій вони виникли і існують, а норми ЦК і весь інструментарій цивільного права застосовуються впродовж десятиліть незалежності України для

врегулювання цивільних відносин фактично в усіх сферах, у тому числі і в інформаційній. Це не заважає регулюванню таких відносин і в ряді спеціальних норм законодавства. Час підтвердив обґрунтованість підходу законодавця в цьому напрямку. Таким чином, усі відносини, які за своєю природою є приватними, згідно з ЦК регулюються нині цивільним (приватним) правом. Підтвердженням цього, додатковою гарантією є норми статей 4 і 9 ЦК України. Крім того, необхідно уточнити при оновленні ЦК коло відносин, що регулюються цивільним законодавством (ст. 1 ЦК України). Вважаємо, що на цьому етапі розвитку суспільних відносин необхідно відзначити, що до складу предмета регулювання цивільного права входять також інформаційні відносини, за відомих і зазначених вище умов. Це має бути враховано не лише на теоретичному рівні, але й законодавчо – у переліку відповідних суспільних відносин, який можна подати в ст. 1 ЦК.

Чинний ЦК містить закритий перелік загальних засад цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України). Враховуючи суспільний запит, перелік основних засад цивільного законодавства (галузевих принципів цивільного права) необхідно розкрити, що дасть можливість розширити правовий інструментарій для регулювання приватноправових відносин. Варто також розглянути можливість включення до переліку основних засад цивільного права таких принципів як принцип правової визначеності, диспозитивності; доповнити зазначений перелік такими важливими для сучасного громадянського суспільства принципами як свобода інформації та інформаційного обміну; усвідомлена відповідальна взаємодія людини з автономними роботами та штучним інтелектом; неприпустимість втручання в особисте життя фізичної особи, обумовлене розвитком новітніх технологій, і розвинути їх в окремих книгах ЦК (наприклад, неприпустимість свавільного втручання у сферу інформації про особу, персональні дані та ряд ін.). Уточненню підлягають формулювання глави 3 «Захист цивільних прав та інтересів», зокрема окремі положення ст. 16 ЦК України, яка закріплює загальні підходи до захисту цивільних прав та інтересів судом. Так, особливі уваги потребують в оновленому кодексі питання захисту інформаційних прав особи, персональних даних та конфіденційної інформації про особу, у сфері інформаційних прав щодо охорони

здоров'я фізичної особи, репродуктивних прав і прав на збереження своєї генетичної ідентичності тощо. Підтримуємо ідеї про необхідність систематизувати спеціальні способи захисту особистих немайнових прав, закріпивши механізм забезпечення пропорційності їх застосування, у випадках коли це призводить до обмеження інших прав, таких як право на інформацію, право на свободу слова тощо; окрему увагу слід приділити відповідності інших законів, зокрема «інформаційних»; закріпити на рівні ЦК України право на інформацію про репродуктивні права; право на таємницю здійснення та захисту репродуктивних прав тощо; забезпечити цивільно-правовий захист права на персональні дані з одночасним приведенням у відповідність Закону України «Про захист персональних даних»¹ до Загального регламенту про захист даних ЄС² (щодо посилення вимог до умов отримання згоди; розширення змісту та переліку прав суб'єкта персональних даних, серед яких: право на доступ до персональних даних із безоплатним наданням їх копій в електронній формі; право бути забутим; право на портативність (мобільність) персональних даних та ряд ін.).

Не вважаємо за доцільне розширювати перелік учасників цивільних відносин і вводити до існуючого їх переліку тварин (у тому числі з високим інтелектом), автономних роботів і штучний інтелект, оскільки більш ефективно можна врегулювати відносини щодо них шляхом віднесення їх до специфічних об'єктів цивільного права, або до об'єктів підвищеної небезпеки, об'єктів права інтелектуальної власності тощо.

Як важлива умова регулювання приватноправових відносин у тій чи іншій сфері інформація згадується у ст. 50 ЦК «Право фізичної особи на здійснення підприємницької діяльності» Глави 5 «Фізична особа – підприємець». У ч. 2 цієї статті зазначено, що «...інформація про державну реєстрацію фізичних осіб-підприємців є відкритою», і це справедливо

¹ Про захист персональних даних : Закон України від 01.06. 2010 р. № 2297-УІ. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 34. Ст. 481.

² Регламент Європейського парламенту і Ради (ЄС) 2016/679 від 27 квітня 2016 р. про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних, та про скасування Директиви 95/46/ЄС (Загальний регламент про захист даних). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_008-16#Text

не лише щодо цього виду інформації, зокрема, із так званих відкритих джерел. Більш детально питання державної реєстрації фізичних осіб-підприємців врегульовано в спеціальному законі¹. Змін у цю статтю ЦК з урахуванням останнього зауваження, не вносилося.

Неодноразово згадується інформація в цьому ж значенні також у ч. 1 ст. 90 ЦК, у якій йдеться про найменування юридичної особи: «1. Юридична особа повинна мати своє найменування, яке містить інформацію про її організаційно-правову форму та назву. Найменування установи має містити інформацію про характер її діяльності. Юридична особа може мати крім повного найменування скорочене найменування». До першого абзацу частини першої ст. 90 ЦК у 2015 році вносились зміни Законом № 835-УІІІ. Крім того, важливі уточнення щодо найменування юридичної особи містяться сьогодні в частинах 2 і 3 ст. 90 ЦК: «2. Юридична особа, що є підприємницьким товариством, може мати комерційне (фірмове) найменування. Комерційне (фірмове) найменування юридичної особи може бути зареєстроване в порядку, встановленому законом. 3. Найменування юридичної особи вказується в її установчих документах і вноситься до єдиного державного реєстру», а в ч. 5 зазначається, що «...юридична особа не має права використовувати найменування іншої юридичної особи», при цьому ч. 4 була виключена згідно із згаданим вище законом. У процесі підготовки Малої концепції ЦК її розробниками пропонувалося внести до цієї статті зміни, врахувавши більш детально так би мовити інтелектуально-правову складову найменування юридичної особи, вирішивши дискусійні питання, які накопичилися в процесі реалізації цього права. Можна погодитись із тим, що при оновленні ЦК слід провести роботу з удосконалення інститутів охорони прав на найменування особи та комерційне (фірмове) найменування з метою перешкоджання застосування схожих найменувань іншої юридичної особи або схожих складових найменування юридичної особи, зареєстрованої пізніше, якщо це може ввести в оману інших осіб щодо

¹ Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань : Закон України від 15 травня 2003 р. № 755-ІУ. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 31–32. Ст. 263.

діяльності особи; так само є сенс обговорити ідею розглядати комерційне (фірмове) найменування як додаткове до найменування особи позначення особи, яке може існувати самостійно, а також скласти частину найменування юридичної особи.

Надзвичайну вагу в регулюванні відносин за участі юридичної особи має ст. 94 ЦК, у якій закріплені її особисті немайнові права: «1. Юридична особа має право на недоторканність її ділової репутації, на таємницю кореспонденції, на інформацію та інші особисті немайнові права, які можуть їй належати. Особисті немайнові права юридичної особи захищаються відповідно до глави 3 цього Кодексу. 2. Захист особистих немайнових прав юридичної особи у зв'язку із завідомо неправдивим повідомленням або неумисним повідомленням недостовірної інформації щодо її уповноваженої (посадової чи службової) особи про можливі факти корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень, інших порушень Закону України «Про запобігання корупції» у порядку, передбаченому цим Законом, здійснюється в такому самому обсязі, що і особистих немайнових прав фізичних осіб». Частиною другою ця стаття була доповнена згідно із Законом № 198-IX від 17.10.2019 року.

Вибірково, а тому неефективно, регулюються питання інформації в статтях, присвячених окремим видам юридичних осіб. Більше того, через те, що ряд статей щодо окремих видів юридичних осіб взагалі вилучені нині із ЦК (зокрема, назву підрозділу 4 § 1 глави 8 «4. Товариство з обмеженою відповідальністю» виключено на підставі Закону № 2275-VIII від 06.02.2018 р. і статті 141–151), єдиного приватноправового підходу до інформації і інформаційних прав таких суб'єктів і учасників цивільних правовідносин взагалі не простежується, що потребує якомога скорішого виправлення.

Втім, деякі згадки про інформацію можна виявити у ст. 116 ЦК, присвяченій правам учасників господарського товариства, зокрема у п. 5 ч. 1. ЦК. Щодо акціонерних товариств, то про інформацію згадується лише в одній ст. 152 ЦК, у якій надається поняття акціонерного товариства: «5. Акціонерне товариство, яке здійснює публічне розміщення акцій, зобов'язане щорічно публікувати для загального відома річний звіт, бухгалтерський баланс, відомості про прибутки і збитки,

а також іншу інформацію, передбачену законом». Зміни до цієї ч. 5 ст. 152 ЦК були внесені у 2008 році Законом № 514-УІ.

Норми Книги першої ЦК надзвичайно важливі, коли йдеться про визначення видів об'єктів цивільних прав і про оборотоздатність прав на них, закріплених у статтях 177 і 178 Розділу III («Об'єкти цивільних прав») Глави 12 («Загальні положення про об'єкти цивільних прав»): «1. Об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага» (ч. 1 ст. 177 ЦК). Оскільки інформація є об'єктом цивільних прав, до неї, таким чином, має безпосереднє відношення все, про що зазначено у ст. 178 ЦК. Надзвичайно цінним є також Офіційне тлумачення положень статті 177 ЦК, яке можна знайти в Рішенні Конституційного Суду № 31-рп/2009 від 10.12.2009 р¹.

Що стосується нормативного матеріалу, який викладений у Книзі другій ЦК, присвяченій особистим немайновим правам фізичних осіб, то цей висновок може бути підтверджений практично по кожному закріпленому в Главах 21 і 22 окремому праву. Саме поняття особистого немайнового права фізичної особи можна сформулювати через призму інформації – як найбільш повну комплексну узагальнену інформацію про людину (осіб), яка характеризує її (їх) в особистій сфері її (їх) життя. Не заглиблюючись у характеристику кожної із статей, які містяться в Главі 20 Загальних положень ЦК про особисті немайнові права фізичної особи, відмітимо, що найбільшу аргументацію наші висновки отримують при детальному аналізі видів особистих немайнових прав, які перераховані в ст. 270 ЦК, а також у ст. 277 ЦК, у якій мова йде про спростування недостовірної інформації, у ст. 278 ЦК «Заборона поширення інформації, якою порушуються особисті немайнові права», а також особистих немайнових прав, закріплених у Главах 21 і 22 ЦК.

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням приватного підприємства «Автосервіс» щодо офіційного тлумачення положень статей 177, 760, частини другої статті 777 Цивільного кодексу України (справа про переважне право наймача придбання військового майна). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v031p710-09#Text>

Розробники чинного ЦК вперше ініціювали появу в кодексі не лише статті про об'єкти цивільних прав, але й цілу главу 15 «Нематеріальні блага», у якій міститься на сьогодні три статті, кожна з яких присвячена окремому виду нематеріальних благ як об'єктам цивільних правовідносин. Неабияким досягненням цивілістичної думки стало закріплення інформації як нематеріального блага у ст. 200 ЦК. Нині, як ми вже згадували, визначення інформації закріплено в редакції Закону № 2938-УІ від 13.01.2011 р.: «1. Інформацією є будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді». Це визначення – результат довготривалої критики попереднього визначення, яке було запозичене із спеціального Закону України «Про інформацію»¹ у його першій редакції. Нинішнє визначення – в редакції Закону № 2938-УІ від 13.01.2011 р. – результат помітного компромісу публічно-правового і приватноправового розуміння складного не лише для науки права об'єкта. Нинішнє визначення лаконічне і достатньо виважене, але не відповідає потребам приватноправового регулювання, оскільки не враховує те, що в приватному праві (і це зрозуміло, якщо проаналізувати увесь ЦК на предмет регулювання ним інформаційних відносин) інформація розглядається в трьох основних аспектах, впливаючи на три напрямки врегулювання інформаційних приватних відносин. Тому визначення інформації слід змінити у ст. 200 ЦК на зазначене на початку цієї статті.

Як відомо, інформація проявляє себе по-різному, залежно від обставин, у яких вона знаходиться, так само неоднаково вона поводить себе і в приватному праві, що необхідно враховувати в процесі регулювання цивільних інформаційних відносин, їх реалізації, охороні і захисті. Не втрачають свого значення також частини 2 і 3 ст. 200 ЦК: «2. Суб'єкт відносин у сфері інформації може вимагати усунення порушень його права та відшкодування майнової і моральної шкоди, завданої такими правопорушеннями. 3. Порядок використання інформації та захисту права на неї встановлюється законом», між тим,

¹ Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст. 650.

доповнення щодо цих двох норм потребує більш детального врегулювання саме на рівні ЦК, тому більше змін планується запропонувати в подальшому в процесі роботи над оновленням ЦК.

Не слід також забувати, що ст. 201 ЦК, присвячена особистим немайновим благам і ст. 199 ЦК, якою визначено об'єкти прав інтелектуальної власності як немайнові блага, має безпосереднє відношення до інформації. Так, ми вже неодноразово наголошували на тому, що об'єкти інтелектуальної власності є передусім інформаційними об'єктами, а ряд із них пропонуються нами в якості окремих специфічних об'єктів, які б доповнили перелік Глави 15 в якості самостійних, так би мовити, «змішаних» об'єктів – це: комерційна таємниця, відкриття та, можливо, ряд інших – таких як географічні значення чи фірмові найменування, оскільки вони не є суто об'єктами права інтелектуальної власності і їх практичне використання це підтверджує. Так само ст. 201 ЦК, що регулює відносини щодо переліку особистих немайнових благ, включає право на інформацію, право на інформацію про стан здоров'я, право на ряд таємниць, на листи, особисті папери, честь, гідність, ділову репутацію, ім'я (найменування) тощо, які є безпосередньо або тісно пов'язані з інформацією як благом і також потребують уваги і оновлення.

Ст. 201 ЦК слід доповнити ч. 3 з урахуванням такого блага, яким є сьогодні інформація, а за умови доповнення відповідних конституційних норм, викласти разом із ч. 2 ст. 201 у такій редакції: «2. Відповідно до Конституції України життя і здоров'я людини, її честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю. 3. У демократичному інформаційному громадянському суспільстві найвищою соціальною цінністю визнається інформація, у тому числі – інформація про особу».

Важливо зберегти і примножити в процесі оновлення досягнення Книги другої ЦК у розрізі Загальних положень про особисті немайнові права досягнення, які стосуються особистих немайнових прав, які належать юридичним особам. Окрім іншого, йдеться про ст. 277 ЦК «Спростування недостовірної інформації». Дискусія щодо цієї статті триває, а судова практика виходить у справах про захист честі, гідності та ділової репутації із позиції, що обов'язок доведення, що поширена

інформація є достовірною, має покладатися на відповідача¹. Можна погодитись із позицією ряду розробників проекту Концепції рекодифікації ЦК про те, що найбільш спірні і такі, що не можна визнати цивілістичними за своєю суттю, зміни були внесені в ЦК Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про запобігання корупції» щодо викривачів корупції» у 2019 році. Фактично був виділений спеціальний делікт відповідно до особливостей суб'єктного складу заподіювача шкоди. Свої особливості мають умови відповідальності за такий делікт. Усе зазначене потребує детального аналізу цивілістичною спільнотою. Тим паче, що у ст. 278 і 280 чинного ЦК міститься пряма заборона поширення інформації, якою порушуються особисті немайнові права і закріплюється право фізичної особи, особисте немайнове право якої порушено, на відшкодування шкоди: «1. Якщо особисте немайнове право фізичної особи порушене в газеті, книзі, кінофільмі, теле-, радіопередачі тощо, які готуються до випуску у світ, суд може заборонити розповсюдження відповідної інформації. 2. Якщо особисте немайнове право фізичної особи порушене в номері (випуску) газети, книзі, кінофільмі, теле-, радіопередачі тощо, які випущені у світ, суд може заборонити (припинити) їх розповсюдження до усунення цього порушення, а якщо усунення порушення неможливе, – вилучити тираж газети, книги тощо з метою його знищення» (ст. 278 ЦК); «1. Якщо фізичній особі внаслідок порушення її особистого немайнового права завдано майнової та (або) моральної шкоди, ця шкода підлягає відшкодуванню, крім випадку неумисного повідомлення викривачем недостовірної інформації про можливі факти корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень, інших порушень Закону «Про запобігання корупції» у порядку, передбаченому зазначеним Законом, яка підлягає спростуванню» (ст. 280 ЦК). Отже, ч. 1 ст. 280 ЦК нині сформульована згідно з редакцією Закону № 198-IX від 17.10.2019 р.

Право на інформацію і право на таємницю про стан свого здоров'я в комплексі особистих немайнових прав фізичної особи, що

¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду у справі № 522/14156/14-ц від 14 лютого 2018 року. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72269115>

забезпечують її природне існування, закріплене в статтях 285 і 286 ЦК. З цими правами тісно пов'язане, як засвідчує практика, право на безпечне для життя і здоров'я довкілля, що унормовано у ст. 293 ЦК. Вищезазвані статті 285, 286, 293 ЦК не зазнали жодних змін за час існування чинного кодексу, що, з одного боку добре, бо вони існують у первісній редакції і змісті, який їм надали розробники кодексу, а з іншого боку, це викликає певні побоювання щодо неврахування ряду сучасних тенденцій і вимог практики, які активно враховуються на рівні спеціальних законів, що може призвести до втрати ЦК «контролю» над цими процесами. Тож усі статті Глави 21 ЦК, так само як і статті Загальних положень Книги першої ЦК, потребують при оновленні детального вивчення, змін і доповнень, які б відобразили сучасний погляд на усі проблеми сьогодення в цих сферах, врахування пропозицій, які містяться в ряді наукових роботах цивілістів.

Глава 22 чинного ЦК регулює відносини, які виникають щодо особистих немайнових прав, що забезпечують соціальне буття фізичної особи. Право на інформацію, тобто право на таке особисте немайнове благо, яким виступає інформація у своєму найбільш природному, притаманному людині ще навіть до її народження стані, а з моменту народження – фактично входить у розуміння її правоздатності, – закріплено у ст. 302 ЦК: «1. Фізична особа має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію. Збирання, зберігання, використання і поширення інформації про особисте життя фізичної особи без її згоди не допускаються, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. 2. Фізична особа, яка поширює інформацію, зобов'язана переконатися в її достовірності. Фізична особа, яка поширює інформацію, отриману з офіційних джерел (інформація органів державної влади, органів місцевого самоврядування, звіти, стенограми тощо), не зобов'язана перевіряти її достовірність та не несе відповідальності в разі її спростування. Фізична особа, яка поширює інформацію, отриману з офіційних джерел, зобов'язана робити посилення на таке джерело». Законом № 3261-ІУ від 22.12.2005 р. у ст. 302 ЦК було внесено зміни, які на той період часу були цілком виправданими і відповідали інтересам фізичних осіб у питаннях особистої

інформації, таємниці особистого життя, безпеки фізичної особи в процесі використання її персональних даних, були спрямовані на подальшу гармонізацію законодавства в цих питаннях з міжнародними актами і актами ЄС. Аналіз змісту наведеної статті в чинному кодексі дає певне уявлення про особливості такого виду інформації як вільна природна інформація, на яку має право кожна фізична особа, втім, ані місце цієї норми, ані її наповнення не можна вважати достатнім в умовах розвинутого інформаційного суспільств. Перш за все, право на інформацію має обов'язково знайти своє місце серед прав Глави 21 Книги другої ЦК, оскільки по суті належить саме до групи прав, що забезпечують природне існування фізичної особи, хоча термін «існування» звучить як мінімум немилозвучно щодо усвідомленого творчого життя людини. Стаття має бути також доповнена додатковими положеннями, які б більш повно розкривали зміст одного з найважливіших системоутворюючих для людини прав. Більш того, слід врахувати також, що право на інформацію може належати також юридичним особам – і вони його фактично активно використовують у сучасному світі, тому цьому праву, як варіант, можна знайти місце в окремій главі, яку розмістити після Глав 20–22 Книги другої ЦК і присвятити її немайновим правам юридичної особи з відповідним уточненням щодо цього в Главі 20 Загальних положень Книги другої ЦК.

Одному із найбільш важливих серед благ присвячена ст. 306 ЦК – праву на таємницю кореспонденції. В останню ч. 5 було внесено зміни Законом № 4652-УІ від 13.04.2012 р., а також нещодавно – Законом № 720-ІХ від 17.06.2020 р., і зараз вона сформульована наступним чином: «5. Порушення таємниці кореспонденції може бути дозволено судом у випадках, встановлених законом, з метою запобігання кримінальному правопорушенню чи під час кримінального провадження, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо». Необхідно чітко врахувати, що право, про яке йдеться, охороняється на рівні Конституції, тому надання такого дозволу може бути дозволено судом лише у випадках, встановлених Конституцією, або саме законом, у звуженому тлумаченні цього терміну – законом, а не будь-яким іншим нормативним актом. Крім того, норму ч. 5 ст. 303 ЦК слід доповнити в процесі оновлення наступним реченням: «...з метою запобігання криміналь-

ному правопорушенню, якщо є достовірні підстави вважати, що без такого втручання отримати інформацію неможливо», щоб не допустити розкриття таємниці кореспонденції не лише самої особи, щодо якої є підозри, але й інших осіб, які зазвичай є учасниками переписки, або фігурують у змісті цієї кореспонденції.

Інформація в ще одній своїй іпостасі – як інформація вищого рівня – рівня творчості людини – згадується в ряді статей Книги ІУ, присвяченій праву інтелектуальної власності. Втім, лише згадки про інформацію і декількох визначень, які прямо вказують на інформаційну сутність ряду об'єктів прав інтелектуальної власності, абсолютно недостатньо в часи, коли інформація і інтелектуальна, творча діяльність є основою розвитку суспільства. Наведемо передусім статті, у яких врегульовано відносини інтелектуальної власності з урахуванням інформаційної сутності чи складової тих чи інших явищ і благ. Так, у п. 3 ч. 1 ст. 434 ЦК, присвяченої творам, які не є об'єктами авторського права, названо «повідомлення про новини дня або інші факти, що мають характер звичайної прес-інформації». Між тим переважна більшість інших виключень у цій статті є інформаційними об'єктами і саме через це не можуть містити і не містять у собі творчої складової. При цьому охорона цим об'єктам може надаватися як цінній інформації, яка має бути якісною з точки зору саме інформації – повною, достовірною, об'єктивною тощо. Таким чином, ця стаття має бути доповнена вказівкою на таку можливість і містити відсилку до норм, якими врегульовано інформаційні відносини.

Особливої уваги заслуговує Глава 46 ЦК, присвячена праву інтелектуальної власності на комерційну таємницю. У ст. 505 ЦК поняття комерційної таємниці дається у ч. 1 через поняття інформації, у ч. 2 – через поняття відомостей, а цей термін також з інформаційної сфери: «1. Комерційною таємницею є інформація, яка є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв'язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію. 2. Комерційною таємницею можуть бути

відомості технічного, організаційного, комерційного, виробничого та іншого характеру, за винятком тих, які відповідно до закону не можуть бути віднесені до комерційної таємниці». Текст наведеної статті, по-перше, підтверджує нашу думку про те, що усі результати інтелектуальної творчої діяльності є інформаційними зі своєю сутністю, або містять в собі інформаційний елемент, а по-друге, дає підстави підтримати пропозиції ряду членів робочої групи з підготовки оновленого ЦК про необхідність перенесення положень щодо комерційної таємниці (ст. 505–508 ЦК до Глави 15 «Немайнові об'єкти» Книги першої ЦК в якості окремого специфічного об'єкту, додавши окрему ст. 199-1 ЦК, у якій пояснити, що комерційна таємниця містить у собі зазвичай як елементи інформації, так і елементи творчої інформації, можна також запропонувати доповнити ЦК новою главою, у якій закріпити положення щодо усіх вищезазначених об'єктів. Більш зрозумілими тоді стануть і ряд положень Глави 46 ЦК.

У цьому аспекті заслуговує на увагу також пропозиція врахувати положення прийнятої Директиви Європейського Парламенту та Ради (ЄС) 2016/943 від 8 червня 2016 року щодо охорони нерозкритого ноу-хау та бізнесової інформації (комерційної таємниці) проти їх неправомірного набуття, використання та розкриття¹ та визначити, як і в директиві, два види об'єктів у складі комерційної таємниці – ноу-хау, яке має творчий характер та бізнесову інформацію, і доповнити главу 15 ЦК України окремою статтею «Комерційна таємниця», а замість глави 46 «Право інтелектуальної власності на комерційну таємницю» передбачити главу «Право інтелектуальної власності на ноу-хау».

Важливі питання отримання і надання, зберігання інформації вирішено в чинному ЦК на рівні норм договірного права, хоча ними не вичерпуються проблеми, які можна було б вирішувати в цій сфері на належному рівні з врахуванням специфіки інформаційної їх складової. Кожен договір має бути переглянутий у процесі оновлення ЦК і набути

¹ Директива Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 2016/943 от 8 июня 2016 г. о защите конфиденциальных ноу-хау и деловой информации (коммерческой тайны) от незаконного приобретения, использования и раскрытия. URL: <http://base.garant.ru/71615160/>

змін і доповнень завдяки удосконаленню за допомогою згадки про інформацію, що надається, отримується, зберігається тощо.

Про інформацію згадується практично в кожній частині ст. 700 ЦК, якою регулюється надання покупцеві інформації про товар за договором купівлі-продажу; у ч. 1 ст. 703 ЦК, у якій йдеться про продаж товарів з використанням автоматів; у ст. 861 ЦК, у якій перераховуються обов'язки підрядника передати інформацію замовникові; у ст. 862 ЦК, присвяченій конфіденційності одержаної сторонами інформації; основне правило про надання замовникові інформації про роботу за договором побутового підряду передбачено у ст. 868 ЦК та в багатьох інших.

Водночас, незважаючи на динамічний розвиток інформаційної сфери, збільшення ролі і значення інформації як необхідної умови життєдіяльності людини в епоху інформаційного суспільства, не можемо не констатувати відсутність законодавчо закріплених на кодифікаційному рівні спеціальних договірних моделей регулювання інформаційних відносин.

ЦК України безпосередньо не містить правових положень регламентації зобов'язальних інформаційних відносин. Ні договори про конфіденційність, ні договори про надання прав на інформацію чи договори про надання інформаційних послуг наразі не отримали свого легального закріплення в нормах ЦК. Окремі положення кодексу присвячені регламентації договірних відносин у сфері інтелектуальної власності. Це насамперед положення з приводу договірних відносин щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності (гл. 75 ЦК), відносин комерційної концесії (гл. 76 ЦК), договори з виконання науково-дослідних та дослідно-конструкторських та технологічних робіт (гл. 62 ЦК).

Відсутність законодавчого регулювання багатьох інформаційних договірних зобов'язань не має наслідком неможливість укладання, виконання та реалізації договорів у сфері інформаційних відносин. Відповідно до загальних засад цивільного законодавства регулювання цивільних відносин ґрунтується на принципі свободи договору, зміст якого закріплений у ст. 6 ЦК України. Кодекс визначає, що сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами

цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Вочевидь, норми ЦК і не повинні містити деталізоване й розгалужене регулювання всіх видів договірних відносин. Завданням законодавця в цій сфері є вироблення системи нормативних правил, формування правових моделей впорядкування поведінки учасників цивільних відносин, юридичної парадигми договірних стосунків. Вступаючи в правовідносини, учасники можуть як застосувати абстрактне правило, передбачене нормами ЦК, так і виробити власну правову норму регламентації їх діяльності, якщо інше не заборонено цивільним законодавством, або не впливає з його змісту чи суті правових відносин.

Інформація є об'єктом багатьох цивільно-правових договірних зобов'язань, проте не всі вони можуть бути віднесені до групи інформаційних. Так, за договором купівлі-продажу продавець зобов'язаний попередити покупця про всі права третіх осіб на товар, що продається, а за договором найму (оренди) наймодавець зобов'язаний попередити наймача про особливі властивості та недоліки речі. Інформаційними зобов'язаннями є правовідносини, у яких одна сторона має право вимагати від іншої надання чи передання прав на інформацію, або утримання від вчинення дій, спрямованих на надання чи передання таких прав іншим особам. Лише частина договірних зобов'язань, об'єктом яких є інформація, належить до групи інформаційних договірних зобов'язань. У переважній більшості врегульованих ЦК договорів обов'язок повідомити певну інформацію виникає в силу прямої вказівки закону та супроводжує основне зобов'язання сторони, спрямоване на передачу майна у власність, надання речі в користування, виконання робіт чи надання певних послуг.

Якщо звернутися до проблем врегулювання відносин банківської таємниці, то можна зробити висновок, що таке врегулювання неможливе без з'ясування, які є види інформації і в чому особливість інформації, яка перебуває в режимі таємниці, зокрема, банківської, що саме в аспекті інформації гарантує банк. Згідно з ч. 1 ст. 1076 чинного ЦК банк гарантує таємницю банківського рахунка, операцій за рахунком і відомостей про клієнта. При цьому «відомості про операції та рахунки можуть бути надані тільки самим клієнтам або їхнім представникам.

Іншим особам, у тому числі органам державної влади, їхнім посадовим і службовим особам, такі відомості можуть бути надані виключно у випадках та в порядку, встановлених законом про банки і банківську діяльність (ч. 1 ст. 1076 ЦК), а в разі розголошення банком відомостей, що становлять банківську таємницю, клієнт має право вимагати від банку відшкодування завданих збитків та моральної шкоди (ч. 2 ст. 1076 ЦК).

Ряд норм щодо інформації врегульовано в підрозділі, присвяченому недоговірним (позадовірним) зобов'язанням. Наприклад, коли йдеться про публічну обіцянку винагороди без оголошення конкурсу (ст. 1144 ЦК); про відносини, які стосуються осіб, зобов'язаних відшкодувати шкоду, завдану внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг) (ст. 1210 ЦК) та ін.

Інститут спадкового права в останні роки все більше наповнюється інформаційними нормами, але так само як і у випадку договірного права, обсяг охоплення ще недостатній. Так, у ч. 1 ст. 1250 ЦК, у якій йдеться про оголошення нотаріусом секретного заповіту, детально врегульовано ряд питань, які є суто інформаційними; те саме можна сказати і про ст. 1277 ЦК, яка регулює питання відумерлості спадщини.

Підсумовуючи, зазначимо, що аналіз змісту чинного ЦК дозволяє пересвідчитися в тому, що, починаючи з першої, практично кожна його стаття прямо чи опосередковано «пронизана» тим, що можна назвати «інформаційним змістом» або «інформаційним наповненням», тобто в тому чи іншому ступені пов'язана з інформацією чи інформаційними відносинами, інформаційними правами учасників цивільних відносин, що потребує, зі свого боку, легального закріплення і доповнення у нормах оновленого ЦК.

Об'єкти цивільних прав потребують постійної уваги та уточнення на доктринальному рівні, з урахуванням змін у правовому регулюванні різних видів суспільних відносин, а також з огляду на розвиток інформаційного суспільства, науково-технічного прогресу. Положення ЦК України щодо об'єктів цивільних прав, з урахуванням зазначеного, мають бути розширені в тому числі з урахуванням появи в ньому невідомих на момент ухвалення чинного ЦК об'єктів. Йдеться про інформацію, інформаційні продукти, ресурси, системи тощо та об'єкти прав,

що створюються та знаходяться в мережі Інтернет, криптовалюта, яка сьогодні фактично вже стала об'єктом цивільних прав, який навіть підлягає електронному декларуванню, персональні дані (інформацію про особу), автономні роботи, штучний інтелект, контент (цифровий контент) тощо. Зазначені об'єкти необхідно чітко перерахувати серед нематеріальних благ Глави 15 Книги першої ЦК, уточнивши у статтях 199–201 ЦК та додаткових статтях задля уникнення помилок в їх розумінні, визначенні їх правової природи і механізмів регулювання, способів захисту. Необхідно розширити Главу 15 ЦК за рахунок додаткових статей, які доповнять загальні положення про такі об'єкти і будуть мати узагальнююче значення для усіх інших книг кодексу. Передусім це стосується інформації як нематеріального блага – об'єкта цивільних прав, що дозволить внести важливі і своєчасні для розвитку суспільства доповнення до багатьох статей усіх книг ЦК.

Регулювання відносин щодо нематеріальних благ як об'єктів цивільних прав – як в частині особистих немайнових благ, так і в частині інформації та результатів інтелектуальної творчої діяльності – вимагає істотного розширення, як таких, що вже доповнюються і будуть вдосконалюватися в процесі розвитку інформаційного суспільства найбільш активно.

Положення оновленого ЦК України щодо правочинів мають забезпечувати повноцінне функціонування відносин у сфері електронної комерції, смарт-контрактів, які поступово проникають в усі без винятку сфери суспільного життя, веб-банкінгу та враховувати інші атрибути цифрової економіки. Мають бути переглянуті загальні підходи до форми правочинів, зокрема щодо обсягу вимог до форми правочинів, визначення кола правочинів, які належить вчиняти в письмовій формі (ст. 208 ЦК), електронній фіксованій формі (з урахуванням її специфіки і ролі електронного цифрового підпису) та в усній формі (з урахуванням технічних досягнень і швидкісних засобів передачі даних).

Оскільки в діяльності Робочої групи щодо оновлення окремих книг ЦК планується реалізувати концепцію «м'якої рекодифікації», це дозволить не тільки зберегти усі надбання та досягнення чинного ЦК України, але й адаптувати його до реалій сьогодення, у тому числі до цифровізації усіх процесів, врахувати переваги новітніх інформа-

ційних технологій у приватній сфері життя суспільства і положення міжнародних актів у сфері прав людини, підтримати гуманні міжнародні ініціативи щодо розвитку інформаційного суспільства, свідомого застосування автоматизованих роботів і штучного інтелекту.

2.3. РОЗВИТОК МЕХАНІЗМІВ РЕГУЛЮВАННЯ ТА ЗАХИСТУ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ВІДНОСИН

У загальній теорії права механізм правового регулювання розглядається комплексно і з різних позицій, завдяки чому сформувалося декілька основних підходів його інтерпретації.

Не вдаючись до детального аналізу цих фундаментальних розробок, погодимося з рядом висновків, які були зроблені в правовій літературі щодо цього важливого поняття.

На думку С. В. Бобровник, «правове регулювання являється логічним процесом, що складається з певних елементів: а) предмету правового регулювання; б) способів правового регулювання суспільних відносин; в) МПР»¹, а «..наявний лінгвістичний субстрат цього терміна дозволяє ідентифікувати його в якості системи правового інструментарію, за допомогою якої досягається певний рівень урегульованості суспільних відносин»; і далі: «...поняття МПР (МПР тут – скорочення від «механізм правового регулювання» – *О. В. Кохановська*) похідне від категорії правового регулювання», причому: «...переважну більшість поглядів на правове регулювання доцільно об'єднати у два концептуальні підходи, а саме – інструментальний (А. І. Бобилев, С. В. Бобровник, О. М. Мельник, П. М. Рабінович) та діяльнісний (В. В. Пашутін, В. М. Сирих, Ф. Н. Фаткуллін, Е. Р. Чернова)»².

У сучасних підручниках з теорії права механізм правового регулювання визначається як «процес переведення нормативності права

¹ Бобровник С. В. Правове регулювання суспільних відносин та реалізація права. *Правова держава*. Вип. 7. К.: Ін-т держави і прав ім. В.М. Корецького НАН України, 1996. С. 104.

² Кривицький Ю. В. Механізм правового регулювання в сучасній теорії права. *Теорія та історія держави і права*. Філософія права. 2004. № 4. С. 75.

в упорядкованість суспільних відносин, здійснюваний суб'єктами правового регулювання за допомогою системи правових засобів, способів і форм з метою задоволення публічних і приватних інтересів учасників суспільних відносин, забезпечення правопорядку», ознаками якого є те, що він виступає: «складовою частиною механізму соціального регулювання, впливає правовими властивостями на політичний, економічний та інші механізми соціального регулювання, переплітається з ними; визначається закономірностями еволюції суспільства, рівнем розвиненості економіки, культури; є складною системою, що включає комплекс правових засобів і форм, які перебувають у зв'язку і взаємодії; суб'єктів, котрі здійснюють правове регулювання чи правову діяльність; юридично значимі результати їхньої діяльності; є динамічною частиною правової системи суспільства, не збігається з нею і тільки в поєднанні з механізмом правового впливу створює цілісність у забезпеченні функціонування правової системи суспільства; є процесом, що складається зі стадій, яким відповідають свої механізми дії; визначає ступінь ефективності правового регулювання, відповідність поведінки учасників суспільних відносин приписам юридичних норм, їх рух до задоволення приватних і публічних інтересів; має кінцевою метою встановлення законності і забезпечення правопорядку в суспільстві»¹.

Комплексний аналіз різних науково-теоретичних поглядів щодо осмислення механізму правового регулювання дозволив представникам науки теорії права аргументовано визначити механізм правового регулювання «...як систему правових засобів, за допомогою яких забезпечується стабільність суспільних відносин шляхом найбільш оптимального поєднання індивідуальних, громадських та державних інтересів членів соціуму з метою створення умов для прогресивного розвитку кожної особистості. За такої умови означений механізм характеризується низкою ознак. Особливу увагу потрібно акцентувати на забезпеченні системно-функціонального, взаємо-

¹ Механізм правового регулювання суспільних відносин. URL: https://pidru4niki.com/1001031243102/pravo/mehanizm_pravovogo_regulyuvannya_suspilnih_vidnosin_yogo_stadiyi

корелятивного бачення правових засобів, зокрема норм права та їх окремих різновидів, у процесі правового регулювання суспільних відносин»¹.

Стадії правового регулювання у доктрині права в ряді джерел поділяють на обов'язкові, які постійно задіяні в процесі правового регулювання, і факультативні, у яких виникає потреба в разі регулювання окремих суспільних відносин. Так, перша обов'язкова стадія – нормотворчість – починається з правової регламентації суспільних відносин; на другій обов'язковій стадії йдеться про дію правових норм у формі правовідносин, вона пов'язана з виникненням суб'єктивних прав і юридичних обов'язків у разі вступу суб'єктів права у правовідносини; на третій стадії активується механізм безпосередньої правореалізації, тобто відбувається реалізація суб'єктивних прав і виконання юридичних обов'язків; серед факультативних стадій згадується стадія застосування норм права; стадія тлумачення норм права².

Дослідження і розвиток механізму правового регулювання і захисту набув особливого значення для усього спектру цивільних відносин після прийняття чинного ЦК України у 2003 році³ (далі в цій статті – ЦК), однак для інституту особистих немайнових прав фізичних осіб це стало особливо актуальним. Серед основних досягнень першої приватноправової кодифікації незалежної України можна назвати врегулювання відносин саме у сфері особистих немайнових прав фізичної особи в межах Книги другої ЦК, чим був започаткований фактично новий старт для розробки і впровадження в оновленому громадянському демократичному суспільстві ліберальних ідей прав людини, їх рівності і захищеності шляхом, у тому числі, втілення механізмів правового регулювання і захисту особистих немайнових відносин. Так, розробниками проекту чинного ЦК, а у подальшому всією цивілістичною спільнотою було

¹ Кривицький Ю. В. Механізм правового регулювання в сучасній теорії права. *Теорія та історія держави і права. Філософія права*. 2004. № 4. С. 78.

² Механізм правового регулювання суспільних відносин. URL: https://pidru4niki.com/1001031243102/pravo/mehanizm_pravovogo_regulyuvannya_susplnih_vidnosin_yogo_stadiyi

³ Цивільний кодекс України. Закон від 16.03.2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.

здійснено позитивне регулювання особистих немайнових відносин, яке до цього або взагалі не здійснювалося, або було винесено за межі цивілістичного правового матеріалу, хоча за своїм змістом мало б стосуватися саме цивілістики; помітним стало прагнення створити справжнє демократичне суспільство із всебічним забезпеченням прав і свобод людини, які знайшли свій вираз у 1990 році у Декларації про державний суверенітет України¹. Крім цього, Книга друга ЦК стала безумовною перемогою багатовікових прагнень людства про втілення в праві понять моральності, справедливості, ідеї самоцінності кожної окремої особистості, яка проглядається в кожній її статті; у ній були враховані прогресивні положення цілої низки міжнародних актів з прав людини (передусім Загальної декларації прав людини 1948 р.², Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.³ та ряду ін.), а також цивільних кодексів ряду європейських країн, найновіших зарубіжних кодифікацій цивільного права, що значно посилило і актуалізувало формулювання, у яких побудовані її норми. Оскільки інститут прав і свобод людини набув центральне місце в Конституції України 1996 року, це стало додатковою передумовою для розробок у сфері цивільно-правового регулювання особистих немайнових відносин у вітчизняному ЦК; було також враховано зміни в розумінні прав людини з таких, що отримуються нею від держави, на концепцію прав людини, які пов'язані із самим фактом її існування, тобто відносяться до основних її властивостей, що повністю відповідало і приватноправовій теорії природного права, взятій за основу цивілістами. Саме проголошення в статті 3 Конституції України людини, її життя, здоров'я, честі та гідності, недоторканності та безпеки найвищою соціальною цінністю обумовило формування в ЦК окремої Книги, присвяченої особистим немайновим правам фізичної особи, а найголовніші

¹ Декларація про державний суверенітет України від 16.07.1990 р. № 55-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1990. № 31. Ст. 429.

² Загальна декларація прав людини (рос./укр.), Декларація, Міжнародний документ від 10.12.1948 р. Організація Об'єднаних націй. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_015

³ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. Конвенція, Міжнародний документ від 04.11.1950 р., *Рада Європи. Конвенцію ратифіковано Законом № 475/97-ВР* від 17.07.97. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_004

конституційні права особи мають цивілістичний вимір як абсолютні цивільні права фізичної особи.

Можна констатувати, що завдяки конституційним нормам і нормам чинного ЦК людина виступає на сьогодні рівним та вільним партнером держави, а остання має не тільки права щодо людини, але й обов'язки; що нематеріальне, немайнове, важить сьогодні для людини не менше, а інколи і набагато більше, ніж матеріальне, що підкреслює місце інституту особистих немайнових прав фізичної особи відразу після Загальних положень Книги першої ЦК. Безумовним здобутком чинного ЦК і перемогою вітчизняної цивілістичної думки стало закріплення особистих немайнових прав фізичних осіб, визначення їх змісту, гарантій та способів захисту, що є суттєвим внеском у процес поліпшення чинного цивільного законодавства, приведення його у відповідність до міжнародних стандартів. За роки, що пройшли після прийняття ЦК в національній доктрині, вкоренилася думка про те, що цивільне право як охороняє, так і регулює нематеріальні блага, а відносини, які виникають з приводу особистих немайнових прав, не пов'язаних з майновими, є частиною предмета цивільно-правового регулювання. Питання про можливість регулювання або лише захисту вказаних відносин, яке набуло свого часу дискусійного змісту, у наш час вирішено на користь ідеї, що нормами ЦК може і повинен здійснюватися не лише захист особистих немайнових прав, а й так зване позитивне регулювання, тобто конкретне визначення змісту цих прав і водночас змісту обов'язків, які їм кореспондують.

Серед досягнень першої вітчизняної кодифікації у сфері цивільних відносин слід також назвати наступне. Чинний ЦК уперше на кодифікаційному рівні присвятив врегулюванню особистих немайнових відносин не окрему статтю, а окрему книгу, зважаючи на те, що немайнові права становлять духовну основу суспільства, яка і є передумовою інших прав і свобод; положення Книги другої сприяють гуманізації відносин між людьми, усвідомленню місця людини як найбільшої цінності в суспільстві, підвищують рівень взаємодієносин між людьми в Україні до рівня загальноєвропейських стандартів прав людини. Завдяки ЦК, який містить Книгу другу, цивільне

законодавство загалом слугує сьогодні інтересам людини, а всі аспекти участі людини в нових ринкових відносинах розглядаються в єдності та взаємозв'язку. ЦК акумулює та регулює всі майнові і особисті немайнові відносини, які виникають і розвиваються на засадах рівності всіх учасників цивільних відносин, тому він є на сьогодні тим фундаментом, на якому будується законодавство у сфері прав людини.

Книга друга чинного ЦК являє собою нині цілісну систему норм, які компонуються за єдиними принципами і ґрунтуються на єдиному методі регулювання суспільних відносин; визначає загальні положення, спільні для всіх норм певного роду; виділяє за диференційованими підходами окремі інститути, закріплюючи їх у відповідному порядку. У Книзі другій йдеться саме про норми, які регулюють особисті немайнові відносини на засадах рівності, диспозитивності, неприпустимості втручання у сферу особистого життя фізичної особи; судового захисту будь-якого порушеного цивільного права; справедливості, добросовісності, розумності тощо і мають таким чином тісний зв'язок із Книгою першою. У кодексі особливо підкреслюється значення в суспільстві приватної особи (як фізичної, так і юридичної), а сама ця ідея стосуються всіх інститутів цивільного права, причому насамперед характеризує положення Книги другої, а сама вона – гармонійна складова структури ЦК, який кодифікує норми приватного права, втілюючи юридичний порядок, що ґрунтується на принципі свободи людини. Виходячи із положення про те, що юридичні особи мають права, як і фізичні особи, за винятком тих прав і обов'язків, необхідною умовою яких є природні властивості людини, цивільне законодавство передбачає на сьогодні право юридичної особи на недоторканність її ділової репутації, на таємницю кореспонденції, на інформацію тощо. Концепція чинного цивільного кодексу загалом ґрунтується на визнанні утворення юридичних осіб як вияву природних прав членів громадянського суспільства; між тим, слід констатувати, що формально Книга друга чинного ЦК України присвячена особистим немайновим правам саме фізичної особи. Особисті немайнові права розглядаються в сучасній доктрині і законодавстві України як абсолютні й невідчужувані і які є виявом свободи і недоторканності особи, що нині пропонується закріпити більш чітко.

Врахувавши традиції українського законотворення, положення міжнародних конвенцій, тенденції суспільного розвитку, досвід демократичних країн, які визначені Конституцією України, законодавець не допускає в ЦК України, зокрема в Книзі другій, жодних обмежень щодо можливостей цивільно-правової охорони особистих немайнових відносин. Практикою здійснення норм Книги другої ЦК України доведено, що нормативні акти чинного законодавства, які містять цивільно-правові норми і регулюють особисті немайнові відносини, незалежно від того, чи є вони суто цивільними, чи мають комплексний характер, мають підпорядковуватися у своїй цивільно-правовій частині загальним положенням інституту особистих немайнових прав, що містяться в ЦК, який визначає на сьогодні досить чіткі критерії поділу особистих немайнових прав і поділяє особисті немайнові права фізичної особи за спрямованістю або за цільовим призначенням на дві групи: ті, що забезпечують природне існування фізичної особи (глава 21), і ті, що забезпечують її соціальне буття (глава 22). Як основу поділу можна також розглядати порядок виникнення особистих немайнових прав на такі, що належать фізичним особам від народження, і такі, що їм належать за законом (ч. 1 ст. 270 ЦК України).

Книга друга ЦК складається на сьогодні із норм, які регламентують особисті немайнові права фізичних осіб, поєднані в три глави, а саме: Главу 20 – «Загальні положення про особисті немайнові права фізичної особи», Главу 21 – «Особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи» та Главу 22 – «Особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи». Таким чином, ЦК України містить на сьогодні значний комплекс норм, що регулюють особисті немайнові відносини і забезпечує системність викладу правового матеріалу щодо особистих немайнових прав, відступаючи при цьому від порядку, який закріплений у Конституції для послідовного забезпечення так званого позитивного регулювання змісту особистих немайнових прав. Оскільки особисті немайнові права мають абсолютний характер, цей інститут розміщено серед інститутів інших абсолютних прав – права власності, речових прав та права інтелектуальної власності. Логіка законодавця визнана на сьогодні практично усіма цивілістами і ґрунтується на переконанні в тому, що соціальна

значущість особистих немайнових прав значно вища, ніж прав, які існують у матеріальній сфері суспільства, оскільки є, перш за все, конституційними правами, духовною основою суспільства і виступають передумовою забезпечення свободи власності, свободи договору, свободи підприємництва тощо. Та обставина, що особисті немайнові права передують речовим, зобов'язальним правам, зумовило також перегляд на сучасному рівні самого поняття цивільних відносин та цивільного права.

Безспірним здобутком чинного ЦК є детальне і належне врегулювання особистих немайнових відносин у минулому столітті, що лише підтверджує необхідність оновлення його положень після більш ніж півтора десятка років застосування і своєчасність аналізу механізму регулювання і захисту цих відносин, у тому числі з урахуванням численних судових рішень вітчизняних і зарубіжних судів і особливо практики Європейського Суду з прав людини, стрімких змін в інформаційному середовищі, технологіях, суспільній свідомості.

Серед практичних і теоретичних проблем, що виникли при регулюванні особистих немайнових відносин з урахуванням специфіки механізму такого регулювання і захисту, його основних елементів і етапів, актуальності, набувають такі проблеми, які потребують додаткового обговорення і вирішення:

- 1) за межами унормованого матеріалу залишається відкритим питання щодо можливості врегулювати в Книзі другій ЦК усі немайнові відносини, без прив'язки тільки до особистих (оскільки особистий характер можуть мати і майнові відносини), і назвати цю книгу «Немайнові відносини», опустивши також уточнення щодо фізичних осіб, оскільки ряд норм регулюють відносини як щодо фізичних, так і юридичних осіб;
- 2) науковцями за час дії кодексу запропоновано ряд різних критеріїв і видів класифікації особистих немайнових прав; питання щодо зручності і практичної цінності наявної нині в ЦК класифікації постійно стають предметом дискусії, так само як і запропоновані в дисертаційних дослідженнях і публікаціях (серед них найвідоміші на сьогодні – авторські класифікації Р. О. Стефанчука, М. М. Малєної, З. В. Ромовської, В. А. Тархова та ін.);

- 3) у разі сприйняття законодавчої класифікації особистих немайнових прав фізичної особи в ЦК, у науковій літературі піднімаються питання місця тих чи інших прав у відповідному структурному підрозділі. Так, нами неодноразово ставилося питання про необхідність перенесення положень про право на інформацію в Главу 21 ЦК – «Особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи», оскільки це право має природне, тісно пов'язане із народженням людини походження; людина народжується і фактично отримує необхідну інформацію, а отже і право на інформацію, з роками змінюється лише обсяг, зміст і здатність людини усвідомлювати ту чи іншу інформацію, ефективно здійснювати своє право; додатковому осмисленню піддається сьогодні практично кожне немайнове право, у тому числі – його місце в класифікації;
- 4) у сучасній цивілістичній літературі особисті немайнові права поділяються на абсолютні і відносні; причому більшість особистих прав є правами абсолютними, втім в доктрині і на практиці можна зустріти випадки, коли управомочена особа може вступити і у відносні правовідносини з порушником, що відбувається, зокрема, при порушенні абсолютного права, коли порушник зобов'язаний вчинити дії, спрямовані на відновлення абсолютного права; ряд особистих прав можуть бути лише відносними, певна їх частина – як абсолютними, так і відносними, отже, дискусії продовжуються;
- 5) мета закону в розробці загальних положень про особисті немайнові права в главі 20 ЦК розуміється від початку як необхідність встановити норми загального характеру, що застосовуються до всіх без винятку особистих немайнових прав, а також як новий етап у забезпеченні всебічного розвитку особистості, охороні її життя, свободи, честі, гідності та особистої недоторканності; дискусії точаться щодо змісту окремих норм, які включені і які можуть бути включені в процесі оновлення до глави 20 ЦК, зокрема щодо принципів немайнових прав, які слід залишити і доповнити такими, що характеризують етап розвитку інформаційного суспільства, створення роботів і штучного інтелекту,

- нових біологічних видів, експериментів із живими організмами, включаючи людину з моменту зачаття, – ці дискусії набувають все більш ґрунтовного характеру;
- 6) вельми активно дискутуються проблеми, пов'язані з розумінням життя і права на життя, його виникнення і припинення, спірні питання, які пов'язані з моментом зачаття людини і процесом її розвитку від зачаття і до смерті, проблеми евтаназії, створення більш «досконалої людини» у зв'язку з розвитком науки, техніки, ІТ сфери, біології, медицини тощо;
 - 7) у повній відповідності до Конституції України, яка змінила саме розуміння прав людини як таких, що отримуються нею від держави на концепцію прав людини, які пов'язані із самим фактом її існування, тобто відносяться до основних її властивостей, ч. 1 ст. 269 ЦК вказує на те, що особисті немайнові права належать кожній фізичній особі від народження або за законом, але нічого не говорить про немайнові права, які належать юридичній особі, що породжує дискусії;
 - 8) цивілісти погоджуються, що особисті немайнові відносини виникають із приводу особистих немайнових благ, які охороняються цивільним законодавством, а саме: здоров'я, життя; честі, гідності і ділової репутації; ім'я (найменування); авторства; свободи літературної, художньої, наукової і технічної творчості, а також інших благ, які охороняються цивільним законодавством (ст. 201 ЦК), між тим поняття і визначення блага не надається через значні складності, з якими стикаються науковці, намагаючись визначитись із цим поняттям на усіх рівнях; більш того, наприклад, досі дискутується питання, що є благом – здоров'я чи охорона здоров'я, оскільки саме право сформульовано в кодексі як «право на охорону здоров'я»; чи є в широкому розумінні саме право благом тощо;
 - 9) критичному осмисленню піддаються теоретичні підходи до приналежності особистих немайнових прав усім без винятку фізичним особам і рівність обсягу цих прав, які повинні бути втілені в повсякденне життя, набути свого реального змісту, про рівні можливості реалізації немайнових прав (наприклад, у сфері права на охорону здоров'я, доступу до медичної допомоги,

доступу до вільної і до життєво важливої інформації), аналізуються можливості посилення гарантій здійснення цих прав; межі користування цими правами;

- 10) визнання Конституцією України та ЦК природних прав людини стало підставою для корекції поняття цивільної правоздатності, саме як природної здатності мати цивільні права і обов'язки, що дає підстави для обговорення необхідності більш чіткого визначення елементів структури цивільного стану особи: природної здатності особи мати цивільні права і обов'язки, юридичної можливості мати ці права та обов'язки, фактичної можливості стати учасником цивільних правовідносин і реального володіння цивільними правами та обов'язками;
- 11) у доктрині обговорюються нещодавні абсолютні постулати сфери немайнових відносин щодо того, що особисті немайнові права фізичної особи не мають економічного (або майнового) змісту, мають єдину неекономічну природу і утворюються в духовній сфері життя суспільства, що логічно і вірно з теоретичної точки зору, оскільки відсутність економічного змісту впливає, перш за все, із самої їх назви, як немайнових прав; між тим, певний зв'язок між майновою сферою і названими правами існує; виходячи із цього немайнові права пропонується аналізувати поряд з іншими правами особи, враховуючи те, що вони виступають складовою частиною єдиної системи прав, які підпорядковуються особою відповідно до своїх інтересів і якими вона володіє; низка робіт присвячена сьогодні також оборотоздатності об'єктів цивільних прав, зокрема і немайнових (серед них найвідомішою є на сьогодні докторська дисертація С. О. Сліпченка);
- 12) активно обговорюються на сторінках наукових видань і на конференціях можливості щодо доповнення переліку немайнових прав, зокрема включення до цього переліку права на спокій, права на тишу, право на усамітнення, навіть право на смерть (що, на нашу думку, абсолютно неприпустимо і відрізняється від вірної позиції про те, що право на життя включає в себе низку прав, серед яких і право вибору професій і видів

- спорту, пов'язаних із ризиком втратити життя тощо, включаючи право розпорядитися своїм життям за власною волею), зазначене потребує обговорення цивілістичною спільнотою, оскільки кодексом та іншими законами можуть бути передбачені й інші особисті немайнові права фізичної особи;
- 13) ч. 3 ст. 270 ЦК містить важливе уточнення про те, що перелік особистих немайнових прав, які встановлені Конституцією України, ЦК та іншими законами, не є вичерпним; це положення підтверджується міжнародно-правовими підходами до вирішення даного питання. Таким чином, українське законодавство зорієнтоване не лише на сучасний етап розвитку цивільних відносин, а й на їх розвиток у перспективі;
- 14) специфікою суб'єктивного особистого немайнового права є те, що його реалізація передбачає, насамперед, можливість вчинення певних дій самою управомоченою особою, а в якості управомоченої особи, згідно з Книгою другою ЦК виступає на сьогодні фізична особа, отже управомоченими в особистих немайнових правовідносинах є повністю дієздатні, неповнолітні (фізичні особи віком від 14 до 18 років) та обмежено дієздатні фізичні особи, малолітні віком до 14 років та недієздатні особи, що виступають як носії вказаних прав, але вони не можуть повноцінно здійснювати свої правомочності; зобов'язаними особами в абсолютному немайновому правовідношенні виступають всі суб'єкти цивільного права, а у відносному – ті, хто вказаний у такій якості в законі чи договорі: це, наприклад, такі особи, як лікарі, які зберігають медичну таємницю, працівники банку, які зобов'язані зберігати банківську таємницю за договором банківського вкладу, тощо; на сьогодні вікові межі здійснення немайнових прав обговорюються і пропонуються зміни, які потребують додаткового вивчення і порівняння з іншими міжнародними актами і законодавчими актами – вітчизняними, зарубіжними для єдиного їх розуміння;
- 15) у літературі зазначається, що єдина модель особистого немайнового права не в змозі враховувати особливостей усіх немайнових прав, і тому вважається, що вона не потребує конструю-

вання, між тим суттєве значення в цьому процесі набувають норми моралі, тому дискутується практично по кожному праву, що належить у його змісті саме праву, а що виходить за його межі; на практиці детально аналізується кожен випадок можливого втручання у сферу немайнових прав, яке має базуватися на певних підставах;

- 16) фізична особа згідно з ч. 1 ст. 272 ЦК здійснює особисті немайнові права самостійно, але дискутуються можливості здійснення суб'єктивного немайнового права – шляхом пасивного нездійснення юридичних та фактичних дій, які охоплюються можливістю відповідної поведінки, так і у варіанті певних активних дій у тих випадках, коли закон надає можливість скористатися правом;
- 17) більшість немайнових прав здійснюється тільки особисто управомоченою особою, отже, аналізуються і дискутуються випадки, коли здійснення окремих (і яких саме) правомочностей здійснюється представником;
- 18) дискусії породжують загальні та конкретні (спеціальні) межі здійснення цивільних прав; перші можна втілити в нормах-принципах Книги другої ЦК;
- 19) потребує додаткового аналізу необхідність посилити гарантії дії норми ст. 273 ЦК, яка закріплює обов'язок посадових і службових осіб на вчинення відповідних дій і регулює питання забезпечення здійснення особистих немайнових прав; те саме стосується поновлення порушеного особистого немайнового права, що відбувається за правилами ст. 276 ЦК (щодо необхідності утримуватися від дій, якими можуть бути порушені особисті немайнові права – юридичним особам, їх працівникам, окремим фізичним особам, професійні обов'язки яких стосуються цих прав фізичної особи);
- 20) активно дискутуються останнім часом проблеми обмеження особистих немайнових прав фізичної особи, зокрема встановлених Конституцією України (обмеження певних прав для окремих людей, їх об'єднань, умови забезпечення національної безпеки, питання запобігання злочинам, захисту прав інших людей або охорони здоров'я та інші умови, спеціально визначені

Конституцією та законами); обмеження особистих немайнових прав фізичної особи, встановлені ЦК та іншими законами, підстави такого втручання;

- 21) стабільно актуальними залишаються дискусії щодо форм, засобів і способів захисту цивільних прав, а також інші проблеми, які стосуються механізму регулювання та захисту особистих немайнових відносин.

Новий зміст приватного права відбився в сучасних зарубіжних кодифікаціях. Позитивним прикладом може слугувати, окрім зазначених у Малій концепції рекодифікації ЦК, Квебекський цивільний кодекс, який набув чинності в 1994 році¹. У ньому, зокрема, можна знайти 2 розділи (142 статті) Книги першої («Особи»), які цілком присвячені регулюванню прав особистості. Передусім це норми щодо недоторканності особи, згоди на медичну допомогу, поваги до прав дітей, поваги до репутації та приватного життя, поваги до тіла людини після її смерті, ім'я людини, доміцилій та місце перебування тощо; загалом, як приклад однієї із сучасних кодифікації, цей кодекс може бути корисним для формулювання ряду норм оновленого ЦК.

Аналіз сучасного механізму регулювання і захисту особистих немайнових відносин дозволяє визначити невирішені проблеми і зробити ряд пропозицій з удосконалення положень ЦК, які в майбутньому будуть мати вплив на ефективність реалізації особистих немайнових прав на кожному етапі.

Питання щодо того, чи потрібно зібрати усі норми, присвячені немайновим правам у Книзі другій ЦК, назвавши її «Немайнові права», залишається відкритим, хоча у своїх публікаціях ми неодноразово наводили доводи на користь цієї ідеї, маючи на увазі потребу врахувати як фізичних, так і юридичних осіб як володільців таких прав, а також як мінімум усе, що стосується немайнових прав, їх видів, ознак, специфіки, оборотоздатності їх об'єктів тощо. Вважаємо можливим Книгу другу ЦК назвати «Немайнові права», врегулювавши в ній більшість немайнових відносин, слово «особисті» виключити із загальної

¹ Гражданский кодекс Квебека. М. : СТАТУТ, 1999. 472 с. (Современное зарубежное и международное чстное право).

назви, оскільки майнові відносини також можна охарактеризувати як особисті, отже особисті немайнові права – це лише частина усіх немайнових прав. Пропонуємо також назву ст. 302 ЦК «Право на інформацію» змінити на «Право на інформацію фізичної особи» і перенести її до глави, що регулює природні права, що набуваються фізичною особою від народження (змінивши відповідно номер статті), оскільки воно є саме таким правом, можна також додати окремою статтею чи в тій же статті про право на персональну (особисту) інформацію. Про право на інформацію як таке, що належить як фізичним, так і юридичним особам, слід зазначити в Главі 20 Загальних положень про немайнові права. Є сенс переглянути належність усіх закріплених і тих, що будуть закріплені, прав з точки зору їх класифікації в оновленому ЦК.

Звертають на себе увагу також важливі термінологічні відмінності, які мають вплив на саме розуміння змісту зазначених прав. Так, якщо порівняти положення Цивільного кодексу Квебеку і ЦК України, то в першому, зокрема у ст. 1, йдеться про «особисті права», а не «особисті немайнові права», і якщо під «особистими правами» можна мати на увазі і «особисті майнові права», що можна вважати логічним, то в самому тексті норми можна побачити згадування лише про немайнові права. Це наводить на роздуми про назви окремих частин, пов'язаних такою термінологією, і розуміння різниці між «немайновими правами», «особистими правами», «особистими немайновими і майновими правами». Своє ставлення ми висловили вище, як і в ряді раніше опублікованих статей і тез доповідей, пропонуючи об'єднати усі немайнові права в Книзі другій ЦК, і мати на увазі, що особистими можуть бути як майнові, так і немайнові права.

Не зайвим було б додати до змісту ч. 3 ст. 269 ЦК, зокрема до формулювання «Особисті немайнові права тісно пов'язані з фізичною особою. Фізична особа не може відмовитися від особистих немайнових прав, а також не може бути позбавлена цих прав», положення, яке нині сприймається доктриною цивільного права, але сформульоване в Цивільному кодексі Квебеку більш чітко, лаконічно і недвозначно: «Ці права є невідчужуваними». Одночасно слід роз'яснити, у яких випадках блага, які покладені в основу цих прав, набувають оборотоздатності. Не можна також не згадати у зв'язку із закріпленим обома

кодексами основоположного права на життя для кожної особи (у російському перекладі Цивільного кодексу Квебеку – «каждого лица»). До слова, термін «особа» звучить українською переконливіше, оскільки під особами розуміються і фізичні і юридичні особи, а ЦК оперує звуженим уточненням щодо «особистих немайнових прав фізичної особи» у Книзі другій і її назві.

У процесі оновлення вітчизняний кодекс потребує також важливого уточнення, аналогічного тому, яке міститься в ст. 4 Американської конвенції з прав людини від 22 листопада 1969 р.: «Кожна людина має право на повагу до її життя. Це право охороняється законом у цілому – з моменту зачаття. Ніхто не може бути свавільно позбавлений життя»¹. Можливо, наведене формулювання виявиться найбільш придатним для використання з урахуванням багаточисельних дискусій щодо моменту зачаття, моменту народження і поєднання цих фактів з виникненням права на життя фізичної особи або зачатої людини. Щоб додати динамізму цим завзятим дискусіям, звернемо увагу, що в ч. 2 ст. 281 ЦК зазначається: «Фізична особа не може бути позбавлена життя». Не права на життя, а саме життя – як триваючого природного процесу, причому, як відомо, триває цей процес фактично від зачаття до смерті – обидва явища сприймаються правом як факти і лише спеціальний термін «фізична особа» може дещо затьмарювати кришталеву чисту суть проголошеного для необхідної людини. Якби ми замінили цей термін на «людина» – як в усіх міжнародних актах – і скористалися визначенням, наданим у ст. 24 ЦК: «1. Людина як учасник цивільних відносин вважається фізичною особою», то норма ч. 2 ст. 281 ЦК набула би прозорості щодо справжнього змісту ч. 1 цієї ж статті і звучала б так: «Людина не може бути позбавлена життя». Причому слово «свавільно» не додаємо, оскільки ЦК надає абсолютний захист цьому праву, що відрізняє його положення від формулювань у Конституції України і наведеного американського варіанту.

¹ Американская конвенция о правах человека (Пакт Сан-Хосе, Коста-Рика), Конвенция, Принята Межамериканской конференцией по правам человека 22 ноября 1969 г. в Сан-Хосе, Коста-Рика. (Неофициальный перевод с английского). URL: <https://constituanta.blogspot.com/2011/02/1969.html>

Тут можна було б поставити крапку, але існує ще й право матері, визнане на сьогодні як можливість вирішувати долю цієї зачатої людини (дитини, зародка, плода – драматизму ситуації слова, які використовуються, не знімають, а лише додають). Тому ставимо три крапки і повертаємося до єдиного можливого на сьогодні формулювання: «Життя кожної людини поважається суспільством і охороняється законом з моменту зачаття». Сутність – у цьому, варіанти і деталізація можуть обговорюватися, ряд їх міститься в самому ЦК у нормах щодо права на життя, права на охорону здоров'я, права на честь і гідність, свободу і недоторканність, на творчість і на інформацію.

Вельми специфічним є застосоване в Цивільному кодексі Квебеку слово «цілісний» – «цілісність своєї особистості». Пояснення його зустрічається передусім у джерелах релігійного походження, якщо не брати до уваги дещо іншу інтерпретацію в розумінні «цілісний майновий комплекс», та інших, відомих цивільному законодавству. Цілісність означає внутрішню єдність, пов'язаність усіх частин будь-чого в єдине ціле, а в англійській версії – стійкі моральні переконання бути чесним, що має прояв у світогляді та вчинках¹. Якщо виходити з духовних начал, то сюди слід додати духовну стійкість, єднання тіла і душі в їх незламності. У будь-якому разі таке слово заслуговує на використання в ЦК України, коли йдеться про особисту недоторканність (ст. 289); свободу (ст. 288); честь і гідність (ст. 297) та ряд інших.

Перспективною для обговорення серед вітчизняних цивілістів може стати ідея, закладена в Цивільному кодексі Квебеку, який, на переконання його розробників, мав стати самодостатнім у питанні відмови від вихідного визнання будь-яким чином джерел своїх положень – чи то французьких, чи то американських чи інших, що пояснюється прагненням до дещо більшої політичної незалежності.

Оскільки статус самостійної незалежної держави важливий і для України, можна звернути увагу на наступне теоретичне положення, викладене в передмові до вказаного вище видання: «Юридичний націоналізм Цивільного кодексу Квебеку, який віднедавна пробудився,

¹ Академічний тлумачний словник української мови. URL: <http://sum.in.ua/s/cilisnyj>

врівноважується якоюсь мірою його Преамбулою, у якій міститься констатація намірів законодавця привести Кодекс у гармонію із «загальними принципами права». У цьому зв'язку Преамбула зазвичай розглядається як відсилка до тих «найвищих» принципів, якими надихаються західні правові традиції»¹. У цьому сенсі і нам, як країні з досвідом значних кодифікацій, необхідно погодити питання із джерелами, які беруться за основу для оновлення ЦК, звіритись із вітчизняними традиціями, напрямками розвитку держави, наявною на сьогодні практикою застосування норм цивільного законодавства, щоб не сплутати бажане із дійсним і ствердити свою державну самоусвідомленість.

Відповідно до ст. 272 ЦК: «1. Фізична особа здійснює особисті немайнові права самостійно. В інтересах малолітніх, неповнолітніх, а також повнолітніх фізичних осіб, які за віком або за станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої особисті немайнові права, їхні права здійснюють батьки (усиновлювачі), опікуни, піклувальники. 2. Фізична особа має право вимагати від посадових і службових осіб вчинення відповідних дій, спрямованих на забезпечення здійснення нею особистих немайнових прав». Як бачимо, йдеться про загальний порядок здійснення особистих немайнових прав, а це означає, що фізичною особою в процесі дії, бездіяльності тощо здійснюється юридично значима поведінка, яка призводить безпосередньо або через інших осіб до перетворення об'єктивно існуючого права, закріпленого в нормі права, у право суб'єктивне, створюючи вже реальні правові можливості для неї. Наприклад, для здійснення права на таємницю особистих паперів (ст. 303 ЦК України) фізична особа повинна передусім їх створити; для реалізації права на психіатричну допомогу фізична особа повинна надати свою усвідомлену згоду на це, якщо інше не передбачено чинним законодавством (ЗУ «Про психіатричну допомогу»²) тощо.

Низку особистих немайнових прав фізична особа здійснює з моменту народження без вчинення певної визначеної поведінки. Найбільш

¹ Гражданский кодекс Квебека. М. : СТАТУТ, 1999. 472 с. (Современное зарубежное и международное частное право).

² Про психіатричну допомогу. Закон України від 22.02.2000 р. № 1489-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 19. Ст. 143.

яскравим прикладом є право на життя, яке фізична особа здійснює, навіть не помічаючи цього, не здійснюючи спеціальних юридично значимих активних діянь. Те саме можна сказати про право на інформацію, яке, на нашу думку, є природною здатністю людини, – дитина від народження отримує інформацію без здійснення якихось додаткових помітних, тим паче юридичних дій, а з віком до цієї здатності додається ще й цілеспрямоване, усвідомлене отримання інформації (одночасно залишається і здатність отримувати інформацію підсвідомо – різну, із різних джерел і в різних формах її прояву).

Щодо специфіки здійснення особистих немайнових прав фізичної особи, то не слід забувати, що вона проявляється передусім в їх правовій природі. Оскільки ці права тісно пов'язані з особою носія, вони і здійснюються нею, як правило, самостійно, тобто фізична особа сама вчиняє юридично значимі дії, які спрямовані на здійснення відповідних особистих немайнових прав: звертається до лікувального закладу для отримання медичної допомоги, або до відповідного органу – володільця інформаційного ресурсу за отриманням інформації, створює твір літератури, науки чи мистецтва тощо. В окремих випадках фізична особа може передавати право здійснення особистих немайнових прав іншим особам, що може бути пов'язане з різними обставинами – певним станом здоров'я або недостатністю власного досвіду тощо, що не дозволяє фізичній особі самій здійснювати особисті немайнові права чи інтереси. Законодавець для таких випадків передбачає можливість для інших осіб захистити право чи інтерес фізичної особи – носія цього права. Так, особисті немайнові права малолітніх осіб можуть здійснюватись їх батьками (усиновителями) та опікунами; особисті немайнові права неповнолітніх осіб можуть здійснюватись їх батьками (усиновителями) та піклувальниками; особисті немайнові права осіб, які визнані судом недієздатними, можуть здійснюватись їх опікунами; особисті немайнові права повнолітніх осіб, які за віком чи станом здоров'я не можуть їх здійснювати і не визнані при цьому недієздатними, можуть здійснюватись їх піклувальниками та ін. Причому таке передання можливості здійснювати особисті немайнові права іншим особам не є тим самим, що їх передання іншим особам, оскільки зазначені особи, здійснюючи

особисте немайнове право шляхом вчинення юридично значимих діянь, створюють відповідні права та обов'язки для фізичних осіб – носіїв цих прав, з метою задоволення інтересів останніх.

Здійснення особистого немайнового права, так само як і будь-якого суб'єктивного права, має здійснюватися, по-перше, безперешкодно, а, по-друге, у межах, які передбачені чинним законодавством. Забезпечення реалізації такого завдання покладається на державу і підкріплюється відповідними гарантіями, наприклад, можливістю вимагати від посадових і службових осіб вчинення відповідних дій, спрямованих на забезпечення здійснення нею (ними) особистих немайнових прав. Детально про забезпечення здійснення особистих немайнових прав фізичної особи йдеться у ст. 273 ЦК: «Органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування в межах своїх повноважень забезпечують здійснення фізичною особою особистих немайнових прав. 2. Юридичні особи, їх працівники, окремі фізичні особи, професійні обов'язки яких стосуються особистих немайнових прав фізичної особи, зобов'язані утримуватися від дій, якими ці права можуть бути порушені. 3. Діяльність фізичних та юридичних осіб не може порушувати особисті немайнові права». Усіма цими обов'язками відповідні органи наділені в межах своїх повноважень відповідно до Конституції України та інших законів, які гарантують забезпечення здійснення фізичною особою своїх особистих немайнових прав.

Отже, здійснення фізичною особою особистих немайнових прав може відбуватися шляхом встановлення заборон щодо порушення органами державної влади, органами Автономної Республіки Крим та органами місцевого самоврядування тих чи інших особистих немайнових прав фізичних осіб і шляхом покладення на вказані органи обов'язку здійснювати відповідні діяння, які спрямовані на допомогу фізичним особам у здійсненні та захисті особистих немайнових прав.

Крім того, здійснення особистих немайнових прав фізичної особи забезпечується відповідним правовим механізмом – встановленням відповідної процедури, якою цей порядок забезпечення упорядковується: встановлення процедури отримання відповідної інформації, або здійснення права на охорону здоров'я, процедура підготовки для

реалізації права на мирні зібрання тощо, – ґрунтується на конституційних нормах, забезпечується нормами ЦК і відповідних спеціальних законів. Принципи повноти та своєчасності, покладені в основу таких процедур, спрямовані на здійснення права і не повинні перешкоджати здійсненню останнього, у протилежному випадку навіть найкраще розроблена процедура може бути визнана незаконною і має бути скасована у порядку, передбаченому законом.

Зрозуміло, що учасники суспільних відносин, які не наділені публічно-владними повноваженнями, також можуть певними діями перешкоджати своєчасному та повному здійсненню фізичною особою своїх особистих немайнових прав. Це є причиною встановлення законодавцем ряду правил, згідно з якими, наприклад, юридичні особи, їх працівники зобов'язані утримуватися від дій, якими особисті немайнові права можуть бути порушені. Те саме стосується відповідних заборон окремим фізичним особам, професійні обов'язки яких стосуються особистих немайнових прав фізичної особи. Це: фізичні особи-підприємці, самозайняті фізичні особи та ряд ін. Діяльність фізичних та юридичних осіб не може порушувати особисті немайнові права інших фізичних осіб, незалежно від того, чи існують між ними взаємні права та обов'язки, що пояснює презумпцію, згідно з якою діяльність, якою можуть бути порушені особисті немайнові права, є неправомірною. Важливу роль у процесі здійснення особистих немайнових прав фізичної особи відіграють в Україні, яка взяла на себе ряд зобов'язань, відповідно до Угоди про асоціацію з ЄС і рухається шляхом подальшої європеїзації приватного права, акти *acquis communautaire*, про які згадується в Концепції рекодифікації ЦК, підготовленої членами робочої групи з урахуванням думки ряду експертів і доктрини цивільного права.

Надійною гарантією здійснення фізичними особами особистих немайнових прав, як зазначено у ст. 276 ЦК, є їх належний цивільно-правовий захист. Зокрема, право на захист використовується особою в разі оспорення, невизнання чи порушення особистого немайнового права. Захист особистого немайновго права може здійснюватися в одній із форм: юрисдикційній (судовій та адміністративній) та неюрисдикційній (самозахист), при цьому уповноваженими особами

щодо захисту особистих немайнових прав є носій особистого немайнового права, яке було порушене, оспорене чи невизнане, та (або) інший учасник цивільних правовідносин, який наділений такою правовою можливістю за законом чи договором. Щодо підстави захисту особистого немайнового права, то нею є факт порушення, оспорення чи невизнання особистого немайнового права, а сам захист охоплює собою лише ті передбачені законом заходи, які спрямовані на відновлення чи визнання особистих немайнових прав та захист інтересів при їх порушенні чи оспоренні. У свою чергу, серед засобів охорони присутні як засоби, які забезпечують розвиток цивільних правовідносин в їх непорушеному стані, так і засоби, спрямовані на відновлення порушених, оспорених чи невизнаних особистих немайнових прав чи охоронюваних законом інтересів. Зміст права на захист особистих немайнових прав складають такі повноваження: вимагати дотримання (непорушності) цих прав; вимагати припинення дій, які порушують особисте немайнове право; право вимагати відновлення вказаних прав у разі їх порушення.

Для захисту особистих немайнових прав відповідно до чинного ЦК застосовуються загальні способи захисту (Глава 3 ЦК), а також інші (спеціальні) способи – відповідно до змісту цих прав, способу їх порушення та наслідків, що спричинено цим порушенням. До таких спеціальних способів захисту особистих немайнових прав законодавець відносить: поновлення порушеного особистого немайнового права (ст. 276 ЦК); спростування недостовірної інформації, право на відповідь (та репліку) (ст. 277 ЦК); заборону поширення інформації, якою порушено особисті немайнові права (ст. 278 ЦК) та ряд ін. У процесі оновлення необхідно систематизувати зазначені способи захисту і закріпити їх на рівні загальних положень Книги другої, а також залишити положення, згідно з яким фізична особа, особисте немайнове право якої порушено, має право на відшкодування майнової та (або) моральної шкоди, яку їй завдано таким порушенням (ст. 280 ЦК). Це положення слід розуміти таким чином: підлягає відшкодуванню завдана фізичній особі матеріальна та (або) моральна шкода, внаслідок порушення будь-якого особистого немайнового права, які перераховані в главах 21 та 22 ЦК і перелік яких не є вичерпним.

Запорукою своєчасного та ефективного захисту особистих немайнових прав в оновленому ЦК має стати, як це і передбачено нині у ст. 280 ЦК, можливість накласти на особу штраф, у разі невиконання покладеного рішенням суду зобов'язання вчинити відповідні дії для усунення порушення особистого немайнового права, або ж у разі ухилення від виконання судового рішення. Причому сплата штрафу не повинна звільняти особу від обов'язку виконати рішення суду. Мають бути враховані також низка рішень Конституційного Суду України, постанов пленуму Верховного Суду, серед яких, наприклад: Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України від 20.01.2012 № 2-рп/2012; Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень абзацу першого пункту 40 розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Бюджетного кодексу України від 11.10.2018 № 7-р/2018; Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27.02.2009, № 1 «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи»; а також Постанови Верховного Суду: від 01 лютого 2018 року у справі № 760/19921/16-ц; від 07 березня 2018 року у справі № 161/19127/15-ц; від 17 квітня 2019 року у справі № 682/1692/17 та ряд ін. Не менш важливими є також огляди судової практики з окремих питань, один із яких – найґрунтовніший огляд у справах про захист честі, гідності і ділової репутації¹.

Не всі спеціальні способи захисту однаково дієві, коли йдеться про захист конкретних особистих немайнових прав. Так, поновлення порушеного права неефективне щодо різного роду таємниць; зокрема, не можна практично відновити таємницю особистого життя, або право на таємницю кореспонденції, оскільки після розголошення відповідної

¹ Огляд практики Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду у справах про захист гідності, честі та ділової репутації / упоряд.: канд. юрид. наук, доцент Д. Д. Луспенник. Київ, 2019. Вип. 52 стор.

інформації зникає і саме немайнове благо, яким є будь-яка таємниця, що є об'єктом відповідного права. За таких умов доречно відшукати інші способи захисту.

Спростування недостовірної інформації як ще один спеціальний спосіб захисту особистих немайнових прав фізичної особи полягає в тому, що фізична особа, особисті немайнові права якої порушено внаслідок поширення про неї та/або членів її сім'ї недостовірної інформації, має право на визнання особою, яка порушила особисте немайнове право інших осіб, неправомірності своїх діянь, визнання цієї інформації недостовірною та її спростування, яке вчинюється в такий самий спосіб, у який було поширено недостовірну інформацію. У випадку, якщо спростування за певних причин виявиться неможливим чи недоцільним провести в такий самий спосіб, то воно має здійснюватися в адекватній, тобто в максимально наближеній, схожій формі, з урахуванням того, що воно має бути ефективним, охоплюючи максимальну кількість реципієнтів, які отримали поширену інформацію і усвідомили чи сприйняли її. Так, якщо діяльність засобу масової інформації, у якому була викладена інформація, припинена, а отже, спростування в тому самому засобі масової інформації є неможливим, то воно має бути оприлюднено в іншому засобі масової інформації, причому за рахунок особи, яка поширила недостовірну інформацію.

Відповідь як спеціальний спосіб захисту особистих немайнових прав відрізняється від спростування тим, що особа, особисте немайнове право якої було порушено внаслідок поширення про неї та/або членів її сім'ї недостовірної інформації, має право на висвітлення власного погляду щодо поширеної інформації та обставин порушення особистого немайнового права, а право на відповідь та право на спростування інформації щодо особи, яка померла, належить членам її сім'ї, близьким та родичам і іншим заінтересованим особам. У випадку, якщо особа, яка поширила інформацію, невідома, застосовується подібний до попередніх двох спеціальний спосіб захисту – право на визнання відомостей такими, що не відповідають дійсності, яке реалізується шляхом подання фізичною особою, право якої порушено, заяви до суду про встановлення факту недостовірності відповідної інформації та її спростування.

Нині широко застосовується такий спеціальний спосіб захисту особистих немайнових прав як заборона поширення інформації, яка порушує особисті немайнові права, зміст якого полягає в наступному: 1) якщо особисте немайнове право фізичної особи порушено в газеті, книзі, кінофільмі, телепередачі тощо, які готуються до випуску у світ, суд може заборонити їх розповсюдження до усунення порушення цього права; 2) якщо особисте немайнове право фізичної особи порушено в газеті, книзі, кінофільмі, телепередачі тощо, які випущено у світ, суд може заборонити (припинити) їх розповсюдження до усунення цього порушення, а якщо усунути порушення неможливо, – вилучити наклад газети, книги тощо з метою його знищення. Підставою застосування цього способу захисту вважається поширення навіть достовірної, правдивої інформації; втім, має бути дотримана важлива умова: така інформація порушує особисті немайнові права, такі як право на таємницю листування або право на таємницю про стан свого здоров'я, право на особисте життя тощо.

Найбільш ґрунтовне уявлення про спектр справ, які розглядаються внаслідок порушення особистих немайнових прав фізичних (а також юридичних) осіб, дає на сьогодні судова практика, передусім практика Європейського суду з прав людини, яка ґрунтується на положеннях згадуваної вище Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, зокрема, під час судових процесів вирішуються питання щодо: поняття життя і його початку; позбавлення життя; евтаназії і асистованого самогубства; згоди пацієнта на медичний огляд та лікування, відмови від лікування та примусового лікування; штучного запліднення, штучного переривання вагітності, права дитини, народженої в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій; права на інформацію про екологічні ризики або аварії; шумового забруднення; втрати свободи з вини приватних осіб; правового визнання гендерної ідентичності; реєстрації та зміни імені чи його складових; вилучення органів померлої особи; балансу між правом на репутацію та правом на свободу слова; захисту майнових аспектів ділової репутації; релігійної самобутності; прояву індивідуальності через зовнішність; захисту персональних даних; доступу до особистої інформації; таємниці інформації про стан здоров'я; свободи

отримувати і передавати інформацію; свободи засобів масової інформації; свободи художньої творчості; свободи наукової діяльності; доступу до Інтернету; комплексу питань щодо права на таємницю кореспонденції; права на зображення; права на недоторканність житла; права на свободу об'єднань і мирних зібрань та багатьох інших. Практично по кожному із названих видів прав сьогодні можна навести значну кількість прикладів справ, що розглядалися в Європейському суді з прав людини (посилання на ряд справ міститься в Малій концепції рекодифікації ЦК).

Щодо підстави захисту особистого немайнового права, то нею є факт порушення, оспорення чи невизнання особистого немайнового права, а сам захист охоплює собою лише ті передбачені законом заходи, які спрямовані на відновлення чи визнання особистих немайнових прав та захист інтересів при їх порушенні чи оспоренні. У свою чергу, серед засобів охорони – як засоби, які забезпечують розвиток цивільних правовідносин в їх непорушеному стані, так і засоби, спрямовані на відновлення порушених, оспорених чи невизнаних особистих немайнових прав чи охоронюваних законом інтересів.

З урахуванням вищезазначеного, внаслідок модернізації Книги другої ЦК можна буде передбачити удосконалення самого механізму регулювання і захисту особистих немайнових відносин, наповнення новим змістом його елементів, а саме: поряд із збереженням загалом усіх безспірних досягнень Книги другої ЦК, включаючи, в основному, і її структуру, оновити зміст конкретних статей згідно з досягненнями вітчизняної думки і міжнародним досвідом, врахувавши практику Європейського Суду і вітчизняних судів за час, який пройшов після прийняття чинного кодексу.

Можна обговорити також пропозицію змінити назву Книги 2, яка має охопити своїм регулюванням усю сферу немайнових відносин – як особистих немайнових, так і інших немайнових відносин і отримати назву «Немайнові права», оскільки в ній мають бути врегульовані положення щодо вищезазначених відносин, а також не лише щодо фізичних осіб, але й юридичних осіб, а також ряд положень, що стосуються автоматизованих роботів і штучного інтелекту.

Має сенс переглянути зміст усіх статей Глави 20 ЦК загальних положень про немайнові права, уточнити і доповнити її норми з урахуванням досягнень інформаційного суспільства, IT-технологій, загального переліку особистих немайнових благ, на які можуть бути поширені немайнові права; суб'єктного складу цих відносин, особливостей здійснення, реалізації та захисту таких прав, тобто розробити більш чітко норми, у яких йдеться про зазначені вище питання, а Главу 20 ЦК назвати «Загальні положення про немайнові права».

Настав час переглянути класифікацію немайнових прав, зокрема особистих немайнових, і норми, що регулюють немайнові відносини, змінити або доповнити класифікацію, і відповідно – доповнити перелік прав на основі наукових розробок останніх років в Україні і світі. У разі залишення існуючої класифікації можна суттєво доповнити перелік немайнових благ і прав на них, визначити їх місце – в Главах 21 і 22 (за умови збереження такої нумерації), зокрема перенести норму про право на інформацію (і усі пов'язані з цим правом немайнові інформаційні права) до Глави 21.

Доречно в процесі оновлення доповнити Книгу 2 ЦК додатковими главами, які будуть присвячені немайновим правам, що не можуть бути віднесені до нинішньої класифікації (це – немайнові права юридичних осіб; немайнові права, що пов'язані із розвитком інформаційних відносин та ін.), а також нормою про оборотоздатність об'єктів немайнових прав.

Можливо доповнити перелік зобов'язань у Книзі 3 зобов'язаннями з немайновим змістом, розробивши відповідні норми і передбачити відсилочну норму щодо цього в Книзі другій ЦК. Врахувати практику судів, передусім Європейського суду з прав людини, у розумінні ряду норм і положень Книги другої ЦК, а також з максимальним охопленням – пропозиції, висловлені в чисельних дисертаційних роботах з проблем немайнових прав.

Підводячи підсумки вищевикладеного, звернемо увагу і на те, що доктрина вітчизняного цивільного права досі не визначилася з єдиним розумінням механізмів правового регулювання і захисту особистих немайнових прав фізичної особи, з погодженням усіма вітчизняними цивілістами відношенням до елементів (структури), складу цих

механізмів, а це, зі свого боку, створює додаткові труднощі як для регулювання названих відносин, так і для практики.

Елементи механізму цивільно-правового регулювання повинні і в подальшому діяти на відповідних стадіях протягом усього регулювання особистих немайнових відносин. Норми цивільного права, ЦК як цілісний нормативний акт та інші нормативні акти цивільно-правового спрямування, юридичні факти, а також самі цивільні правовідносини повинні слугувати безпосередній реалізації суб'єктивних немайнових прав, зокрема особистих немайнових прав, і виконанню відповідних обов'язків. На це ж мають бути спрямовані в оновленому ЦК дії усіх суб'єктів, які здійснюють правову діяльність і правове регулювання, правова законність, безумовно мають значення також звичаї, правова культура і свідомість. У свою чергу акти застосування норм цивільного права, різного роду інтерпретаційно-правові акти можуть відігравати в цьому процесі скоріше факультативний характер.

Оскільки стадії механізму правового регулювання з точки зору теорії права зазвичай поділяються на обов'язкові, що задіяні в процесі правового регулювання постійно, і факультативні, які використовуються в разі регулювання окремих суспільних відносин, необхідно врегулювати немайнові відносини і передбачити в оновленому ЦК їх здійснення і захист таким чином, щоб дослідити кожне право, зокрема кожне особисте немайнове право, починаючи від стадії правової регламентації суспільних відносин (безпосередньо в ЦК з урахуванням змісту міжнародних актів, декларацій і договорів, у вітчизняних нормативно-правових актах і договорах, з урахуванням правових звичаїв, правових прецедентів тощо) визначити зміст і сформулювати у найбільш коректній, стислій формі, але і з найбільшою повнотою усі можливості і межі поведінки суб'єкта немайнових (особистих немайнових) відносин, умови виникнення як прав, так і обов'язків учасників, спектр повноважень, заходів відповідальності, сформувавши в результаті якомога більш досконалу нормативно-правову базу механізму їх цивільно-правового регулювання.

На другій стадії слід детально дослідити механізм дії норм, що регулюють немайнові (особисті немайнові) відносини фізичних і юридичних осіб, оскільки саме на цій стадії виникають конкретні суб'єктивні

цивільні права і юридичні обов'язки за умови природної здатності цих осіб бути учасниками абсолютних правовідносин, де праву однієї особи відповідає обов'язок усіх оточуючих осіб не порушувати це право, поважати його, а також завдяки вступу суб'єктів цивільного права в немайнові (особисті немайнові) правовідносини; необхідною умовою цього процесу є юридичні факти або їх сукупність (система), з якими норми права пов'язують настання юридичних наслідків: факт народження, факт смерті та інші. Враховуючи надзвичайно тісний зв'язок таких відносин із моральними, етичними, духовними та іншими основами життя суспільства, слід відмежувати, деталізувати і конкретизувати на цій стадії загальні моделі відносин, які викладені в юридичних нормах ЦК та інших нормативних актах, від тих, які не мають правового походження і не можуть набути легалізації в законодавстві за різних причин.

Третя стадія, на якій відбувається активізація механізму безпосередньої правореалізації, здійснюються і реалізуються суб'єктивні права; виконуються юридичні обов'язки учасників немайнових (особистих немайнових) відносин, може бути завершальною, оскільки учасники відносин вже отримали природню здатність мати ці права з моменту народження (право на життя, право на охорону здоров'я тощо), або за власним бажанням і волею шляхом власних усвідомлених дій набули їх (звернулися до лікувального закладу, направили запит для отримання інформації тощо), або набули їх шляхом укладення договору (на надання медичної допомоги, на надання інформації з державної бази даних тощо), причому на цій стадії прийняття спеціального акта застосування норм права, що регулюють немайнові (особисті немайнові) відносини певними державними органами, як правило, вже не потрібно. Серед факультативних стадій у теорії права згадується, і це необхідно враховувати, стадія застосування норм права, якій іноді передують стадія виникнення правовідносин конкретного типу, і стадія тлумачення норм права; остання може проявлятися власне на всіх обов'язкових стадіях, зокрема і на першій, якщо є необхідність ввести в дію правові норми разом із залученням інтерпретаційних актів, втім, вважається, що вона виявляється переважно в процесі застосування норм права.

Серед цивілістів продовжується дискусія щодо способів ефективної реалізації та природи захисту кожного окремого особистого

немайнового права і немайнових прав загалом. Захист цих прав аналізується досі через ряд концепцій, у яких його розглядають: як частину самого суб'єктивного права поряд з активними та негативними правомочностями; як невід'ємну частину суб'єктивного права, яка не пов'язана з іншими юридичними можливостями, а лише властива їм; як самостійне суб'єктивне право, яке з'являється у володільця врегульованого особистого немайнового права лише в момент порушення чи оспорення останнього та реалізовується в рамках охоронювального цивільного правовідношення, що при цьому виникає. Останній підхід, на нашу думку, є найбільш перспективним, але й інші мають доводи, які можна врахувати в процесі оновлення ЦК.

Не можна не відмітити, що завдяки кропіткій і прогностичній, піонерській, на свій час, роботі розробників чинного ЦК, нинішня система правових засобів, які покладені в основу регулювання і здійснення, захисту особистих немайнових прав фізичної (і юридичної) особи, багато років забезпечується стабільність у сфері відповідних відносин, створюються умови для найбільш ефективного поєднання особистих (індивідуальних), громадських і державних інтересів членів вітчизняного громадянського суспільства і для всебічного розвитку і захисту прав кожної особистості. Таким чином, усі цивільно-правові засоби, які використовуються після прийняття чинного ЦК, взаємно корелюються, застосовуються достатньо системно, функціонально, з урахуванням досвіду провідних демократичних держав, передусім Європейського Союзу, дозволяють здійснювати права таким чином, щоб врахувати одне з найважливіших правил, сформульованих ще у ст. 4 Декларації прав людини і громадянина, прийнятій у Франції 1789 р., яку ще називають Народною конституцією: «Свобода полягає в можливості робити все, що не спричинює шкоду іншому: таким чином, здійснення природних прав кожної людини обмежене лише тими межами, які забезпечують іншим членам суспільства користування тими ж правами. Межі ці можуть бути визначені тільки законом»¹.

¹ Декларація прав людини і громадянина, прийнята Національними установчими зборами Франції 26 серпня 1789 р. Володимир Лук'янюк. Цей день в історії. URL: <https://www.jnsm.com.ua/h/0826N>

Дослідження і розвиток механізмів регулювання та захисту особистих немайнових відносин набув особливого значення в останні роки, що вельми важливо для виконання завдань оновлення ЦК; актуальності цьому питанню додають у новому тисячолітті потужний розвиток новітніх інформаційних технологій, створення роботів і розробки в галузі штучного інтелекту, дослідження в галузях біотехнології і медицини, природні і породжені діяльністю людини небезпеки і виклики, які мають і можуть мати більш суттєвий вплив на права людини.

Розділ 3

Регулювання відносин інтелектуальної власності: європейський вектор

3.1. ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ ВРЕГУЛЮВАННЯ ОХОРОНИ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У ЦИВІЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ

Прийняття 16 січня 2003 р. нового Цивільного кодексу України з Книгою 4 «Право інтелектуальної власності» та главою 75 «Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності» стало істотним етапом розвитку законодавства України з охорони прав інтелектуальної власності. Вісімнадцять років практики застосування ЦК України та спеціального законодавства виявили низку проблемних питань, що стосуються колізій між положеннями спеціальних законів та ЦК України; адаптації законодавства України до законодавства ЄС відповідно до Угоди про партнерство та співробітництво 1994 р. та Угоди про асоціацію 2014 р.; необхідності змін законодавства у зв'язку з негативною суспільною практикою застосування або ускладненістю захисту прав інтелектуальної власності.

Важливою подією стала підготовка в 2019 р. проекту Національної стратегії розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні, де в комплексі надано аналіз сучасного стану законодавства у сфері інтелектуальної власності та напрямків його вдосконалення, яка розглядалася 16 грудня 2019 р. на парламентських слуханнях

«Побудова ефективної системи охорони інтелектуальної власності в Україні»¹.

Особливістю 2019–2020 рр. також стало прийняття низки законів, спрямованих на врахування положень Угоди про асоціацію та актів ЄС з охорони прав інтелектуальної власності², які також були спрямовані на вирішення деяких проблемних питань застосування законодавства.

Слід зазначити праці українських фахівців, що досліджували питання кодифікації законодавства у сфері інтелектуальної власності в Україні, співвідношення норм ЦК України (*далі* – ЦК) та спеціальних законів, практики застосування В. Жукова, А. Горнісевича, А. Кодинця, О. Коханівської, Ю. Капіци, О. Кулініч, Н. Мироненко, О. Орлюк, І. Спасибо-Фатеевої, О. Підпригори, М. Потоцького, Р. Стефанчука, О. Тверезенко, Р. Шишки, Г. Ульянової, О. Харитоновой, С. Шимон, О. Штефан, О. Яворської, І. Якубівського та інших фахівців. Відзначимо комплексний розгляд вказаної проблематики у монографічному дослідженні колективу НДІ інтелектуальної власності НАПрН України «Теоретико-прикладні проблеми кодифікації законодавства у сфері інтелектуальної власності», 2011 р.³

Слід вказати, що ідея оновлення ЦК спричинила широку наукову дискусію, у тому числі щодо питань охорони прав інтелектуальної власності. Обговорення проблематики знайшло місце в низці

¹ Розробка проекту здійснювалася колективом фахівців з наукових установ, патентних та юридичних фірм, суддів та була ініційована Мінекономіки України, ДО «Національний офіс інтелектуальної власності» разом з Всесвітньою організацією інтелектуальної власності.

² Закони України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення охорони і захисту прав на торговельні марки і промислові зразки та боротьби з патентними зловживаннями» від 21.07.2020 № 815-IX; «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформи патентного законодавства» від 21.07.2020 № 816-IX; «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правової охорони географічних зазначень» від 20.09.2019 № 123-IX; «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення охорони прав на компонування напівпровідникових виробів» від 19.09.2019 № 111-IX.

³ Теоретико-прикладні проблеми кодифікації законодавства у сфері інтелектуальної власності : монографія / за наук. ред. д.ю.н. О. П. Орлюк ; кол. авторів: С. Ю. Бурлаков, А. В. Міндрул, Л. І. Работягова, О. О. Тверезенко, О. О. Штефан та ін. К. : НДІ ІВ НАПрНУ, Лазурит-Поліграф, 2011. 326 с.

монографічних видань, матеріалах конференцій, інших публікаціях, виданих у 2018–2021 рр.¹

Із врахуванням актуальності робіт з оновлення положень ЦК України, використання при цьому кращої європейської та міжнародної практики в цьому розділі розглядаються питання: результати кодифікації; практика застосування положень ЦК та спеціального законодавства; виклики щодо ефективної імплементації положень Угоди про асоціацію та адаптації законодавства України до законодавства ЄС, напрями вдосконалення положень Книги 4.

1. Підготовка Книги 4 «Право інтелектуальної власності» ЦК України та результати кодифікації

Внесення до проекту нового ЦК України окремої Книги 4 «Право інтелектуальної власності», а також глави Книги 5 щодо ліцензій на право користування об'єктами права інтелектуальної власності (*дали – ОІВ*) було запропоновано робочою групою з розробки ЦК у 1996 р.² Вказане було здійснено з врахуванням істотного значення творчої діяльності, використання її результатів, впливу на прогрес суспільства. Розміщення Книги 4 відразу за книгою «Речове право» підкреслювало вагомість суспільної цінності інтелектуальної власності³. Книга складалася із вступної глави «Загальні положення про інтелектуальну власність», а також трьох розділів – «Авторське право і суміжні права», «Право промислової власності» та «Право на засоби індивідуального

¹ Оновлення Цивільного кодексу України: формування підходів: колект. монографія / ред. Довгерта А. С. і Харитоновна Є. О. Одеса: Гельветика, 2020. 674 с.; Харьковская цивилистическая школа: осуществление и защита права интеллектуальной собственности / ред. И. В. Спасибо-Фатеева. Харьков : Право, 2018. 696 с.; Рекодифікація (оновлення) цивільного законодавства України: концепція, напрями, перспективи : збірник статей і тез X Міжнародного цивілістичного форуму. Київ, 2020. 210 с.; Цивільне право України: нові виклики і перспективи розвитку : матеріали XVIII міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 98-й річниці з дня народж. д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В. П. Маслова (Харків, 28 лют. 2020 р.). Харків : Право, 2020. 480 с.; Якубівський І. С. Набуття, здійснення та захист майнових прав інтелектуальної власності в Україні. Львів : Видавництво ЛНУ ім. Івана Франка, 2018. 522 с.; Тверезенко О. О. Цивільно-правовий договір як підстава набуття майнових прав інтелектуальної власності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2021. 20 с. тощо.

² Цивільний кодекс України. Проект від 25 серпня 1996 р. *Українське право*. 1996. Числ. 2 (специбус). С. 31–523.

³ Там само. С. 14.

обороту та послуг». Зміст розділів склали основні цивільно-правові норми зазначених інститутів. Новим стало наведення в проекті положень щодо суміжних прав, фірмового найменування, селекційних досягнень тощо.

Проект викликав дискусії з представниками Державного департаменту інтелектуальної власності МОН України, які, апелюючи до модельних законів щодо окремих об'єктів права інтелектуальної власності, що розроблялися Всесвітньою організацією інтелектуальної власності, притримувалися думки про доцільність врегулювання відносин у сфері інтелектуальної власності спеціальними законами. Також зазначалася необхідність внесення змін до проекту Книги 4.

З врахуванням обговорення проекту Книги 4 31 травня 2001 р. під час круглого столу «Питання інтелектуальної власності в проекті ЦК України», організованого програмою USAID, Центр комерційного права, розробниками ЦК України було запропоновано створити спільну робочу групу для удосконалення тексту кодексу. Зазначалася доцільність дворівневого законодавства у сфері інтелектуальної власності, де основні цивільно-правові положення викладені в ЦК України, а спеціальні – у спеціальних законах. У робочу групу увійшли прибічники різних концепцій бачення структури Книги 4 з НАПрН України, НАН України, розробників ЦК України, Державного департаменту інтелектуальної власності, Укрпатенту, секретаріату Комітету Верховної Ради України з питань науки і освіти; ДП «УАСП», представники інших організацій¹.

Результатом роботи стало вироблення концептуальних підходів до змісту Книги 4 та під час більш ніж 30 засідань, що тривали з червня по вересень 2001 р., підготовка уточненої редакції проекту Книги 4.

Основним принципом при цьому було відображення в ЦК найбільш суттєвих загальних цивільно-правових положень, що стосуються всіх об'єктів права інтелектуальної власності (глава 35 «Загальні положення про право інтелектуальної власності», а також окремих об'єктів (глави 36–46).

¹ Руденко Н. Питання інтелектуальної власності в проекті Цивільного кодексу України. *Вісник Центру комерційного права*. 2001. № 4. С. 4–6.

Зазначимо, що на час розробки проекту Книги 4 та глави 75 для спеціальних законів були характерними істотні відмінності як стосовно загального підходу до права інтелектуальної власності, а також щодо змісту майнових прав, об'єкту реєстрації, спеціальних цивільно-правових способів захисту, змісту договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності тощо.

Так, Закон України «Про авторське право і суміжні права» було викладено з позицій виключних майнових прав. Закони України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» та «Про охорону прав на промислові зразки» передбачали право власності як на патент, так і право власності на винахід (промисловий зразок). При цьому майнові права на винахід впливали не з права власності на винахід, а з права власності на патент.

Характерним для законів щодо об'єктів промислової власності було або відсутність наведення спеціальних способів захисту (промислові зразки), або наведення лише окремих загальних способів захисту прав (винаходи та корисні моделі) з передбаченням відшкодування лише збитків (промислові зразки) та збитків та моральної шкоди (винаходи). Для об'єктів авторського права і суміжних прав було передбачено розгорнути спеціальні способи захисту прав, зокрема: вилучення, конфіскація примірників твору або фонограми та обладнання і матеріалів, призначених для їх виготовлення і відтворення; знищення або відчуження примірників твору або фонограми, щодо яких встановлено, що вони були виготовлені або розповсюджені з порушенням виключних прав осіб, які мають авторське право і суміжні права. Також, крім відшкодування збитків та моральної шкоди, було передбачено виплату компенсації, стягнення штрафу тощо.

Істотними здобутками Книги 4 та глави 75 ЦК України стало:

- визначення, що право інтелектуальної власності становлять особисті немайнові права інтелектуальної власності та (або) майнові права інтелектуальної власності, а також покладення в основу положень щодо права інтелектуальної власності теорії виключних прав. Вказане дозволило замість різних підходів, що застосувалися в спеціальних законах (пропріетарний або виключних прав), застосувати для всіх об'єктів права інтелек-

туальної власності єдиний підхід стосовно виключних прав інтелектуальної власності.

Слід вказати, що таке рішення стало основою для реалізації зобов'язань України з імплементації міжнародних договорів у сфері інтелектуальної власності, так і наближення до актів ЄС. Так, Угода про асоціацію між Україною та ЄС передбачає безумовний обов'язок України з надання суб'єктам права інтелектуальної власності виключних прав (ст. 173, 174, 178, 188, 195 тощо). Виключні майнові права визначені ст. 6, 7, 8 Договору ВОІВ про авторське право; ст. 6, 7, 8, 9, 11, 13 Договору ВОІВ про виконання та фонограми тощо;

- визначення єдиного для всіх ОІВ змісту майнових прав інтелектуальної власності (ст. 424, 440, 452, 464 та ін.);
- усунення дисиметрії в застосуванні спеціальних способів захисту прав інтелектуальної власності між спеціальними законами з охорони об'єктів промислової власності та авторського права і суміжних прав з введенням окремої загальної для всіх ОІВ статті 432 «Захист права інтелектуальної власності судом»;
- визначення єдиного підходу щодо статусу охоронного документа, який засвідчує набуття майнових прав, а також щодо реєстрації майнових прав;
- визначення єдиних підходів щодо укладання договорів про розпорядження правами інтелектуальної власності;
- через прийняття Книги 4 та глави 75 ЦК України – визначення на рівні основного у сфері цивільних правовідносин акта – місце та значення права інтелектуальної власності у приватноправових відносинах, а також розповсюдження на відносини інтелектуальної власності інструментарію інших книг Кодексу, зокрема Книги 1 – загальні засади цивільного законодавства, правочини, Книг 1 та 3 стосовно спільних майнових прав, Книги 5 – загальні положення про зобов'язання тощо;
- поєднання через Книгу IV положень спеціальних законів з іншими книгами Кодексу тощо.

2. Практика застосування, проблеми вдосконалення законодавства

Основні проблеми, пов'язані із вдосконаленням законодавства у сфері інтелектуальної власності та практикою застосування, докладно розглядалися під час парламентських слухань та слухань у Комітеті Верховної Ради України з питань науки і освіти у 2007, 2008, 2009, 2014, 2019 рр.¹: неприведення спеціального законодавства відповідно до положень ЦК України; відсутність реалізації положень Угоди про партнерство та співробітництва між Україною та ЄС та адаптації законодавства України до законодавства ЄС; відсутність врахування практики застосування законодавства тощо.

2.1. У рекомендаціях слухань неодноразово зазначалося неприведення спеціального законодавства у відповідність до положень ЦК України, що розтягнулося на 16 років (2004–2020 рр.). Вказане призвело до колізій положень законодавчих актів та ускладнення застосування та захисту прав інтелектуальної власності. На колізії законодавства неодноразово вказували В. Жуков, А. Кодинець, О. Харитонova, І. Якубівський та інші фахівці².

Так, при реєстрації в Укрпатенті факту передачі патенту або свідоцтва на торговельну марку – ЦК України передбачає реєстрацію передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності (стосується ОІВ, права на які засвідчуються охоронним документом, ст. 1114). При цьому згідно з ЦК права передаються на підставі договору про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності (ст. 1113).

¹ Парламентські слухання «Захист прав інтелектуальної власності в Україні: проблеми законодавчого забезпечення та правозастосування», 21.03.2007; слухання у Комітеті Верховної Ради України з питань науки і освіти: «Ефективність застосування законодавства України у сфері авторського права і суміжних прав», (3.09.2008, 3.07.2009); «Промислова власність в інноваційній економіці України: ефективність застосування законодавства та державного регулювання», 5.10.2009; «Інтелектуальна власність в Україні. Стан та концептуальні засади розвитку», 15.10.2014; парламентські слухання «Побудова ефективної системи охорони інтелектуальної власності в Україні», 16.12.2019.

² Див.: Теоретико-прикладні проблеми кодифікації ..., 2011; Жуков В. Колізії в системі законодавства України з інтелектуальної власності: причини їх виникнення. *Інтелектуальна власність в Україні*. 2014. № 7. С. 4–11; Кодинець А. О. Колізії законодавчого регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. № 2, 2015. С. 5–13; Оновлення Цивільного кодексу України ..., 2020; Якубівський І. Набуття прав ..., 2018 тощо.

Водночас Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» передбачав реєстрацію «договору про передачу права власності на винахід», який набуває чинності після реєстрації.

Ст. 429 ЦК України «Права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору» передбачено, що майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівникові, який створив цей об'єкт, та юридичній або фізичній особі, де або у якій він працює, спільно, якщо інше не встановлено договором. Одночасно залишилися положення спеціальних законів, що визначають набуття майнових прав на службові ОІВ роботодавцем. Відповідно до підходу Пленуму Верховного Суду України мають застосовуватися положення ЦК України (постанова від 05.06.2010 № 5).

В умовах, коли закони України «Про авторське право і суміжні права», «Про охорону прав на сорти рослин»¹, а також Книга 4 ЦК України викладені з позицій виключних прав інтелектуальної власності, а також об'єктом державної реєстрації є майнові права на винахід, корисну модель, промисловий зразок, – протягом 16 років закони щодо об'єктів промислової власності не були приведені до положень ЦК України.

2.2. У рекомендаціях парламентських та комітетських слухань звертається увага Кабінету Міністрів України на невиконання вимог Угоди про партнерство та співробітництво між Україною та ЄС та Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» щодо адаптації законодавства України у сфері інтелектуальної власності до законодавства ЄС, що відповідно до зазначеного Закону мало бути здійснено в 2004–2007 рр.

Вказане мало наслідком відставання законодавства України від сучасної практики та стандартів врегулювання відносин інтелектуальної власності в ЄС.

Після підписання Угоди про асоціацію Кабінетом Міністрів України розпорядженням від 17.09.2014 № 847-р було визначено строки

¹ Закон було приведено у відповідність до ЦК України Законом України № 311-V від 02.11.2006.

розробки законопроекту, спрямованого на адаптацію законодавства України до права ЄС та положень Угоди про асоціацію – липень 2015. Проте наступними змінами строки неодноразово переносилися. Зазначимо, що положення Угоди про асоціацію є переважно окремими витягами з актів ЄС, що неодноразово опрацьовувалися уповноваженими органами виконавчої влади раніше з підготовкою проектів законів.

Законопроекти, спрямовані на імплементацію положень Угоди про асоціацію та актів ЄС, були внесені Кабінетом Міністрів України до Верховної Ради України лише у 2017 р. Проте ряд поданих законопроектів не було схвалено (№ 5699 від 23.01.2017, № 7538 від 01.02.2018), або не пройшло другого читання (№ 5694 від 23.01.2017, № 6023 від 03.02.2017) або у зв'язку з недоліками направлено на повторне перше читання (№ 7539 від 01.02.2018).

У 2019-2020 рр. новим складом Верховної Ради України було ухвалено зміни до спеціальних законів та ЦК України, спрямовані на врахування положень актів ЄС та Угоди про асоціацію, що стосувалися об'єктів промислової власності (закони № 123-IX від 20.09.2019, № 111-IX від 19.09.2019, № 815-IX, № 816-IX від 21.07.2020). Також у 2021 р. внесено нову редакція Закону України «Про авторське право і суміжні права» та чотири альтернативні законопроекти, у тому числі Кабінетом Міністрів України¹.

2.3. Негативна суспільна практика застосування законодавства, зокрема стосовно патентного тролінгу з використанням корисних моделей та промислових зразків, недоліки врегулювання діяльності організацій колективного управління² не призвело до 2017 р. до підготовки та внесення до Верховної Ради України органами виконавчої влади законопроектів, що врегульовують вказані питання. Ускладнився розгляд справ щодо захисту прав інтелектуальної власності у зв'язку з необхідністю ведення процесу з визнання недійсними

¹ Проекти законів № 5552 від 24.05.2021, № 5552-1, № 5552-2, № 5552-3, внесені депутатами, № 5552-4, внесений Кабінетом Міністрів України від 09.06.2021.

² Необхідність вирішення чого відзначалася ще в 2007 р. у Рекомендаціях парламентських слухань «Захист прав інтелектуальної власності в Україні: проблеми законодавчого забезпечення та правозастосування».

охоронних документів, а також рішень з їх видачі в судах різних юрисдикцій¹. Призупинилася організація діяльності Вищого суду з питань інтелектуальної власності, що був створений 29.09.2017 р. Не були реалізовані рекомендації парламентських та комітетських слухань, які наголошували на необхідності розробки проектів законів про охорону прав на комерційну таємницю, раціоналізаторські пропозиції; зміст баз даних, породи тварин тощо.

Зазначене призвело до оцінок 2004–2016 рр. як періоду стагнації в розвитку сфери охорони прав інтелектуальної власності та неспроможності уповноважених органів оперативно здійснювати діяльність як з усунення недоліків законодавства, так і системного оновлення законодавства відповідно до стандартів ЄС.

3. Відповідність положень ЦК України та спеціальних законів

Істотною проблемою є недотримання при розробці змін до спеціальних законів положень ст. 4 «Акти цивільного законодавства України» ЦК стосовно зобов'язань суб'єкта права законодавчої ініціативи при поданні до Верховної Ради України проекту закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж ЦК, одночасно подати проект закону про внесення змін до кодексу.

Тим самим закладаються колізії законодавства та обумовлюється, що в одних випадках будуть діяти норми ЦК України, якщо вони були прийняті пізніше², в інших – прийняті пізніше норми спеціальних законів. Також при розробці змін до спеціальних законів автори змішують підходи щодо виключних прав, прав власності, використовують термінологію, відсутню в кодексі.

Так, 21.06.2020 Законом України № 815-ІХ, № 816-ІХ були прийняті розроблені Мінекономіки України зміни до законів про винаходи

¹ Ще у 2007 у Рекомендаціях парламентських слухань «Захист прав інтелектуальної власності в Україні: проблеми законодавчого забезпечення та правозастосування» 21 березня 2007 р. зазначалась низка ініціатив з вирішення зазначеного питання, проте які не були реалізовані (п. 3). Вказана проблема через 12 років була наголошена на парламентських слуханнях «Побудова ефективної системи охорони інтелектуальної власності в Україні» 16.12.2019 представником Верховного Суду України. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/850636/>

² Як це було визначено практикою Пленуму Верховного Суду України стосовно ст. 429 ЦК України, постанова від 05.06.2010 № 5.

і корисні моделі і промислові зразки. Позитивом є намагання розробників привести положення законів у відповідність до ЦК. Зокрема, це стосується заміни «власника» патенту на «володільця» патенту. Визначення, що патент засвідчує не право власності на винахід (корисну модель), а пріоритет, авторство і права на винахід (корисну модель) (ст. 1). Визначення, що майнові права впливають не з патенту, а з державної реєстрації (ст. 28).

Водночас замість реєстрації патенту на винахід (ст. 22) введено реєстрацію винаходу, а не майнових прав на винахід, як це визначається ЦК України (ст. 462). Зазначимо, що саме майнові права є об'єктом цивільного обігу, а не винахід як такий, який як і інші ОІВ є нематеріальними об'єктами. Також редагування Закону було здійснено не до кінця. Якщо в частині другій ст. 28 тепер мова йде, що «володільць патенту має право використовувати винахід (корисну модель) на свій розсуд...», то в частині 5 зазначається, що «патент надає його володільцю виключне майнове право перешкоджати використанню винаходу». У той же час таке право надається не патентом, а внаслідок реєстрації майнових прав (ст. 465 ЦК України) або у версії Закону № 816-IX таке право впливає з державної реєстрації винаходу (ст. 28) та патент лише засвідчує набуття права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок (ст. 462 ЦК України).

Якщо у частині шостій ст. 28 передача на підставі договору права власності на винахід було замінено на передачу виключних майнових прав інтелектуальної власності, то зміни не торкнулися частини восьмої статті, де мова йде про «договір про передачу права власності на винахід» тощо.

Стосовно Закону № 815-IX – розробниками були застосовані близькі підходи, що й у Законі щодо винаходів. Дивним є, що в змінах до ЦК та Закону України «Про охорону прав промислові зразки» розробник застосовує одночасно два підходи – виключних прав та пропріетарний. Так, частину 1 ст. 462 було викладено: «1. *Право інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок підлягає державній реєстрації, якщо інше не встановлено законом або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною*

Радою України. Набуття права інтелектуальної власності на винахід і корисну модель засвідчується патентом, на промисловий зразок – свідоцтвом». Одночасно зміни до Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» передбачають *реєстрацію промислових зразків*, визначають «власника промислового зразка» як «власника *прав інтелектуальної власності на зареєстрований промисловий зразок та/або незареєстрований промисловий зразок*» (ст. 1, ст. 20). В аналогічних випадках у Законі № 816-IX власник патенту було замінено на володілець патенту, а не на власник винаходу.

Також у Законі України «Про внесення змін до деяких законів України щодо створення національного органу інтелектуальної власності» від 16.06.2020 № 703-IX у змінах Закону України «Про авторське право і суміжні права» передбачено компетенцію НОІВ з державної реєстрації авторського права, а не безпосередньо твору або фонограми (зміни до ст. 11). Водночас у законах про винаходи (корисні моделі), промислові зразки передбачено реєстрацію не майнового права, як це визначено ст. 465 ЦК України, а винаходу (корисної моделі), промислового зразка.

Ряд невідповідностей положень нових редакцій Закону України «Про авторське право і суміжні права» та ЦК України закладаються внесеними в 2021 р. законопроектами 5552, 5552-1, 5552-3, 5552-4. При цьому не враховані деякі з положень Концепції оновлення Цивільного кодексу України, підготовленої Робочою групою¹. Відповідно до Концепції, мали бути узгоджені положення ст. 430 та ст. 1112 ЦК України стосовно прав на об'єкт права інтелектуальної власності, створений за замовленням. Згідно із законопроектом 5552-4, поданим Кабінетом Міністрів України, – майнові права на твір, створений за замовленням, належать замовникові (ст. 15). Одночасно за ст. 1112 ЦК – майнові права залишилися в автора. Згідно із законопроектом 5552-1 майнові права на твір належать замовнику (ст. 15) та одночасно залишилися за ст. 430 ЦК, що майнові права належать

¹ Концепції оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с. Концепцію підготовлено Робочою групою, утвореною постановою Кабінету Міністрів України від 17.07.2019 № 650.

спільно творцеві об'єкта та замовникові та за ст. 1112 майнові права належать автору. Також у цьому законопроекті передбачається, що майнові права на службовий твір належать роботодавцю (ст. 14) та одночасно залишилися згідно зі ст. 429 ЦК України, що майнові права на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівникові та особі, де або у якої він працює, спільно.

Як ми бачимо, існуючий рівень законотворення обумовлює появу постійних колізій законодавчих актів. Вказана проблема не вирішується зазначенням невідповідностей актів законодавства в наукових публікаціях чи Рекомендаціях парламентських та комітетських слухань. Одним з напрямків її вирішення, на наш погляд, є врахування досвіду прийняття Податкового кодексу та Бюджетного кодексу України, приписи яких визначають, що зміни до кодексів можуть вноситися виключно законами про внесення змін до зазначених кодексів. Тим самим виключається можливість внесення змін до кодексів прикінцевими положеннями спеціальних законів та передбачається, що головним комітетом, що розглядає зміни до кодексів, має бути саме профільні Комітет з питань бюджету та Комітет з питань фінансів, податкової та митної політики, що має забезпечити професійний високий рівень розгляду законопроектів.

Напроти, при підготовці змін до спеціальних законів у сфері інтелектуальної власності, у порушення вимог ст. 4 ЦК, зміни до ЦК вносяться прикінцевими положенням законопроектів з визначенням головного комітету щодо вказаних змін – не Комітету з питань правової політики, а відповідного комітету, у компетенцію якого входять питання охорони прав інтелектуальної власності. Внесення змін до ЦК через подання окремого закону та визначення головним комітетом стосовно таких законів Комітету з питань правової політики могло б забезпечити, на наш погляд, більш високий рівень опрацювання законопроекту, у тому числі стосовно відповідності законопроектів положенням спеціальних законів.

Також слід вказати, що питання колізій положень ЦК та спеціальних законів, у тому числі в інших, ніж інтелектуальна власність, сферах, могло б бути вирішено при прийнятті положення, аналогічного наведеному у частині другій ст. 4 Бюджетного кодексу України: «якщо

іншим нормативно-правовим актом бюджетні відносини визначаються інакше, ніж у цьому Кодексі, застосовуються відповідні норми цього Кодексу».

4. Виклики щодо ефективної імплементації положень Угоди про асоціацію та адаптації законодавства України до законодавства ЄС

Наближення законодавства України з охорони інтелектуальної власності до законодавства ЄС є стратегічним пріоритетом розвитку національного законодавства, зобов'язання чого були взяті Україною ще з підписанням Угоди про партнерство та співробітництво 1994 р. та підтверджені підписанням Угоди про асоціацію в 2014 р. Наближення законодавства безпосередньо стосується змін як ЦК України, так і спеціального законодавства.

Реалізація цього процесу може йти двома шляхами:

(1) Введення до законодавства України окремих положень з охорони прав інтелектуальної власності, наведених в Угоді про асоціації та актах ЄС.

Здійснення цієї роботи несистемно, стосовно не всіх, а певних директив та регламентів ЄС у строки, як свідчить вітчизняна практика, на 4–15 років пізніше після їх ухвалення ЄС. Неврахування при розробці законодавства рішень Суду ЄС з інтерпретації положень актів ЄС, а також практики імплементації актів ЄС державами-членами ЄС в частині, що віднесена директивами та регламентами ЄС до компетенції держав-членів ЄС.

Відсутність врахування рішень Суду ЄС при розгляді національними судами справ щодо порушення прав інтелектуальної власності, що стосується застосування імплементованих у законодавство України положень актів ЄС.

Слід також зазначити, що глава 9 «Інтелектуальна власність» розділу IV «Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею» Угоди про асоціацію містить лише окремі положення актів ЄС у сфері інтелектуальної власності та в ряді випадків не включає важливих для врегулювання відповідного інституту права ЄС положень зазначених актів.

Також слід вказати, що для деяких напрямків Угоди про асоціацію механізм наближення законодавства досить детально визначений

Угодою¹. Проте такі механізми не визначено для глави 9 «Інтелектуальна власність».

Вказане може призвести до зниження рівня охорони прав інтелектуальної власності в Україні після здійснення робіт з адаптації з врахуванням, що істотна частина директив та регламентів ЄС містять загальні положення, які уточнюються практикою Суду ЄС. Таким чином, неврахування такої практики може призвести до багаторічних пошуків в Україні відповідей на питання, як застосовувати імплементовані положення Угоди про асоціацію та актів ЄС з виробленням національними судами практики, що може бути відмінною від практики Суду ЄС.

(2) Другий варіант – запровадження сталого підходу до наближення законодавства України до законодавства ЄС.

Саме на такий підхід націлює Угода про асоціацію, відзначаючи цілі – «досягнення економічної інтеграції, *inter alia*, за допомогою створення поглибленої і всеохоплюючої зони вільної торгівлі ... за допомогою широкої регуляторної адаптації», яка «буде сприяти подальшій економічній інтеграції до внутрішнього ринку ЄС...» (ст. 1).

Зрозуміло, що не є можливим існування зони вільної торгівлі між Україною та ЄС з різним законодавством сторін, різною судовою практикою та непередбаченістю через скільки років після прийняття директиви або регламенту ЄС буде підготовлено проект змін до законів

¹ Так, стосовно законодавства в секторах: фінансові послуги, телекомунікаційні послуги, поштові та кур'єрські послуги, послуги з міжнародних морських перевезень, додаток XVII до Угоди визначає загальні вимоги з наближення законодавства в цих секторах. Вказується, що регламент (або рішення ЄС) має «стати, як такий, частиною національного законодавства України; відносно директиви – за компетентними органами України залишається право вибору форми та способу його імплементації» (ст. 2(2) додатку XVII).

До набуття повного режиму внутрішнього ринку в конкретному секторі Сторона ЄС інформуватиме Україну та Комітет з питань торгівлі на постійній основі у письмовій формі про всі нові законодавчі акти або зміни до законодавства ЄС у конкретному секторі. Торговельний комітет протягом 3 місяців має додати нові або доповнені акти ЄС до додатків до Угоди, визначити орієнтовний період їх імплементації із зобов'язаннями України транспонувати законодавство до своєї національної правової системи відповідно до статті 2 (2). Імплементація актів ЄС є предметом постійної оцінки та моніторингу відповідно до Доповнення XVII-6 (ст. 4).

Важливими є положення ст. 6 «Тлумачення», що визначає, що положення Додатку XVII та Доповнень до Додатку «при їхній імплементації та застосуванні повинні тлумачитися згідно з відповідними рішеннями Суду Європейського Союзу» (ст. 6).

України, його буде ухвалено Парламентом та застосовано в рамках зони вільної торгівлі.

Реалізація такого підходу може включати:

(а) Визначення Радою асоціації, аналогічно до інших напрямків Угоди, механізму наближення законодавства України до законодавства ЄС у сфері інтелектуальної власності із зазначенням:

- зобов'язань України з наближення законодавства, у тому числі до майбутніх актів ЄС;
- переліку актів ЄС і термінів їхнього упровадження. Зокрема, слід взяти до уваги, що строк імплементації положень директив у законодавство держав-членів становить близько 2 років (в окремих випадках, строк може бути більшим або меншим);
- зобов'язань ЄС з інформування про зміни чинних та нові акти ЄС;
- особливостей відображення в законодавстві України директив та регламентів ЄС; механізму оцінки імплементації актів ЄС;
- використання для імплементації та застосування відображених у законодавстві України положень актів ЄС, рішень Суду ЄС із тлумачення положень актів ЄС;

(б) Внесення змін до Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства ЄС» та інші акти законодавства щодо реалізації згаданих положень. Зокрема, мають бути внесені зміни до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» стосовно визначення повноваження Верховного Суду надавати роз'яснення з питань застосування імплементованих до законів України положень актів ЄС з урахуванням рішень Суду ЄС щодо інтерпретації їхніх положень, а також визначити порядок звернення інших судів до Верховної Суду з цього питання.

Слід вказати, що Угодою про асоціацію для певних напрямків Угоди передбачено безумовне зобов'язання України, що акти ЄС «при їхній імплементації та застосуванні повинні тлумачитися згідно з відповідними рішеннями Суду Європейського Союзу»¹. Таким чином нагальним є підготовка Мінекономіки України, Мінюстом України та іншими

¹ Положення Додатку XVII до Угоди та ст. 6 Доповнень до Додатку.

державними органами змін до законодавства, які реалізують вказане положення Угоди.

Доцільним також в рамках окремої угоди з ЄС (ст. 479 Угоди про асоціацію) визначити механізм подання запиту Верховного Суду безпосередньо до Суду ЄС з питань тлумачення положень актів ЄС та співробітництва Верховного Суду з Судом ЄС, беручи до уваги практику реалізації ст. 106, 107 Угоди про Європейську економічну зону¹.

Допомогою Україні із зазначених питань може слугувати досвід наближення законодавства держав-членів Європейської асоціації вільної торгівлі (ЕФТА) та Європейської економічної зони:

- з передбаченням компетенції Суду ЕФТА здійснювати інтерпретацію імплементованого законодавства ЄС із врахуванням рішень Суду ЄС з тлумачення актів ЄС²;
- запровадження системи обміну інформацією між Судом ЕФТА, Судом ЄС³;

(в) При розробці проектів законів з імплементації положень Угоди про асоціацію та актів ЄС запровадження обов'язкового тесту (перевірки), які додаткові положення мають бути включені до проекту акта, виходячи з інтерпретації положень акта в рішеннях Суду ЄС.

Також вирішення окремих питань охорони прав інтелектуальної власності в директивах, регламентах ЄС може передаватися до компетенції держав-членів. Актуальним у зв'язку з цим є врахування кращого досвіду держав-членів ЄС з імплементації актів ЄС;

(г) З урахуванням неоднозначності питань, щодо яких осіб мають пряму дію положення міжнародних договорів, які ратифіковані Верховною Радою України, у тому числі Угоди про асоціацію, доцільним є внесення змін до Закону України «Про міжнародні договори України»

¹ Ст. 107 Угоди про Європейську економічну зону передбачає можливість держав-членів ЕФТА передбачити, що суд або трибунал може звертатися із запитами до Суду Справедливості щодо інтерпретації законодавства, що стосується Європейської економічної зони.

² Ст. 3, Agreement on the establishment of a Surveillance authority and a Court of Justice; статті 6, 102, 105–108 Угоди про Європейську економічну зону.

³ Ст. 106 Угоди про Європейську економічну зону.

з визначенням підходів, які, зокрема, враховують досвід ЄС та правових позицій Верховного Суду¹.

Зокрема, міжнародні договори, укладені ЄС, можуть мати пряму дію, якщо положення договорів стосовно суб'єктів «містять ясне та точне зобов'язання, що не потребує в плані його імплементації або наслідків застосування прийняття будь-якого більш пізнього заходу»².

Переважна частина положень підрозділу «Інтелектуальна власність» глави 9 розділу IV «Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею» Угоди про асоціацію передбачає зобов'язання, що відносяться до Сторін-підписантів Угоди, проте не напряму до суб'єктів права інтелектуальної власності, з визначенням, що сторони «надають» виконавцям, організаціям мовлення, авторам, іншим суб'єктам певні права; «можуть встановлювати» обмеження прав; «повинні передбачити»; «передбачають»; «у разі потреби вони (сторони) можуть адаптувати своє патентне законодавство з урахуванням положень ... Угоди; «можуть визнавати»; «сторони забезпечують» (стосовно винаходів у галузі біотехнологій)» (ст. 169, 171, 172, 175, 177, 221, 231, 234 тощо).

Разом з тим є статті Угоди, де формулювання передбачає пряму дію відносно суб'єктів права інтелектуальної власності та зобов'язання викладені ясно і точно. Вказане, з нашої точки зору, стосується: прав, пов'язаних з торговельною маркою (ст. 195), використання торговельних марок (ст. 197), строків охорони (ст. 162, 200, 227), гарантій сторін щодо можливості судів встановити збитки як паушальну суму на базі таких елементів як принаймні сума роялті, які б були сплачені, якби порушник звернувся із заявою про надання дозволу на використання оспорюваного права інтелектуальної власності (ст. 240) тощо.

5. Узгодження положень Книги 4 та глави 75 ЦК України між собою та іншими положенням Кодексу. Вдосконалення окремих положень

5.1. Детальний аналіз відповідності положень Книги 4 та інших положень кодексу наведено в монографії Теоретико-прикладні

¹ Вказане, зокрема, стосується застосування положень ст. 198 Угоди про асоціацію «Підстави для анулювання» (торговельних марок), постанова Верховного Суду від 17.07.2018, справа № 910/14972/17.

² C-12/86 Demirel v. Stadt Schwabisch Gmmd (1989) E.C.R., 3719; (1989) 1 c.M.L.R. 421 at para. 14.

проблеми кодифікації законодавства у сфері інтелектуальної власності, 2011 р. Також вдосконаленню положень Глави 4 ЦК України присвячено ряд публікацій А. Кодинця, О. Коханівської, Ю. Капіци, Н. Мироненко, О. Орлюк, І. Спасибо-Фатеевої, О. Тверезенко, О. Харитонові, О. Штефан, О. Яворської, І. Якубівського та інших фахівців.

Пропозиції щодо узгодження положень ЦК між собою, а також виправлення окремих посилок наведено у Концепції оновлення ЦК 2021 року. Зазначимо окремі з них. Вказане стосується усунення термінологічних розбіжностей та узгодження положень одних статей кодексу з іншими: зокрема визначення способів використання твору стосовно опублікування (випуску у світ твору) (ч. 1 ст. 441, ч. 1 ст. 442); узгодження ч. 2 ст. 430 та ч. 3 ст. 1112 ЦК України стосовно майнових прав інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням; узгодження термінології щодо організацій мовлення (ч. 3 ст. 451, ст. 455, ч. 3 ст. 456) тощо.

Потребують виправлення окремі текстові помилки, як узгодження ч. 2 та ч. 3 ст. 1122 ЦК України «Особливі умови договору комерційної концесії» стосовно нікчемності умов договору; узгодження ч. 4 і ч. 6 ст. 488 ЦК України щодо строків чинності майнових прав інтелектуальної власності на сорти рослин та породи тварин тощо. Відзначимо, що дискусію – чи є ліцензія одностороннім чи двостороннім правочином (ст. 1107 ЦК України)¹ вирішено при розробці нової редакції Закону України «Про авторське право і суміжні права», за яким ст. 1107 ЦК України перейменовано на «Види правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності». Також передбачено, що «предметом договору про передання (відчуження) виключних майнових прав на об'єкти авторського права і (або) суміжних прав не можуть бути права, яких не існувало на момент укладання договору» (ст. 51)².

¹ Щодо визначення ліцензії як одностороннього правочину – див. Якубівський І. С. Набуття, здійснення та захист майнових прав інтелектуальної власності. Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2018. С. 249–260.

² Проект Закону України «Про авторське право і суміжні права», оприлюднений Міністерством економіки України 10.03.2020, внесений до Верховної Ради України від 09.06.2021 № 5552-4. Також аналогічні норми відображені у ряді інших законопроектів, внесених у 2021 р. (див. вище).

5.2. Під час дискусії щодо вдосконалення ЦК України було висловлено значну кількість корисних пропозицій з уточнення положень ЦК. Вказане, зокрема, стосується пропозиції І. Якубівського щодо формулювання норм ст. 432 «Захист права інтелектуальної власності судом» як норм прямої дії¹. При цьому, на наш погляд, у ст. 432 мають бути визначені саме спеціальні способи захисту прав без повторення положень ст. 16 ЦК щодо захисту прав та інтересів судом. Доцільним є підтримати пропозицію О. Харитонової щодо визначення дієздатності малолітніх та неповнолітніх осіб у сфері права інтелектуальної власності².

Стосовно пропозиції додати в главі 75 ЦК окрему статтю «Публічна ліцензія на використання твору»³, зазначимо, що положення щодо врегулювання цього питання передбачені ст. 53 законопроекту № 5552-1 (надання публічної ліцензії); ст. 53 законопроекту № 5552-2 (укладання публічного ліцензійного договору) та рядом інших законопроектів 2021 р. через доповнення Закону України «Про авторське право і суміжні права».

При виборі моделі надання публічної ліцензії, із врахуванням положень частини третьої ст. 202 ЦК⁴, істотним є передбачення, що особа, яка використовує об'єкт авторського права чи об'єкт суміжного права на основі публічної ліцензії, зобов'язана дотримуватися визначених суб'єктом авторського права чи суб'єктом суміжного права умов, на яких її було видано. Також, на наш погляд, міжнародній практиці відповідало б визначення в Законі положень саме про публічну ліцензію, а не публічний ліцензійний договір із врахуванням широкого застосування ліцензій відкритого доступу – *Creative Commons* тощо.

Наголосу набула пропозиція виключити з Книги 4 та глави 73 ЦК положення щодо виключних прав інтелектуальної

¹ Оновлення Цивільного кодексу України ..., 2020. С. 386–387.

² Там же. С. 334–335.

³ Оновлення Цивільного кодексу України ..., 2020. С. 360.

⁴ Односторонній правочин може створювати обов'язки лише для особи, яка його вчинила. Односторонній правочин може створювати обов'язки для інших осіб лише у випадках, встановлених законом, або за домовленістю з цими особами (частина друга ст. 202 ЦК).

власності¹. Вказані пропозиції не були підтримані в заключеннях на законопроект № 2659 від 20.12.2019 НАН України та НДІ інтелектуальної власності НАПрН України². Вказувалося, що замість визначення переліку майнових прав законопроектом пропонується зазначити загальне для всіх статей положення, що майновими правами інтелектуальної власності на певний об'єкт є права його використання способами, які передбачені законом або впливають зі змісту закону чи характеру такого об'єкта права інтелектуальної власності.

При цьому в законопроекті не зазначається, про які «права його використання» йде мова. Зміст таких прав також не розкривається в галузевих законах з охорони інтелектуальної власності, на які здійснюється посилання у вказаних змінах. Також не є доктринально прийнятні положення законопроекту щодо існування багатьох прав використання. Прийнятим у національному законодавстві та доктрині є існування «права використання» певного об'єкту права інтелектуальної власності різними способами.

У проекті Закону пропонувалося виключити з ЦК поняття «виключних майнових прав», що суперечить як низці міжнародних договорів, ратифікованих Україною, так і положенням Угоди про асоціацію між Україною та ЄС (дивись, наприклад, ст. 6, 7, 8 Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право; ст. 6, 7, 8, 9, 11, 13 Договору ВОІВ про виконання та фонограми, частина друга ст. 171 Угоди про асоціацію тощо), а також практиці охорони прав інтелектуальної власності в ЄС (дивись, наприклад, розділ «Виключне право на використання» стосовно винаходів Кодексу інтелектуальної власності Франції).

Угода про асоціацію між Україною та ЄС передбачає безумовний обов'язок України з надання суб'єктам права інтелектуальної власності виключних прав (ст. 173, 174, 178, 188, 195 тощо). Таким чином законо-

¹ Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо набуття, здійснення та захисту прав інтелектуальної власності» № 2659 від 20.12.2019.

² Лист НАН України до Комітету Верховної Ради України з питань економічного розвитку, Комітету Верховної Ради України з питань освіти, науки та інновацій від 29.01.20 № 58/128-3; лист НДІ інтелектуальної власності до НАПрН України від 28.01.2020 № 18.

проект, виключаючи можливість мати виключні майнові права інтелектуальної власності, визначені в ЦК України, не пропонує положень, що відповідали б міжнародним договорам, укладеним Україною, та положенням Угоди про асоціацію, що є, на наш погляд, істотним недоліком законопроекту.

Загалом слід зазначити, що визначення майнових прав інтелектуальної власності є ключовим положенням законодавства у сфері інтелектуальної власності. Пропозиції законопроекту із заміни існуючих положень у ЦК України на відсилочну норму до галузевого законодавства без визначення, що включають «права використання» на рівні галузевого законодавства, є істотним послабленням правового режиму охорони прав інтелектуальної власності, що призведе до декодифікації, наявності різних неузгоджених між собою норм галузевих законів.

Ряд пропозицій із вдосконалення Книги 4 стосуються уточнення положень ст. 418 ЦК «Поняття права інтелектуальної власності». Так, А. Кодинцем, Л. Радченко пропонується окремо зазначити, що «Право інтелектуальної власності – це право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності. Об'єкти права інтелектуальної власності, визначені цим Кодексом та іншим Законом»¹. О. Харитоновою вказується, що у ст. 418 доцільно визначити поняття та зміст права інтелектуальної власності². Зазначається, що поняття права інтелектуальної власності, наведене у ст. 418, не характеризується як виключне право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності³.

У зв'язку із згаданими та іншими пропозиціями до ст. 418 відзначимо докладний аналіз позицій стосовно права інтелектуальної

¹ Кодинець А., Радченко Л. Рекодифікація цивільного законодавства у сфері інтелектуальної власності: напрями, проблеми, перспективи. *Рекодифікація (оновлення) цивільного законодавства України: концепція, напрями, перспективи* : збірник статей і тез. X Міжнародного цивілістичного форуму. Київ, 2020. С. 137.

² Оновлення Цивільного кодексу України ..., 2020. С. 321.

³ Харитоново О. І. Права інтелектуальної власності в галузі іт у контексті оновлення цивільного законодавства України. *Інформаційні технології в умовах оновлення цивільного законодавства* : матер. Всеукр. кругл. столу (м. Одеса, 13 черв. 2020 р.). Одеса : Фенікс, 2020. С. 11.

власності, інтелектуальних прав та виключних прав, здійснений І. Спасибо-Фатеевою¹. Автор показує, що будь-який підхід містить суперечності, не містить спільної основи, однакової для всіх ОІВ; зазначає, що не вдається знайти тих об'єднуючих начал, які могли б бути покладені в основу правового регулювання. Відповідаючи на питання: що ж ріднить права, пов'язані з ОІВ, автор вказує, що об'єкти, наведені у ЦК, – це завжди нематеріальне благо².

У 2001–2002 рр. для Робочої групи з підготовки Книги 4 було зрозуміло обмеженість тих чи інших підходів до визначення понять «право інтелектуальної власності», «інтелектуальні права», «виключні права», «результати інтелектуальної діяльності» та відсутність оптимального варіанту, який би містив спільну основу для всіх ОІВ, зазначених у кодексі. Підхід щодо «інтелектуальної власності», відображений у ЦК, наслідував підхід до визначення інтелектуальної власності в Конвенції про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності, учасником якої є Україна, за якою «інтелектуальна власність» включає права, що відносяться до об'єктів, вказаних у ст. 2 Конвенції (аналогічні об'єкти наведено у ст. 420 ЦК). Зазначимо широке вживання поняття «права інтелектуальної власності» в ЄС³. Водночас зрозуміло, що навіть у Конвенції поняття «інтелектуальна власність» застосовується як умовний термін, та не всі наведені у Конвенції об'єкти є результатом інтелектуальної діяльності. Так само не всі об'єкти, наведені в Конвенції та ст. 420 ЦК, є результатом творчої діяльності, а також не для всіх згаданих об'єктів можливо говорити про наявність виключних прав.

¹ Харьковская цивилистическая школа..., 2018. С. 37–67.

² Там же. С. 47, 49, 55.

³ Відповідно до Заяви Європейської комісії щодо ст. 2 Директиви 2004/48/ЄС про забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності (2005/295/ЄС) дія директиви розповсюджується на такі права інтелектуальної власності: авторське право; суміжні права; право *sui generis right* виробника бази даних; право творця топографій напівпровідникових виробів; право на торговельні марки; право на промислові зразки; патентні права, включаючи права, що виходять із сертифікатів додаткової охорони; географічні зазначення; права на корисні моделі; права на сорти рослин; права на фірмові найменування настільки, наскільки вони охороняються як виключні права власності національним законодавством.

З урахуванням наведеного в пропозиціях щодо зміни існуючої редакції ст. 418 – звертається увага на одні суперечності, проте їх врахування призведе до інших суперечностей.

При розгляді цього питання важливим є встановити: існуючі положення ст. 418, чи призводять вони до судових суперечок, чи ускладнюють вони захист прав інтелектуальної власності, чи ні. Також зазначимо позицію Європейської комісії стосовно гармонізації поняття «право власності» відносно результатів творчості. Різні концепції щодо права власності на національному рівні (згідно з Доповіддю Європейської комісії щодо перегляду правового регулювання в ЄС у сфері авторського права і суміжних прав¹) не обумовлюють потребу в гармонізації, оскільки фактичне визнання права власності на практиці дуже часто відбувається в однаковий спосіб в усіх державах-членах.

Відзначимо також, що в Регламентах ЄС № 6/2002 про промислові зразки Спільноти та № 2017/1001 про торговельну марку Європейського Союзу одночасно вживається положення щодо виключного права на використання та заборону використання третім особам зареєстрованих промислових зразків (торговельних марок). Поряд з цим наводиться: промислові зразки (торговельні марки) Спільноти як об'єкти права власності. При цьому як у доповідях та дослідженнях Європейської комісії, що готуються провідними фахівцями з питань інтелектуальної власності наукових установ та університетів держав-членів, питанням термінології та концептуальних підходів, як правило, не приділяється увага з орієнтації на чинники ефективного або ні застосування відповідних інститутів.

Незважаючи на зазначене, безумовно, слід намагатися в межах національної правової системи відображати в законодавчих актах єдиний підхід, на важливість чого вказується в цьому розділі.

5.3. Змістовні уточнення Книги 4 та інших книг Кодексу мають бути внесені, на наш погляд, стосовно виплати разового грошового стягнення, охорони прав на комерційну таємницю та ноу-хау,

¹ Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights. Brussels. 19.07.2004. SEC (2004) 995.

найменування юридичної особи та фірмового найменування, вдосконалення охорони прав на корисну модель.

(а) **Виплата компенсації.** Актуальним є внесення змін та доповнень у ст. 432 ЦК України відповідно до ст. 239, 240 Угоди про асоціацію та директиви 2004/48/ЄС стосовно:

- виплати особою потерпілій стороні грошової компенсації замість вилучення з цивільного обороту товарів, виготовлення або продаж яких здійснювалося з порушенням прав інтелектуальної власності, матеріалів та знарядь, які використовувалися для їх виготовлення, якщо зазначена особа діяла ненавмисно і без недбалості, якщо здійснення згаданих вище заходів завдало б їй неспівмірної шкоди і якщо грошова компенсація потерпілій стороні виявляється обґрунтовано задовільною (ст. 239 Угоди про асоціацію);
- доповнення підпункту 5 частини другої ст. 432 щодо застосування разового грошового стягнення на базі таких елементів як принаймні сума роялті, яка була б сплачена, якби порушник звернувся із заявою про надання дозволу на використання оспорюваного права інтелектуальної власності, якщо законом не визначено сплати сум роялті в збільшеному розмірі.

Потреба у вдосконаленні врегулювання виплати компенсації при порушенні прав інтелектуальної власності набуло в останні роки істотного виміру. До 2018 р. ст. 51 Закону України «Про авторське право і суміжні права» передбачала можливість суду постановити рішення про виплату компенсації, що визначається судом, у розмірі від 10 до 5000 мінімальних заробітних плат замість відшкодування збитків або стягнення доходу.

Вказані ставки, із врахуванням щорічного збільшення розміру мінімальних заробітних плат, призвели до визначення нижньої межі компенсації, яка істотно в ряді випадків перевищувала як *можливі збитки суб'єкта права, так і розмір доходу*, отриманий внаслідок порушення. Так, у 2019 р. мінімальна заробітна плата складала 4173 грн та виплата компенсації у розмірі від 10 до 50 000 мін за неправомірне, наприклад, використання запису однієї пісні баром чи кафе становило: 41 730 грн. – 209 млн грн, або в перерахунку на дол. 1670 дол. – 8,5 млн дол.

Такі суми компенсації у сфері авторського права і суміжних прав відсутні в державах-членах ЄС і в США. У США згідно з розділом 504 (с)(1) Закону про авторське право компенсація складає від 750 до 30 000 дол. та може виплачуватися замість збитків або отриманих доходів при порушенні прав¹.

У 2018 р. зміни Закону України «Про авторське право і суміжні права» з метою імплементації положень Угоди про асоціацію призвели до скасування мінімального та максимального розміру компенсації. Компенсацію було визначено як паушальна сума на базі таких елементів, як подвоєна, а в разі умисного порушення – потроєна сума винагороди, яка б була сплачена, як би порушник звернувся за отриманням дозволу на використання авторського права (ст. 52)². Такий підхід відповідає практиці держав-членів ЄС³.

Вказаний підхід зустрівся з неготовністю до використання нових положень та відсутністю наробленої практики з укладання ліцензійних договорів та визначення ставок роялті та намаганням, всупереч положенням Угоди про асоціацію, положенням директиви 2004/48/ЄС, відновити граничні ставки компенсації або запровадити одночасну дію як визначенням компенсації на підставі розміру роялті, так і застосування граничних ставок компенсації⁴.

У зв'язку з наведеним, на наш погляд, актуальним є:

- імплементація положень ст. 240 Угоди про асоціацію та директиви 2004/48/ЄС стосовно виплати компенсації на підставі ставок

¹ За розділом 504 (с)(2) Закону в разі, коли власник авторського права несе тягар доведення, і суд визнає, що порушення було вчинене умисно, суд на свій розсуд може збільшити розмір відшкодування законної шкоди до суми не більше 150 000 доларів США. У випадку, коли порушник несе тягар доведення, а суд встановлює, що такий порушник не знав і не мав підстав вважати, що його чи її дії є порушенням авторського права, суд на власний розсуд може зменшити розмір відшкодування законодавства на суму не менше 200 доларів США.

² Зміни введені Законом України № 2415-VIII від 15.05.2018.

³ Damages in intellectual property rights. European observatory on counterfeiting and piracy, 2009. 139 p.

⁴ Стара модель виплати компенсації пропонується законопроектом № 5552-3 від 09.06.2021 «Про авторське право і суміжні права». У законопроекті 5552-4 від 09.06.2021, внесеному Кабінетом Міністрів України, крім підходу, що базується на ставках роялті, визначена можливість стягнення компенсації у розмірі від 2 до 2000 прожиткових мінімумів для працездатних осіб. Вказане становило на 01.01.2021 межі компенсації від 4540 UAH до 4,54 млн UAH (\$80 – \$80,000 дол.).

роялті крім ЦК України також у спеціальне законодавство. Щодо авторського права і суміжних прав у судовій практиці, на наш погляд, крім ставок роялті в укладених ліцензійних договорах можуть братися до уваги мінімальні ставки виплати винагороди, визначені Кабінетом Міністрів України, а також розмір роялті за використання творів, об'єктів суміжних прав, що встановлюється організаціями колективного управління;

- у випадку передбачення спеціальними законами можливості судів визначати розмір компенсації як на рівні ставок роялті відповідно до Угоди про асоціацію, так і на підставі встановленої нижньої та вищої межі компенсації, уявляється, що для об'єктів авторського права і суміжних прав – нижня границя не має перевищувати відповідних ставок роялті, збільшених як подвоєна, а в разі умисного порушення – потроєна сума винагороди;
- визначення неможливості виплати компенсації, що перевищує збитки суб'єкта права інтелектуальної власності або розмір незаконно отриманих доходів (незаконне збагачення);
- з врахуванням термінології ст. 239 Угоди про асоціацію, ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права» – замінити в підпункті 5 частини другої ст. 432 «разове грошове стягнення» на «компенсацію».

Також, на наш погляд, у випадку застосування судами України положень ст. 240 Угоди про асоціацію щодо виплати компенсації на підставі ставок роялті як норм прямої дії, та її тлумачення відповідно до судової практики в ЄС, підхід, що засновується на ставках роялті, міг би стати в Україні провідним.

(б) **Охорона прав на найменування особи та комерційне (фірмове) найменування.** Положення ст. 89 ЦК України, що юридична особа не має право використовувати найменування іншої юридичної особи, а також Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» стосовно неможливості реєстрації тотожних найменувань юридичної особи¹, обумовило склад-

¹ Частина 4 ст. 16, п. 8 частини 1 ст. 28.

ність захисту прав на найменування особи та не повною мірою відповідає досвіду держав-членів ЄС та інших держав Європи¹.

Закон не встановлює, що слід розуміти під тотожністю. На практиці наявним є значна кількість схожих найменувань осіб у реєстрі, при цьому діяльність окремих юридичних осіб в одних і тих же самих сферах може призводити до введення в оману споживачів внаслідок змішування з назвою іншої юридичної особи.

Також потребує уточнень співвідношення охорони прав на фірмове найменування та найменування юридичної особи.

Пропонується, з врахуванням практики держав-членів ЄС, Великої Британії: *стосовно найменування юридичної особи:*

- визначити, що право юридичної особи на найменування захищається від застосування тотожних або схожих найменувань або схожих складових найменувань юридичної особи, зареєстрованої пізніше, якщо це може ввести в оману споживачів стосовно товарів (робіт, послуг), які виробляються (виконуються, надаються) юридичною особою, зареєстрованою пізніше. При визначенні тотожності не береться до уваги організаційно-правова форма особи (до ст. 90 ЦК України);
- привести зміст другого речення частини другої ст. 90 у відповідність до частини третьої ст. 489 ЦК України;

стосовно фірмового найменування:

- визначити, що комерційне (фірмове) найменування є додатковим до найменування особи позначенням особи, що може існувати самостійно, а також складати частину найменування юридичної особи або бути вигаданим найменуванням або аббревіатурою;
- передбачити випадки, коли при застосуванні комерційного найменування розкривається інформація стосовно особи із зазначенням найменування юридичної особи та адреси².

¹ Охорона прав на фірмові найменування / Капіца Ю.М. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу: формування, інститути, напрями розвитку. Центр дослідж. інтелект. власн. та трансферу технологій НАН України. Київ : Академперіодика, 2017. С. 534–542.

² Згідно із законодавством Великої Британії: кожна особа, яка використовує бізнесове найменування, має зазначати відповідно до її правового статусу: найменування

(в) **Вдосконалення охорони прав на ноу-хау, комерційну таємницю.** Включення до Книги 4 – глави 46 «Право інтелектуальної власності на комерційну таємницю» було компромісом при підготовці проекту Книги 4 у 2001 р. Положення щодо комерційної таємниці були переміщені з розділу «Об'єкти цивільних прав» на місце глави щодо нерозкритої інформації Книги 4. Якщо б це не було зроблено – в Україні мало б місце й охорона прав на комерційну таємницю і на нерозкрити інформацію із схожими визначеннями та практикою, що суперечить європейській практиці.

Компроміс передбачав, що під охорону прав на комерційну таємницю як об'єкта права інтелектуальної власності підпадає інформація нетворчого характеру (бізнесова – списки клієнтів тощо) та інформація творчого характеру (ноу-хау).

У ряді країн не комерційна таємниця, а лише ноу-хау віднесено до ОІВ.

Зміни законодавства України стосовно комерційної таємниці пов'язані з адаптацією положень ЦК до положень Директиви (ЄС) 2016/943 щодо охорони нерозкритого ноу-хау та бізнесової інформації (комерційної таємниці) проти їх неправомірного набуття, використання та розкриття. Директива розділяє інформацію, яка становить комерційну таємницю, на два види об'єктів: ноу-хау (творчого характеру) та бізнесової інформації (нетворчого). Адаптація положень національного законодавства до положень Директиви може включати:

- визначення комерційної таємниці як об'єкту цивільних прав та доповнення глави 15 ЦК України окремою статтею «Комерційна таємниця». Зазначення, що до комерційної таємниці входить інформація, що складає ноу-хау та бізнесову інформацію (комерційну інформацію);

корпорації або найменування кожного партнера, або індивідуальне ім'я особи, а також у відношенні до кожної зазначеної особи – адресу для направлення кореспонденції:

- у місцях, де здійснюється бізнес та є контакти з покупцями та постачальниками;
- у діловій кореспонденції;
- у рахунках на постачання товарів або послуг;
- в інвойсах та квитанціях;
- у письмових вимогах щодо сплати зобов'язань.

Така інформація має бути розташована так, щоб її було легко бачити та читати.

- внесення змін до глави 46 «Право інтелектуальної власності на комерційну таємницю» із заміною комерційної таємниці на ноу-хау.

Передбачення, що особливості охорони прав на комерційну таємницю визначаються законом.

(г) **Охорона прав на корисні моделі, незареєстровані промислові зразки. Проблема патентного тролінгу.** Важливим кроком з обмеження патентного тролінгу є прийняття Законів України від 21.07.2020 № 815-IX та 816-IX. Проте при прийнятті Закону від 21.07.2020 № 816-IX, у супротив раніше поданому Кабінетом Міністрів України проекту Закону № 7538 від 01.02.2018 та проекту № 2258 від 11.10.2019, поданого депутатами, при підготовці законопроекту до другого читання, за пропозицією одного депутата, об'єкт корисної моделі було розширено з включенням крім пристрою також й способу, що розширює можливості тролінгу.

Також адміністративна процедура визнання недійсними прав на зареєстрований промисловий зразок Апеляційною платою не вирішує проблему патентного тролінгу на митному кордоні з можливістю зупинення вантажів та очікування рішення суду або Апеляційної палати. Крім того, нову хвилю тролінгу може бути спричинено введенням до законодавства Законом № 815-IX охорони прав на незареєстрований промисловий зразок¹.

Зазначене ускладнюється неприведенням положень ГПК України та ЦПК України у відповідність до ст. 50 Угоди TRIPS² та ст. 7 Директиви 2004/48/ЄС про забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності щодо «надання (стороною) виправданих наявних доказів для підтвердження стверджень, що її право інтелектуальної власності було або буде порушене».

¹ Капіца Ю. М. Незареєстрований промисловий зразок: особливості захисту прав в Європейському Союзі та проблеми тролінгу в Україні. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2020. № 5. С. 60–71.

² Органи судової влади повинні мати право вимагати від заявника надати всі прийнятні можливі докази з метою задовольнити їх з достатнім рівнем певності в тому, що заявник є власником права і що права заявника були порушені або невідвратно будуть порушені, і видати заявнику судові розпорядження щодо забезпечення застави або еквівалентної гарантії, достатньої для того, щоб захистити відповідача і запобігти зловживанню (ст. 50 TRIPS).

В державах-членах ЄС при застосуванні попередніх та попереджувальних заходів суд встановлює, чи є наявні докази щодо ймовірного порушення прав. У випадку України положення щодо забезпечення позову 139, 140 ГПК України та ст. 151, 153 ЦПК України не містять положень ст. 50 Угоди TRIPS, що може призводити до запровадження заходів забезпечення позову й у випадку відсутності достатніх доказів стосовно порушення прав інтелектуальної власності. Зокрема, щодо незареєстрованого промислового зразка позивач може не надати достатніх доказів стосовно доведення зразка до загального відома (част. 4 ст. 6 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки»). Також не надати докази, що представники відповідача були повідомлені про промисловий зразок позивача або мали бути ознайомлені з таким зразком та це повідомлення мало місце до терміну використання відповідачем альтернативного аналогічного або схожого промислового зразка.

Стосовно корисної моделі навіть в умовах звуження об'єкту корисної моделі пристроєм та способом та розширення компетенції Апеляційної палати, як і раніше буде *виникати проблема неможливості визнання прав на корисну модель недійсними* у випадку, якщо корисна модель є новим, проте очевидним технічним рішенням у зв'язку з невстановленням для корисної моделі вимоги винахідницького рівня (як для винаходів) або іншого критерію неочевидності технічного рішення.

При розгляді цього питання доцільно брати до уваги сучасні тенденції охорони прав на корисні моделі в ЄС. Мета – забезпечити високий рівень захисту прав на винаходи; унеможливити обхід винаходу через корисну модель, що привело в 14 старих держав-членів ЄС та Великій Британії:

- до відсутності охорони прав на корисні моделі у 6 країнах (Люксембург, Швеція, Велика Британія, Бельгія, Нідерланди, Ірландія);
- у 5 країнах для корисних моделей є вимога винахідницького рівня (або винахідницький крок, прирівняний до винахідницького рівня) (Франція, Іспанія, ФРН, Австрія, Данія);
- у 2 країнах охорона можлива лише для тривимірних об'єктів (Італія Греція) та в Італії застосовуються вимога винахідницького кроку;

- у 2 країнах (Фінляндія, Іспанія) – вимога винахідницького кроку; передбачення виключення з охорони.

З урахуванням наведеного слід констатувати, що як і в 2003–2020 рр.¹, так і на цей час із прийняттям Закону від 21.08.2020 № 816-IX охорона прав на корисні моделі в Україні не відповідає та не відповідає практиці провідних держав-членів ЄС та не вирішує проблему патентного тролінгу. Вказана проблема є суттєвою вадою української патентної системи. Істотним завданням є подальше вдосконалення охорони прав на корисні моделі та незареєстровані промислові зразки в Україні з наближенням до практики держав-членів ЄС, що може включати:

- визначення корисної моделі різновидом винаходу з наявністю критеріїв патентоздатності аналогічних для винаходу (включаючи винахідницький рівень) або у випадку залишення корисної моделі окремим ОІВ – передбачення для неї критерію винахідницького рівня;
- визначення необхідності отримання звіту про відповідність корисної моделі критеріям патентоздатності у випадку застосування прав на корисну модель у суді, Антимонопольному комітеті, а також при митному контролі, що має бути доступним для будь-якої особи²;
- уточнення положень ст. 25¹ Закону від 21.07.2020 № 815-IX щодо можливості Апеляційної палати розглядати питання про визнання прав недійсними також стосовно незареєстрованого

¹ З прийняттям Закону України від 22.05.2003 № 850-IV об'єкт корисної моделі було розширено з можливістю отримувати патент на корисну модель на «продукт (пристрій, речовина, штам мікроорганізму, культура клітин рослини і тварини тощо); процес (спосіб), а також нове застосування відомого продукту чи процесу. До прийняття зазначеного закону в Україні об'єктом корисної моделі могло бути лише «конструктивне виконання пристрою».

² Наведемо досвід Іспанії. Метою патентної реформи в Іспанії 2015 р. було в тому числі підвищення рівня охорони прав на корисні моделі та укріплення патентної системи. У випадку, якщо патент на корисну модель передбачається використовувати для захисту прав – має бути зроблено звіт про патентний пошук, що надається для ознайомлення будь-якій особі. Якщо судову справу було розпочато без наявності звіту про патентний пошук, відповідач може вимагати відкладання терміну слухань аж поки звіт не буде представлений. Spain Law on Patents No. 24/2015 of July 24, 2015 (as amended by Law No. 6/2018 of July 3, 2018) (2018).

промислового зразка; визначення, з якого часу у цьому випадку права на незареєстрований промисловий зразок визнаються нечинними;

- внесення змін до статті 4, частини першої, пункту 57¹, підпункту а) Митного кодексу України, що товари, що підозрюються в порушенні прав інтелектуальної власності, включають не «промислові зразки», а «зареєстровані промислові зразки», як це зазначено у визначенні «піратські товари» Митного кодексу;
- внесення змін до частини 9 ст. 20 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» щодо врахування практики Суду ЄС та ст. 19 Регламенту № 6/2002 стосовно незареєстрованих промислових зразків, а також до ст. 139, 140 ГПК України та ст. 151, 153 ЦПК України щодо врахування положень ст. 50 TRIPS.

6. Питання систематизації спеціальних законів з охорони прав інтелектуальної власності

Істотна кількість спеціальних законів, які регулюють цивільні відносини (стосовно юридичних осіб, прав інтелектуальної власності, права власності тощо) та неоднозначність співвідношення положень спеціальних законів та ЦК України, неприведення протягом багатьох років положень спеціальних законів у відповідність до ЦК України та, з іншого боку, при прийнятті спеціальних законів не внесення інколи змін до Кодексу, як цього вимагають норми ст. 4 Кодексу, ставить питання щодо ефективності існуючої системи цивільного законодавства та є системним чинником колізій між положеннями ЦК України та спеціальних законів.

За нашою думкою, одночасне існування, наприклад, Закону України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав», Закону України «Про авторське право і суміжні права» та положень Книги 4 ЦК України з нормами, що певною мірою суперечать одні іншим, є недопустимим та свідчить про системні недоліки розробки та прийняття законів у сфері інтелектуальної власності органами державної влади, результатом чого є ускладненість застосування законодавства та судового розгляду.

Один з напрямків вирішення проблеми – перенесення цивільно-правових норм спеціальних законів до ЦК України з відміною таких

законів або залишення в них норм адміністративно-правового характеру. Відзначимо, що змістовне перенесення цивільно-правових норм спеціальних законів до ЦК України щодо окремих ОІВ передбачав перший проєкт ЦК від 25 серпня 1996 р.

Проте цей підхід (стосовно також спеціальних законів в інших, ніж інтелектуальна власність, сферах, зокрема законів України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», «Про акціонерні товариства») не зустрічає підтримки як цивілістів, які звикли до існуючих моделей Цивільного кодексу, так і ініціаторів спеціальних законів, для яких внесення змін до ЦК України окремим Законом замість внесення змін до спеціальних законів означає застосування значно вищих вимог до опрацювання тексту законопроекту, залучення до його обговорення більшого кола осіб та більшу увагу та вимогливість при прийнятті.

Зауважимо, що після прийняття Податкового кодексу та Бюджетного кодексу України проблема існування значної кількості спеціальних законів у згаданих сферах зникла. Проте вказане не стало випадком ЦК України.

Другий підхід передбачає природне укрупнення спеціальних законів (наприклад, Закон Республіки Білорусь від 16.12.2002 № 160-З «О патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы»; в Іспанії – Consolidated Text of the Law on Intellectual Property, Regularizing, Clarifying and Harmonizing the Applicable Statutory Provisions від 12.04.1996 (із змінами), що стосується авторського права і суміжних прав та колективного управління), а також прийняття галузевих кодексів (наприклад, у Португалії – Industrial Property Code, закон № 110/2018 від 10.12.2018 р.).

У цьому випадку виникає питання співвідношення положень Книги 4 ЦК України та різних форм систематизації спеціальних законів.

На наш погляд, паралельне існування спеціальних законів у сфері промислової власності з багатьма нормами, що повторюють одні інші, а також відмінностями стосовно змісту та термінології для аналогічних правовідносин, є застарілим та не враховує практику ряду держав-членів ЄС кодифікації законодавства у сфері промислової власності. Звернемо увагу на досить важливий підхід щодо систематизації

спеціальних законів у висновках дослідження «Теоретико-прикладні проблеми кодифікації ...»¹.

Перспективним, за нашою думкою, є обговорення прийняття законів «Про охорону прав на об'єкти промислової власності» та «Про охорону авторського права і суміжних прав», де були б об'єднані норми спеціальних законів щодо об'єктів промислової власності та діючих законів України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» та «Про авторське право і суміжні права».

Більш масштабний проект – розробка проекту Закону України «Про охорону прав інтелектуальної власності» кодифікуючого змісту стосовно всіх ОІВ (який може мати різні назви). Водночас включення до такого проекту положень щодо авторського права і суміжних прав та організацій колективного управління може на роки загальмувати цей проект з врахуванням істотно різних інтересів груп, що опікуються збором та розподілом коштів за використання творів та фонограм, та необхідністю досягнення суспільної згоди та сталої прозорої практики діяльності організацій колективного управління та сплати винагороди авторам та виконавцям².

Стосовно з'ясування співвідношення ЦК та тих чи інших форм кодифікації спеціальних законів, важливим є принцип, визначений ст. 4 ЦК, що Цивільний кодекс України є основним актом цивільного законодавства України.

Комплексність спеціальних законів у сфері інтелектуальної власності, які крім цивільно-правових норм містять значний обсяг

¹ Проведення інкорпорації чинного законодавства. Проведення консолідації законодавства, у результаті якої створюються консолідовані збірники. Проведення кодифікації у сфері промислової власності, що доцільно здійснити після здійснення інкорпорації та консолідації (с. 265–266).

² Складнощі прийняття оновленого відповідно до актів ЄС Закону України «Про авторське право і суміжні права» демонструє більш ніж 15-річний процес прийняття (зокрема, відповідні законопроекти вносилися на розгляд Кабінету Міністрів України – 2 рази у 2005 р., 2 рази – у 2006 р., у 2008 р., до Верховної Ради України вносилися законопроекти від 15.06.2010 № 6523, від 12.03.2019 № 10143 тощо (депутатами); від 01.02.2018 № 7539 (Кабінетом Міністрів України). Також внесення у 2021 р. нової редакції Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 24.05.2021 № 5552 та у червні 2021 р. – чотирьох альтернативних законопроектів 5552-1, 5552-2, 5552-3, 5552-4.

процедур з набуття прав інтелектуальної власності, а також адміністративно-правові норми, відсутність правової культури викладення спеціальних законів та змін до таких законів із застосуванням єдиних підходів та термінології, свідчить про доцільність збереження в Україні дворівневого врегулювання відносин у сфері інтелектуальної власності із закріпленням у ЦК України загальних положень, які стосуються всіх ОІВ (глава 35) та окремих ОІВ (глави 36–46), що здійснює в тому числі уніфікуючий вплив, та викладенням у спеціальних законах (тій чи іншій формі систематизації спеціальних законів) специфіки врегулювання.

7. Напрями вдосконалення врегулювання охорони прав інтелектуальної власності в ЦК України

З урахуванням наведеного основні напрямки вдосконалення положень Книги 4 включають:

(а) внесення змін, спрямованих на імплементацію Угоди про асоціацію, адаптацію законодавства України до законодавства ЄС. При цьому слід взяти до уваги положення актів ЄС, які не були враховані при підготовці змін до ЦК України та спеціальних законів з охорони прав інтелектуальної власності;

(б) врахування національної практики застосування законодавства у сфері інтелектуальної власності;

(в) узгодження положень Книги 4 між собою та іншими положеннями ЦК України;

(г) врахування досвіду законодавчого врегулювання відносин інтелектуальної власності на рівні держав-членів ЄС та інших іноземних країн.

Основним, на наш погляд, при істотних змінах спеціальних законів внаслідок імплементації положень Угоди про асоціацію та адаптації до актів ЄС, є *уникнути розбіжностей* змісту Книги 4, глави 75 ЦК України та спеціальних законів, а також запобігти *зниженню рівня охорони* прав інтелектуальної власності в Україні.

Останнє може мати місце у зв'язку з неповнотою відображення в змінах до законів положень актів ЄС та рішень Суду ЄС, а також відсутністю на цей час законодавчих механізмів застосування судами при розгляді справ рішень Суду ЄС з інтерпретації положень актів ЄС,

у тому числі положень актів ЄС, які наведені в Угоді про асоціацію. Особливо це стосується застосування нових умов патентоздатності для промислового зразка, незареєстрованих промислових зразків, сертифікату додаткової охорони; винаходів у сфері біотехнологій; права особливого роду стосовно баз даних.

3.2. РЕФОРМУВАННЯ ПОЛОЖЕНЬ ПРО РОЗПОРЯДЖАННЯ МАЙНОВИМИ ПРАВАМИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В КОНТЕКСТІ РЕКОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

У сучасному світі результати інтелектуальної діяльності людини в науково-технічній, літературній, художній та інших сферах є одним із визначальних факторів економічного зростання та соціально-культурного розвитку. Причому особливого значення поряд зі створенням зазначених нематеріальних об'єктів набуває їх впровадження у виробництво та інші ділянки суспільного життя для задоволення як приватних інтересів їх творців, осіб, які інвестували кошти в їх створення, так і загальносуспільних інтересів. У зв'язку з цим набувають особливої актуальності питання комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності, перетворення їх на товар, що є об'єктом ринкових відносин, здатним приносити прибуток. Зазначене стає можливим лише за умови існування ефективного правового механізму розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. Важливим кроком у цьому напрямі стало прийняття у 2003 р. ЦК України, у якому договори, що опосередковують динаміку майнових прав інтелектуальної власності, виділено як самостійну групу в системі договірних прав.

Такий законодавчий підхід є абсолютно виправданим, оскільки право інтелектуальної власності є самостійним інститутом цивільного права, якому присвячена окрема книга ЦК України. Об'єкти права інтелектуальної власності становлять окремий вид об'єктів цивільних прав, щодо яких виникають права *sui generis* – особисті немайнові та (або) майнові права інтелектуальної власності, відмінні від інших

категорій суб'єктивних цивільних прав. Все це обумовлює необхідність існування самостійних договірних конструкцій, які опосередковують розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності.

На відміну від ЦК Української РСР 1963 р., де положення про авторські і ліцензійні договори структурно розміщувалися в розділах, присвячених авторському і винахідницькому праву, у чинному ЦК України регулювання договірних відносин щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності здійснюється саме в рамках Книги 5. Як слушно зазначила Н. С. Кузнецова, договори, за допомогою яких забезпечується оборот об'єктів інтелектуальної власності, є цивільно-правовими договорами, на які поширюється в повному обсязі дія загальних положень договірного права¹. Тому й цілком виправданим стало розміщення положень про такі договори саме серед інших видів цивільно-правових договорів. У цьому аспекті варто погодитися із думкою А. С. Довгерта, що таким чином досягається більша однорідність норм, які становлять інститут права інтелектуальної власності². Тож відносини щодо належності прав на об'єкти інтелектуальної власності (абсолютні відносини) регулюються положеннями Книги 4 «Право інтелектуальної власності», а відповідні договірні зобов'язання, що опосередковують оборот майнових прав на такі об'єкти, регулюються положеннями Книги 5 «Зобов'язальне право». При цьому не виникає жодних сумнівів щодо застосування до договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності загальних положень про зобов'язання і договори.

Закладений у ЦК України підхід також дозволив вирішити питання про правову природу ліцензійного договору та інших договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, яке впродовж тривалого часу залишалося відкритим не тільки у вітчизняній, але й в зарубіжній правовій доктрині, породжуючи численні спроби «підігнати» ці договори під інші («класичні») договірні

¹ Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. Т. 3: Цивільно-правові науки. Приватне право / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків : Право, 2008. 640 с. С. 381.

² Довгерт А. С. Новий Цивільний кодекс України. Вступна стаття. Цивільний кодекс України: прийнятий 16 січня 2003 р. Київ : Істина, 2003. С. 7.

конструкції, такі як купівля-продаж, оренда тощо¹. Для сучасного договірної права України це питання частково зберігає свою актуальність з огляду на те, що предметом договорів купівлі-продажу, дарування, найму (оренди) визначено, зокрема, і майнові права. Проте саме існування окремої глави 75 ЦК України, яка закріплює спеціальні договірні конструкції, що опосередковують розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, дає підстави для висновку про неможливість майнових прав інтелектуальної власності бути предметом договорів, які покликані обслуговувати оборот, насамперед, матеріальних благ – купівля-продаж, міна, дарування, оренда².

Варто підкреслити, що у вітчизняній літературі поширеним стало використання терміну «договори у сфері інтелектуальної власності»³. Навіть висловлено пропозицію об'єднати глави 75 і 76 ЦК України в одну главу під назвою «Договори у сфері права інтелектуальної власності»⁴. Вживання терміну «договори у сфері інтелектуальної власності» у наукових та навчальних виданнях вважаємо цілком допустимим і, якоюсь мірою, навіть виправданим, оскільки критерій сфери відносин у даному випадку дозволяє якнайширше охопити усі можливі договірні конструкції, які опосередковують відносини інтелектуальної власності. Проте з точки зору закріпленої ЦК України системи цивільно-

¹ Штумпф Г. Лицензионный договор / под. ред. М. М. Богуславского. Москва : Прогресс, 1988. 479 с. С. 34–37.

² Кодинец А. А. Договора в сфере интеллектуальной собственности: проблемы правового регулирования. Альманах цивилистики : сб. статей. Вып. 3 / под. ред. Р. А. Майданика. Киев : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. С. 225–252. С. 237; Крижна В. М. Загальна характеристика договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. *Право України*. 2004. № 9. С. 68–71. С. 69; Харитонов О. І. Правовідносини інтелектуальної власності, що виникають внаслідок створення результатів творчої діяльності (концептуальні засади) : монографія. Одеса : Фенікс, 2011. 346 с. С. 283–284; Якубівський І. Є. Договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності за законодавством України. *Підприємство, господарство і право*. 2007. № 8. С. 15–18. С. 16–17.

³ Коваль І. Ф. Законодавче регулювання договірних відносин у сфері інтелектуальної власності: стан і напрями розвитку. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2015. № 3. С. 46–54. С. 54; Кодинец А. А. Договора в сфере интеллектуальной собственности: проблемы правового регулирования. *Альманах цивилистики: сб. статей*. Вып. 3 / под. ред. Р. А. Майданика. Киев : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. С. 225–252; Харьковская цивилистическая школа: о договоре : монография / под общ. ред. И. В. Спасько-Фатеевой. Харьков : Право, 2017. 576 с. С. 484.

⁴ Бегова Т. І. Поняття «ноу-хау» і договір про його передання: монографія. Харків : Право, 2009. 160 с. С. 111; Крижна В. М. Види договорів у сфері інтелектуальної власності. *Інтелектуальний капітал*. 2004. № 4. С. 36–42.

правових договорів використання такого критерію, як сфера відносин, є малопридатним. Як зазначив В. В. Луць, у ЦК України зберігається науково обґрунтована і життєво перевірена система розміщення окремих договірних інститутів залежно від того основного правового результату, досягнення якого домагаються сторони, укладаючи той чи інший договір¹. Тож, виходячи із вищенаведеного, критерієм систематизації договорів, які опосередковують динаміку майнових прав інтелектуальної власності, має слугувати саме спрямованість їх результату. Лише в такому випадку означені договори гармонічно вписуватимуться в закріплену ЦК України систему інститутів договірного права.

Вважаємо, що сутнісною ознакою договорів, які опосередковують динаміку майнових прав інтелектуальної власності, що визначає їх самостійне місце в системі інститутів договірного права, є саме їхня спрямованість на розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Природа майнових прав інтелектуальної власності, які виступають своєрідним «базисом» для договірних відносин щодо розпорядження ними, є єдиною для різних об'єктів права інтелектуальної власності – творів, виконань, винаходів, торговельних марок тощо. Це, зі свого боку, робить можливим закріплення в цивільному законодавстві універсальних договірних конструкцій для опосередкування відносин щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, сфера застосування яких охоплює різні субінститути права інтелектуальної власності. Власне, ця ідея і реалізована у главі 75 ЦК України, норми якої виписані без прив'язки до окремих субінститутів права власності. Тому в цій главі кодексу немає, наприклад, такого поняття, як «авторський договір». Хоча необхідно зауважити, що останнє все-таки один раз вжито в ЦК України – у главі, присвяченій договору банківського рахунку (ст. 1072). Очевидно, що дана невідповідність має бути усунена, і в главі 72 ЦК України має бути враховано, що глава 75 ЦК України не передбачає окремого регулювання договорів щодо розпорядження майновими авторськими правами (так званих «авторських

¹ Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. Т. 3: Цивільно-правові науки. Приватне право / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків : Право, 2008. 640 с. С. 282.

договорів») і договорів щодо розпорядження майновими правами на об'єкти промислової власності.

Відповідно до ст. 1107 ЦК України розпорядження майновими правами інтелектуальної власності здійснюється на підставі таких договорів:

- 1) ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- 2) ліцензійний договір;
- 3) договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- 4) договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності;
- 5) інші договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Насамперед звертає на себе увагу те, що наведений вище перелік видів договорів не є вичерпним, що загалом варто визнати правильним з огляду на принцип свободи договору. Хоча водночас такий підхід вимагає напрацювання чітких критеріїв віднесення договорів до сфери регулювання глави 75 ЦК України. На наш погляд, у даному випадку варто враховувати, на досягнення якого саме основного правового результату спрямований конкретний договір.

Також звертає на себе увагу й те, що в ст. 1107 ЦК України в числі договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності названо окремо ліцензію (п. 1) і ліцензійний договір (п. 2). Варто погодитися із позицією, що виокремлення ліцензії як самостійної категорії, поряд із ліцензійним договором, передбачає розуміння її як одностороннього правочину¹. Але в ст. 1107 ЦК України текстуально йдеться саме про договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. З цього приводу у літературі неодноразово наголошувалося на тому, що віднесення ліцензії до договорів

¹ Кохановська О. В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві : монографія. Київ : Вид.-полігр. центр «Київський університет», 2006. 463 с. С. 333; Крижна В. М. Загальна характеристика договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. *Право України*. 2004. № 9. С. 68–71. С. 68.

щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності в ст. 1107 ЦК України є помилковим¹. Отже, очевидно є необхідність в усуненні цієї невідповідності.

При цьому варто насамперед визначитися із тим, чи доцільно надалі в ЦК України зберігати ліцензію як окрему, поряд із ліцензійним договором, правову форму розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. Вважаємо, що так, враховуючи, зокрема, поширену в сучасних умовах інформаційного обміну практику надання публічних ліцензій на використання комп'ютерних програм, інших об'єктів авторського права, об'єктів суміжних прав². На відміну від ліцензійного договору, за яким має місце надання дозволу на використання об'єкта конкретній особі, публічна ліцензія передбачає надання дозволу на використання об'єкта невизначеному колу осіб, і за своєю природою є одностороннім правочином³.

Враховуючи наведене вище, видається можливим розглядати два варіанти подальшої новелізації норм про ліцензії в ЦК України:

- 1) положення, які стосуються ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності, виключаються із глави 75 ЦК України і переносяться до глави 35 ЦК України. У цьому

¹ Коссак В. М. Правова природа ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності. Розвиток права інтелектуальної власності в умовах інформаційного суспільства: Шості цивілістичні читання, присв. пам'яті О. А. Підпригори : зб. наук. доп. і ст. (22 березня 2012 р.). Київ : Вид.-полігр. центр «Київський університет», 2013. С. 49; Кодинець А. О. Договори у сфері інтелектуальної власності: проблеми регулювання. Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання) : матер. міжнар. наук.-практ. конф., Київ, 16 вересня 2010 р. Київ : КНТ, 2011. С. 223–224; Харитонов О. І., Харитонов Є. О. Ліцензійний договір, ліцензія та деякі проблеми правового регулювання пов'язаних з цим відносин. *Право України*. 2012. № 9. С. 146; Якубівський І. Є. Договори щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності за законодавством України. *Підприємництво, господарство і право*. 2007. № 8. С. 18.

² Ліцензії – Проект GNU. Фонд своб. програм. обесп. URL: <http://www.gnu.org/licenses/licenses.ru.html>; Licenses & Standards. Open Source Initiative. URL: <http://opensource.org/licenses; Creative Commons Україна>. URL: <http://creativecommons.org.ua/about-creative-commons>; Free Art License 1.3. Copyleft Attitude. URL: <http://artlibre.org/licence/lal/en/>; Open Database License v.1.3. Open Data Commons. URL: <http://opendatacommons.org/licenses/odbl/1.0/>

³ Жилінкова О. В. Договірне регулювання відносин щодо інтелектуальної власності в Україні та за кордоном : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2015. 280 с. С. 75–76; Якубівський І. Є. Юридична природа публічних ліцензій у сфері авторського права і суміжних прав. *Право та інновації*. 2015. № 2. С. 19–26.

випадку ліцензія розглядатиметься як загальне поняття, що охоплює різні правові форми надання дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності, зокрема публічні ліцензії. Відповідно такий підхід робить можливим віднесення публічних ліцензій до односторонніх правочинів і виводить їх зі сфери регулювання глави 75 ЦК України¹. У такий спосіб буде збережено концепцію глави 75 ЦК України як такої, що охоплює саме договірні форми розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Це відповідатиме і структурі ЦК України, оскільки сама глава 75 розміщена в підрозділі 1 Розділу III Книги 5, який має назву «Договірні зобов'язання»;

- 2) положення, що стосуються ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності, залишаються в главі 75 ЦК України, але в такому випадку назву і зміст ст. 1107 потрібно змінити, щоби вона охоплювала не тільки договори, але й односторонні правочини (як варіант, це може бути заміна терміну «договір» на «правочин»). Подібна пропозиція вже висловлювалася в літературі². При такому варіанті нормативний матеріал, який стосується розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, не розподілятиметься по різних книгах ЦК України. Але таке вирішення дещо не узгоджуватиметься структурним розміщенням глави 75 ЦК України у підрозділі «Договірні зобов'язання».

Крім закріплення видів договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, ст. 1107 ЦК України також містить норми, що стосуються форми таких договорів та правових наслідків її недодержання (ч. 2). Тобто назва цієї статті кодексу «Види договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності» у чинній редакції не повністю відповідає її змісту.

¹ Якубівський І. Є. Набуття, здійснення та захист майнових прав інтелектуальної власності в Україні : монографія. Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2018. 522 с. С. 259–260.

² Цивільний кодекс України : наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 6: Право інтелектуальної власності / за ред. І. В. Спасибко-Фатеевої. Харків : Право, 2011. 592 с. С. 564.

Щодо змісту положень ч. 2 ст. 1107 ЦК України, то нею передбачено:

- загальне правило про обов'язкову письмову форму договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності;
- правовий наслідок недодержання письмової форми відповідного договору у вигляді його нікчемності;
- можливість закріплення в законі винятків із загального правила про письмову форму договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності.

Загалом закріплення загального правила про обов'язковість письмової форми договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, із одночасною можливістю існування передбачених законом винятків, є правильним законодавчим вирішенням питання про форму аналізованих договорів. Проте передбачені ч. 2 ст. 1107 ЦК України правові наслідки недодержання письмової форми таких договорів у вигляді їх нікчемності викликають певні сумніви щодо їх обґрунтованості. Варто звернути увагу, що за загальним правилом ст. 218 ЦК України недодержання сторонами встановленої законом письмової форми правочину не має наслідком його недійсність, крім випадків, встановлених законом. Власне, для договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності ст. 1107 ЦК України встановлює спеціальне, більш жорстке, правило про нікчемність відповідного договору, укладеного з недодержанням письмової форми.

Як слушно зазначив В. М. Коссак, немає потреби ставити нікчемність договору на передання майнових прав на об'єкти патентної власності в залежність від письмової форми. У коментованому випадку повинні законодавством встановлюватися загальні правові наслідки недотримання письмової форми договору. Такий висновок базується на тому, що заінтересована сторона позбавляється права доводити наявність договору на підставі письмових доказів, допустимих для інших видів правочинів¹.

¹ Коссак В. М. Загальнотеоретична характеристика договорів про передання виключних майнових прав на об'єкти патентної власності. *Вибрані твори : збірник наук. праць*. Хмельницький : ХУУП, 2015. 283 с. С. 200–201.

Крім того, положення ч. 2 ст. 1107 ЦК України у чинній редакції ставлять під сумнів легітимність використання публічних ліцензій у вітчизняній практиці. Адже умови останніх хоч і викладаються в електронній формі, проте, зазвичай, вони не містять підпису ліцензіара, зокрема електронного. Отже, публічні ліцензії не відповідають встановленим ст. 207 ЦК України вимогам до письмової форми правочину, і, як наслідок, на підставі ч. 2 ст. 1107 ЦК України мали би вважатися нікчемними. Зрозуміло, що такий стан речей є несумісним із запитами сучасного інформаційного суспільства.

Виходячи із наведеного вище, норму абзацу 2 ч. 2 ст. 1107 ЦК України про нікчемність договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, укладеного із недодержанням письмової форми, доцільно виключити. У такому разі правові наслідки недодержання письмової форми відповідного правочину регулюватимуться загальними нормами ст. 218 ЦК України і заінтересована сторона зможе доводити факт його укладення за допомогою відповідних доказів.

У главі 75 ЦК України окрема стаття 1114 присвячена питанням державної реєстрації договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Зазначена стаття загалом виходить із факультативності державної реєстрації договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності (ч. 1), однак містить правило, що факт передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, які відповідно до цього Кодексу або іншого закону є чинними після їх державної реєстрації, підлягає державній реєстрації (ч. 2).

Положення зазначеної статті одержали неоднозначну оцінку з боку науковців. Чи не найбільше запитань викликало вжите у ч. 2 ст. 1114 ЦК України формулювання «факт передання виключних майнових прав інтелектуальної власності», і, власне, як державна реєстрація цього «факту» співвідноситься із державною реєстрацією самих договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Ряд дослідників тлумачать положення ч. 2 ст. 1114 ЦК України, як таке, що фактично передбачає обов'язковість державної реєстрації самих договорів щодо розпорядження майновими правами промислової власності, пропонуючи або закріпити правило щодо нікчемності

таких договорів у разі недотримання вимоги щодо їх державної реєстрації¹, або ж усунути суперечність між ч. 1 і ч. 2 ст. 1114 ЦК України².

Дещо іншу позицію висловили В. Л. Мусіяка та Н. Є. Яркіна, зазначивши, що відсутність реєстрації договору про передання майнових прав інтелектуальної власності не є підставою його недійсності, однак до моменту державної реєстрації майнові права в набувача не виникають³.

Останню точку зору вважаємо більш слушною. Свого часу в судовій практиці було сформульовано позицію, що оскільки право інтелектуальної власності на торговельну марку набуває чинності з моменту його реєстрації, то договір про передання виключних майнових прав на цей об'єкт хоча й виконується сторонами з моменту його підписання, є чинним щодо охорони прав нового власника свідоцтва (обов'язковим для третіх осіб) з моменту його державної реєстрації⁴.

У даному випадку потрібно розмежовувати момент укладення договору про передання майнових прав інтелектуальної власності і момент виникнення в набувача за таким договором абсолютних майнових прав інтелектуальної власності. Договір щодо передання майнових прав, які підлягають державній реєстрації (винаходи, корисні моделі, промислові зразки, торговельні марки тощо), вважається укладеним з моменту досягнення сторонами згоди з усіх істотних умов (ст. 638, 640 ЦК України). Це відповідає і спеціальному законодавству, згідно з яким відповідний договір вважається дійсним, якщо він укладений

¹ Козинец А. А. Договора в сфере интеллектуальной собственности: проблемы правового регулирования. *Альманах цивилистики* : сб. статей. Вып. 3 / под. ред. Р. А. Майданика. Киев : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. С. 242–244.

² Теоретико-прикладні проблеми кодифікації законодавства у сфері інтелектуальної власності : монографія / за наук. ред. О. П. Орлюк; кол. авторів: С. Ю. Бурлаков та ін. Київ : НДІ ІВ НАПРНУ, Лазурит-Поліграф, 2011. 326 с. С.149–150.

³ Цивільний кодекс України: наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 6: Право інтелектуальної власності / за ред. І. В. Спасиво-Фатеевої. Харків : Право, 2011. 592 с. С. 581.

⁴ Оглядовий лист Вищого господарського суду України від 30.06.2009 р. № 01-08/411/1 «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України)» (п. 4). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_411600-09#Text

у письмовій формі і підписаний сторонами (ст. 28 ЗУ «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», ст. 20 ЗУ «Про охорону прав на промислові зразки», ст. 16 ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» та ін.). Тобто укладення договору не ставиться в залежність від його державної реєстрації. Більше того, законодавство про промислову власність зрештою і не передбачає як такої окремої державної реєстрації договорів. Йдеться лише про надане стороні договору право на офіційне загальнодоступне інформування інших осіб про передачу права на винахід, корисну модель тощо або видачу ліцензії на їх використання. Таке інформування здійснюється шляхом публікації в офіційному бюлетені відомостей в обсязі та порядку, встановлених центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері інтелектуальної власності, з одночасним внесенням їх до Реєстру. При цьому мається на увазі не окремий реєстр договорів, а реєстр патентів чи свідоцтв, до якого вносяться відомості про укладений договір. Водночас майнові права інтелектуальної власності на більшість об'єктів промислової власності підлягають державній реєстрації. Тому в набувача за договором про передання майнових прав промислової власності такі права (абсолютні) виникатимуть лише з моменту їх державної реєстрації. Отже державна реєстрація в даному разі має правове значення для виникнення у набувача майнових прав інтелектуальної власності, а не для укладення договору щодо передання майнових прав інтелектуальної власності.

Наведене вище свідчить про необхідність удосконалення положень ст. 1114 ЦК України. Оскільки сама ця стаття, виходячи з її назви, має стосуватися державної реєстрації саме договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, то ч. 2 цієї статті, у якій йдеться про реєстрацію факту передання відповідних прав, доцільно вилучити. Водночас ст. 1113 ЦК України доцільно доповнити нормами, які би визначали момент набуття майнових прав інтелектуальної власності за врегульованим нею договором:

«4. Майнові права інтелектуальної власності переходять до набувача за договором про передання майнових прав інтелектуальної власності з моменту його укладення, якщо інше не встановлено договором або законом.

Майнові права інтелектуальної власності, набуття яких відповідно до положень цього Кодексу чи іншого закону пов'язується із їх державною реєстрацією, переходять до набувача за договором про передання майнових прав інтелектуальної власності з моменту такої державної реєстрації».

Найбільша увага у главі 75 ЦК України приділена ліцензійному договору, що є цілком виправданим з огляду на практичну значимість цієї договірної конструкції в сучасному комерційному обороті. Зупинимось більш детально саме на ліцензійному договорі та перспективах новелізації положень ЦК України про цей договір.

Перше питання, на яке варто звернути увагу, стосується відплатності ліцензійного договору. У дослідженнях, які проводилися до прийняття ЦК України, науковці загалом розглядали даний договір як такий, обов'язковим елементом якого є плата за використання об'єкта (ліцензійні платежі, винагорода)¹. Проте ця позиція не знайшла втілення в ЦК України: із закріпленої ч. 1 ст. 1109 кодексу дефініції впливає, що ліцензійний договір може бути як відплатним, так і безвідплатним. Хоча ч. 3 ст. 1109 ЦК України передбачено, що в ліцензійному договорі визначаються, зокрема, розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта права інтелектуальної власності. У судовій практиці сформовано позицію, що ліцензійний договір може бути як відплатним, так і безвідплатним². Водночас більшість сучасних дослідників проблематики договірних відносин у сфері інтелектуальної власності сходяться на відплатному характері відповідних договорів³.

¹ Безклубий І. А. Ліцензійний договір в патентному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 1995. 25 с. С. 14, 18; Крижна В. М. Ліцензійний договір – правова форма реалізації патентних прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 1999. 20 с. С. 8, 13–14.

² Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на знаки для товарів і послуг (торговельні марки) : оглядовий лист Вищого господарського суду України від 22.01.2007 р. № 01-8/24 (п. 9). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v8_24600-07

³ Баженов М. І. Цивільно-правовий захист авторських прав в Україні і країнах різних правових систем : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2016. 20 с. С. 9; Кирилюк А. В. Ліцензійний договір на використання літературних творів (цивільно-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2010. 19 с. С. 15–16; Кодинець А. А. Договора в сфере интеллектуальной собственности: проблемы правового регулирования. Альманах цивилистики : сб. статей. Вып. 3 / под. ред. Р. А. Майданика. Киев : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. С. 245–246.

На наш погляд, у ЦК України має послідовно закріплюватися позиція, що ліцензійний договір є відплатним. Сама природа відносин сторін за цим договором як відносин приватноправового характеру, заснованих на еквівалентно-оплатних засадах, передбачає, що за надане ліцензіаром право на використання об'єкта права інтелектуальної власності ліцензіат зобов'язаний сплачувати відповідну плату, розмір, порядок та строки сплати якої визначаються ліцензійним договором. Це відповідає і практиці укладення ліцензійних договорів, які, зазвичай, базуються на відплатній моделі.

Як зазначив в одному зі своїх рішень Європейський Суд Справедливості (*European Court of Justice*), право, що випливає з патенту, зберігаючи за винахідником монополію на використання свого товару, дозволяє йому отримувати винагороду за його творчу працю, не гарантуючи йому в той самий час її отримання за будь-яких обставин¹.

У даному випадку досить влучно акцентується увага на тому, що одна із основних економічних функцій права з патенту полягає в забезпеченні для винахідника винагороди за його творчу працю. Відповідно, договір, насамперед ліцензійний, виступає правовою підставою для отримання такої винагороди.

Визначення ліцензійного договору як відплатного дозволить закріпити у главі 75 ЦК України базові законодавчі положення щодо ліцензійних платежів. Подібні норми станом на сьогодні передбачені лише в ЗУ «Про авторське право і суміжні права», хоча цілком зрозуміло, що це питання є не менш актуальним і для відносин щодо використання винаходів, промислових зразків, торговельних марок та ін.

Варто зазначити, що запропоновані зміни, з огляду на дію принципу свободи договору (ст. 3, 627 ЦК України), не будуть перешкодою для укладення договору про надання однією стороною другій права на використання об'єкта права інтелектуальної власності безоплатно. Адже, як було зазначено вище, ст. 1107 ЦК України не містить вичерп-

¹ Рішення від 14.07.1981 р., *Merck/Stephar та Exler*. Цит. за: Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / за ред. Ю. М. Капіці. Київ : Вид. Дім «Слово», 2006. 1104 с. С. 1047.

ного переліку договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Отже, визначення ліцензійного договору у ч. 1 ст. 1109 ЦК України доцільно сформулювати таким чином: «За ліцензійним договором одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) право на використання об'єкта права інтелектуальної власності конкретним способом (способами) на певній території протягом визначеного строку (ліцензію), а ліцензіат зобов'язується сплачувати плату за використання такого об'єкта».

Більш чітко слід виписати також і ч. 3 ст. 1109 ЦК України, яка стосується змісту ліцензійного договору. Чинна її редакція передбачає: «У ліцензійному договорі визначаються вид ліцензії, сфера використання об'єкта права інтелектуальної власності (конкретні права, що надаються за договором, способи використання зазначеного об'єкта, територія та строк, на які надаються права, тощо), розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта права інтелектуальної власності, а також інші умови, які сторони вважають за доцільне включити у договір».

По-перше, дана норма сформульована імперативно («визначаються»), що націлює на її розуміння як такої, що закріплює істотні умови ліцензійного договору, хоча текстуально в ній не йдеться про істотні умови відповідного договору.

По-друге, у ст. 1109, 1110 ЦК України містяться окремі норми, які стосуються визначення виду ліцензії, території і строку використання об'єкта на випадок, якщо сторони не погодили відповідну умову в договорі. Тобто сам закон передбачає, що ліцензійний договір може бути укладеним і без включення до нього цих умов, а, отже, вони не можуть розглядатися як істотні для даного договору, хоча і названі у ч. 3 ст. 1109 ЦК України.

Вважаємо, що у ч. 3 ст. 1109 ЦК України доцільно передбачити саме перелік істотних умов ліцензійного договору, що забезпечить більш чітке регулювання укладення ліцензійного договору і дозволить уникнути спорів на практиці. Враховуючи вищенаведене, пропонуємо наступну редакцію ч. 3 ст. 1109 ЦК України:

«3. Істотними умовами ліцензійного договору є умови про об'єкт права інтелектуальної власності та способи його використання ліцензіатом, розмір та (або) способи визначення розміру плати

за використання об'єкта права інтелектуальної власності, а також інші умови, щодо яких за заявою хоча би одної зі сторін має бути досягнуто згоди.

Цим Кодексом та іншим законом може бути передбачено також інші істотні умови ліцензійного договору».

У ст. 1111 ЦК України передбачено положення про типові ліцензійні договори. Варто зазначити, що типові договори відігравали важливе значення у правовому регулюванні авторських відносин за часів існування Союзу РСР. На той час було затверджено близько 20 таких документів, які містили досить детальне регулювання договірних відносин у різних авторсько-правових сферах. При цьому закріплювалося правило про недійсність умов авторського договору, які погіршували становище автора порівняно з тим, що встановлювалося в законі чи в типовому договорі (ст. 503 ЦК Української РСР). Загалом це відповідало імперативному характеру регулювання авторських відносин у той період. Після здобуття Україною незалежності зміни в соціальному, економічному та культурному житті вимагали нових підходів до регулювання договірних відносин, у тім числі в авторському праві, які би базувалися на принципі свободи договору. Тому в прийнятому в 1993 р. ЗУ «Про авторське право і суміжні права» вже не передбачалося типових авторських договорів – натомість йшлося про примірні авторські договори. Останні, на відміну від типових договорів, носять рекомендаційний характер, що дозволяє сторонам відступати від положень, передбачених примірним договором. Враховуючи вищенаведене, досить несподіваним було повернення в ЦК України 2003 р. до конструкції типових ліцензійних договорів. Тим більше, що ст. 1111 ЦК України є дуже близькою за змістом і за структурою до ст. 503 ЦК Української РСР.

У літературі положення ст. 1111 ЦК України були сприйняті по-різному. А. О. Кодинцем висловлено позицію, що сьогодні можливість існування типових договорів у сфері інтелектуальної власності сприймається як атавізм, пережиток минулого, що суперечить принципу свободи договору¹. О. В. Жилінкова, навпаки, вважає цю норму цілком

¹ Кодинець А. О. Цивільно-правове регулювання зобов'язальних інформаційних відносин : монографія. Київ : Алерта, 2016. 582 с. С. 276–278.

логічною, пояснюючи це тим, що автор знаходиться в більш вразливому становищі порівняно із юридичними особами, які професійно займаються розповсюдженням, наприклад, аудіовізуальних творів¹.

На наш погляд, правове регулювання договірних відносин у сфері інтелектуальної власності повинно базуватися, насамперед, на принципі свободи договору, як одній із загальних засад регулювання приватноправових відносин. З іншого боку, безперечно, специфіка розглядуваних відносин вимагає забезпечення гарантій прав та інтересів творця в договірних відносинах із суб'єктами, які здійснюють використання творчих результатів. Однак ці гарантії мали би закріплюватися на рівні положень закону. Що ж стосується типових ліцензійних договорів, то повернення до цієї моделі може призвести до надмірної зарегульованості відносин у даній сфері, домінування імперативних засад у їх правовому регулюванні, що з позиції сучасного приватного права видається неприйнятним.

Зараз, зі спливом більш як 15 років після прийняття ЦК України, можна констатувати, що положення ст. 1111 ЦК України виявилися нежиттєздатними. У ЗУ «Про авторське право і суміжні права» від моменту його прийняття і донині передбачено поняття примірного авторського договору, що створює колізію між ЦК України і цим спеціальним законом. Крім того, жодного типового ліцензійного договору за весь час існування ст. 1111 ЦК України в її теперішній редакції так і не було затверджено. У 2004 р. Міністерством освіти і науки України було затверджено низку зразків документів рекомендаційного характеру у сфері інтелектуальної власності², які, однак, ні за змістом, ні за формою не є типовими договорами в розумінні ст. 1111 ЦК України.

Виходячи із наведеного вище, є достатні підстави для висновку про недоцільність подальшого збереження положень ст. 1111 ЦК України про типові ліцензійні договори. Для забезпечення гарантій прав та інтересів творців (насамперед, особистих немайнових) у договірних

¹ Жилінкова О. В. Договірне регулювання відносин щодо інтелектуальної власності в Україні та за кордоном : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2015. 280 с. С. 127–128.

² Наказ Міністерства освіти і науки України від 28.12.2004 р. № 986 «Про затвердження зразків документів». URL: <https://ips.ligazakon.net/document/MUS2817>

відносинах із суб'єктами, які здійснюють використання створених ними об'єктів, цілком достатньо буде ч. 9 ст. 1109 ЦК України викласти у такі редакції: «Умови ліцензійного договору, які погіршують становище творця порівняно з тим, що передбачено законом, є нікчемними». Крім того, дієвим інструментом у вдосконаленні регулювання договірних відносин у даній сфері могли би стати примірні договори, розробка яких передбачена ЗУ «Про авторське право і суміжні права».

Що ж стосується самої ст. 1111 ЦК України, то їй варто надати нову назву і зміст, закріпивши в ній положення про плату за використання об'єкта права інтелектуальної власності. Вище вже зазначалося про доцільність конституювання ліцензійного договору як відплатного і віднесення плати за використання об'єкта до його істотних умов. Останнє пояснюється тим, що поняття «звичайні ціни», яке передбачене у ч. 4 ст. 632 ЦК України, є малоприйнятним для сфери інтелектуальної власності, де кожен об'єкт є по-своєму неповторним, унікальним. Отже, ціна (плата за використання об'єкта) має бути віднесена до істотних умов ліцензійного договору. Тому й цілком логічним буде закріплення в окремій статті глави 75 ЦК України основних положень щодо плати за використання об'єкта.

Сформована за часи дії ЦК України судова практика виявила чимало проблем, пов'язаних з ліцензійними платежами. Наприклад, доволі цікаву і водночас небезспірну позицію висловив свого часу Вищий господарський суд України, зазначивши, що якщо ліцензійним договором передбачено оплатне використання об'єкта права інтелектуальної власності, ліцензіарові не може бути відмовлено у вимозі про стягнення плати з мотиву невикористання ліцензіатом відповідного об'єкта (якщо договір є чинним). У разі коли сторони ліцензійного договору погодили розмір зазначеної плати у формі відрахувань від доходу, сума плати може визначатися виходячи із ціни, яка за порівнюваних обставин звичайно стягується за правомірне використання об'єкта інтелектуальної власності¹.

¹ Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності : постанова пленуму Вищого господарського суду України від 17.10.2012. № 12. (п. 5.3). *Вісник господарського судочинства*. 2012. № 6. С. 57–68.

Наведена позиція певною мірою нівелює відмінності між ліцензійними платежами у формі роялті і паушальним платежем. Укладаючи ліцензійний договір на умовах виплати ліцензійних платежів у формі роялті, ліцензіар свідомо йде на те, що розмір сплачуваних йому ліцензійних платежів буде прямо пропорційний величині одержаного ліцензіатом доходу. Але в такому разі ліцензіар повинен розуміти ризиковий характер такого договору, оскільки заздалегідь невідомо, який дохід отримає ліцензіат і чи отримає він дохід взагалі. Інша річ, що законодавство повинно закріплювати відповідні положення, які б забезпечували інтереси ліцензіара в таких відносинах (обов'язок ліцензіата надавати ліцензіару інформацію про обсяги використання об'єкта та отримані у зв'язку з цим доходи, право ліцензіара відмовитися від договору та вимагати відшкодування збитків у випадку, якщо ліцензіат не здійснює використання об'єкта).

На наш погляд, дану статтю можна сформулювати так:

«Стаття 1111. Плата за використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензійні платежі)

1. Розмір плати за використання об'єкта права інтелектуальної власності та (або) способи його визначення встановлюються в ліцензійному договорі за домовленістю сторін.

Якщо ліцензіаром є творець об'єкта права інтелектуальної власності, встановлений ліцензійним договором розмір плати за використання такого об'єкта не може бути меншим за мінімальні розміри плати, передбачені актами цивільного законодавства.

2. Плата за використання об'єкта права інтелектуальної власності може визначатися у формі фіксованого платежу (паушальний платіж), частки від величини доходу чи іншого показника господарської діяльності ліцензіата, пов'язаної із використанням об'єкта права інтелектуальної власності (роялті), чи в інший спосіб, що не суперечить закону.

3. Якщо плата за використання об'єкта права інтелектуальної власності встановлюється у формі паушального платежу, ліцензіар має право на плату незалежно від результатів господарської діяльності ліцензіата, у тому числі пов'язаної з використанням об'єкта права інтелектуальної власності.

Якщо в ліцензійному договорі про видання або інше відтворення твору винагорода визначається у формі паушального платежу, то в договорі має бути встановлений максимальний тираж твору.

4. Якщо плата за використання об'єкта права інтелектуальної власності встановлюється у формі роялті, ліцензіат зобов'язаний надавати ліцензіару достовірну інформацію про показники своєї господарської діяльності, пов'язаної із використанням об'єкта права інтелектуальної власності, необхідну для визначення величини роялті.

Якщо плата за використання об'єкта права інтелектуальної власності встановлена у формі роялті і ліцензіат протягом встановленого ліцензійним договором строку, а в разі його відсутності – протягом розумного строку, не здійснював використання об'єкта права інтелектуальної власності, ліцензіар має право відмовитися від ліцензійного договору та вимагати відшкодування збитків».

У зв'язку з цим ч. 8 ст. 1109 та ч. 2 ст. 1110 ЦК України слід виключити.

Також у ЦК України доцільно закріпити особливості правового статусу ліцензіата за виключною і одиначною ліцензією. Так, актуальним на практиці є питання про право ліцензіата звертатися із вимогами про захист майнових прав інтелектуальної власності в разі їх порушення третіми особами. Станом на сьогодні це питання врегульовано стосовно договорів на використання об'єктів авторського права (ст. 32 ЗУ «Про авторське право і суміжні права»), і є сформована судова практика, яка виходить із того, що за договором про надання виключного права на використання твору ліцензіат вправі надавати дозвіл на використання об'єкта у визначеній договором сфері іншим особам, а також звертатися з вимогами про захист належного йому виключного права у випадку контрафакції¹. У законодавстві про промислову власність положень, аналогічних тим, що закріплені ст. 32 ЗУ «Про авторське право і суміжні права», немає. Але, попри це, в окремих справах суди застосовують підхід, аналогічний тому, що існує в авторському праві. Так, в одній зі справ

¹ Захист прав інтелектуальної власності в господарському судочинстві / за заг. ред. В. С. Москаленка. Київ : Юрінком Інтер, 2009. С. 154–158, 313–316.

висловлена позиція, що наявність у позивача виключної ліцензії на використання на території України знаків для товарів і послуг, надає йому право на захист торгових марок без окремого письмового уповноваження їх власника¹.

Вважаємо, що на рівні ЦК України доцільно закріпити уніфікований підхід до вирішення означеного вище питання. При цьому варто керуватися тим, що, на відміну від ліцензійного договору про надання невиключної ліцензії, за яким між сторонами виникають лише зобов'язальні правовідносини, ліцензійний договір про надання виключної або одиначної ліцензії передбачає також набуття ліцензіатом у визначених договором межах абсолютних прав на відповідний об'єкт. Така позиція неодноразово висловлювалася в літературі². Відповідно за виключним ліцензіатом (так само і ліцензіатом за одиначною ліцензією) має закріплюватися право у визначеній ліцензійним договором сфері надавати дозвіл на використання об'єкта іншим особам, а також звертатися із вимогами про захист майнових прав інтелектуальної власності в разі неправомірного використання об'єкта іншими особами, якщо інше не передбачено ліцензійним договором.

Загалом можна констатувати, що із прийняттям у 2003 р. ЦК України було закладено фундамент для правового регулювання відносин щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. Положення глав 75 і 76 ЦК України покликані забезпечити ефективний правовий механізм комерціалізації інтелектуальної власності, який має одержати наступний розвиток у положеннях відповідних спеціальних законів у сфері авторського права і суміжних прав, прав на винаходи і корисні моделі, промислові зразки, торговельні

¹ Захист прав інтелектуальної власності в господарському судочинстві / Вищий господарський суд України; за заг. ред. В. С. Москаленка. Київ : Юрінком Інтер, 2009. С. 220–224.

² Безклубий І. А. Ліцензійний договір в патентному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 1995. С. 13; Іваницька Н. А. Торговельна марка: комплексний правовий аналіз : монографія. Харків : Харків юридичний, 2012. С. 167–168; Штумпф Г. Лицензионный договор / пер. с нем.; под ред. и со вступ. ст. М. М. Богуславского. Москва : Прогресс, 1988. С. 47–50; Якубівський І. Є. Набуття, здійснення та захист майнових прав інтелектуальної власності в Україні : монографія. Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2018. 522 с. С. 334–335.

марки тощо. Подальше удосконалення положень ЦК України про договори щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності вимагає урахування напрацювань правової доктрини, правових позицій, сформованих судовою практикою, а також запитів сучасного інформаційного суспільства. На нашу думку, порушені вище проблемні питання і пропозиції щодо їх вирішення сприятимуть подальшому розвитку й удосконаленню положень ЦК України про договори щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності як відносно нової, але надзвичайно важливої, групи в системі цивільно-правових договорів.

Розділ 4

Регулювання речових відносин: Шляхи оновлення

4.1. ЗАГАЛЬНІ ПІДХОДИ І ПРИНЦИПИ РЕГУЛЮВАННЯ РЕЧОВИХ ПРАВОВІДНОСИН В УМОВАХ РЕКОДИФІКАЦІЇ ТА ЄВРОПЕЇЗАЦІЇ

Правова охорона суспільних відносин майнового присвоєння в умовах сучасного технологічного устрою фундаментально визначається впливом на суспільство і правову систему четвертої промислової революції, визначальні виклики якої пов'язані з формуванням єдиних ринків (цифрового, енергетичного тощо). Рекодифікація цивільного законодавства України в умовах європеїзації зумовлює необхідність імплементації прийнятних для вітчизняного права загальноновизнаних стандартів і найкращих практик у сфері речового права, покликаних юридично забезпечувати за допомогою механізмів майнового присвоєння усталений розвиток національного ринку, сумісного з європейським єдиним внутрішнім ринком, як ключового елемента забезпечення вільного руху товарів, капіталів, послуг і праці в розумінні «чотирьох свобод», передбачених правом Європейського Союзу.

Пострадянськість і методологія європеїзації вітчизняного речового права

Україна є країною пострадянського типу, із властивими їй модифікацією і змішуванням старих радянських цінностей із західними еквівалентами, породжуючи достатньо новий еkleктичний контекст. Він вже не є радянським, але й назвати його західним чи європейським також неможливо. Він – пострадянський. Пострадянськість розглядається

як транзитний період між радянськістю та європейськістю¹. Право України характеризує не лише приналежністю до Радянського Союзу в минулому, але й офіційно задекларованими намірами України стати повноцінним членом Європейського Союзу в майбутньому. На відміну від країн Центрально-Східної Європи, де європеїзація права супроводжувалася змінами правозастосовної практики і корекцією доктринальних моделей, в Україні відбувалася переважно лише зміна законодавства. Поміж тим у правовій системі України пострадянські правові цінності, судова практика і доктринальні дискурси все ще є досить поширеними та стоять на заваді європеїзації правопорядку. Відповідно у сфері права Україна є правовою системою «транзитного» типу (від соціалістичного до ліберального), який пришвидшеними кроками йде шляхом європеїзації та глобалізації, намагається звільнитися від ідеології радянського типу права та імплементувати цінності і конструкції західної правової традиції.

В Україні правовідносини майнового присвоєння, які є сферою речового права, характеризують пошук та адаптацію нових підходів, покликаних усунути невідповідність існуючим суспільним відносинам загального розуміння речі, майна і речових прав, їх системи та захисту, використання окремих реліктів опублічених речових прав радянського типу, існування правових традицій вузького розуміння речі та правової невизначеності щодо низки фактично існуючих «прихованих» речових прав.

Зазначений стан речового права в Україні перешкоджає розвитку передового технологічного устрою на засадах недоторканності речових прав, правової безпеки, гнучкості, стабільності майнового присвоєння та майнового обороту, балансу ефективного традиційного і нового в національному, іноземному та міжнародному праві².

¹ Як позбутися пострадянськості? Десять рекомендацій (ДОСЛІДЖЕННЯ). URL: <https://glavcom.ua/publications/119272-jak-pozbutisja-postradjanskosti-desjat-rekomedatsij-doslidzhennja.html> (дата доступу: 13.02.2020).

² Майданик Р. А., Романюк Я. М. Переосмислення речового права в сучасних умовах. Речове право: пріоритети та перспективи : матеріали Київських правових читань. Київ, 22 березня 2019 року / відп. ред. Р. А. Майданик. К. : Алерта, 2019. 266 с. (Property Law: Priorities and Perspectives. Materials of Kyiv Law Conference. Kyiv, 22 March 2019 / R. A. Maydanyk, Ya. M. Romaniuk et al; edited by R. A. Maydanyk. K. : Alerta, 2019. 266 p.) (September 18, 2019). (С. 9–32). С. 10. <https://ssrn.com/abstract=3455842> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3455842> (дата доступу: 12.02.2020).

Речове право в Україні має ґрунтуватися на ідеях адаптації європейського загального права (*Jus Commune Europaeum*), уніфікації та гармонізації із законодавством ЄС, держав-членів ЄС, з урахуванням Угоди про асоціацію між ЄС та Україною, положень *acquis* ЄС та практики його застосування.

Речове право в ЄС здійснює істотний вплив на право інших країн Європи внаслідок все більшої інтеграції економіки таких країн з ЄС, укладання ЄС угод про партнерство і співробітництво або про асоціацію.

Досвід держав-членів ЄС має особливу роль для України у зв'язку з формуванням зони вільної торгівлі між Україною та ЄС, зобов'язаннями України з наближення національного законодавства до законодавства ЄС згідно з Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (*дали* – Угода про асоціацію між ЄС та Україною)¹. Реалізація положень Угоди про асоціацію між ЄС та Україною передбачає імплементацію європейських стандартів в основних сферах приватного права. Передбачена Угодою про асоціацію юридична гармонізація різних національних систем права зумовлює важливість для права України впровадження визнаних країнами Європейського Союзу базових положень речового права. Це становить практичну сторону цього дослідження.

З теоретичної точки зору речове право в Україні відображає окремі приватноправові традиції у сфері речових прав країн Західної Європи, які очевидно відрізняються від надмірного впливу публічного права на розуміння і систему речових прав, успадкованих від колишнього Радянського Союзу.

Європеїзація загальних положень речового права в Україні має на меті впровадження правових норм і формування правозастосовної практики, які забезпечують правову безпеку, гнучкість і захист речових прав відповідно до прийнятних для України загальноновизнаних стандартів і найкращих практик у цивільно-правовому просторі Європейського Союзу.

¹ Угода про Асоціацію між Європейським Союзом та його країнами-членами, з одного боку, та Україною, з іншого боку. *Official Journal of the European Union (OJ)*. 2014. L. 161/3.

Підвищення привабливості речового права в Україні має передбачати видалення із ЦК, інших законів застарілих або неконкретних понять і категорій, зважаючи на невизначеність їх змісту, невідповідність національній, європейській або міжнародній практиці.

Європеїзація речового права в Україні передбачає врахування *acquis communautaire* (добробку спільноти) ЄС, найкращої практики держав-членів ЄС, окремих країн колишнього Радянського Союзу – сторін Угод про Асоціацію або добросусідство з ЄС (Грузія, Молдова, Білорусь, Вірменія) та європейського «м'якого» права (*soft law*).

Україна, таким чином, у короткий проміжок часу повинна пройти шлях держав-членів ЄС у питанні імплементації європейських традицій речового права.

Поняття речового права

Приватне право більшості країн світу виділяє сукупність норм, що регулюють майнові відносини, у яких уповноважені особи можуть здійснювати свої права на річ (майно), не потребуючи позитивних дій інших осіб. Суб'єкти цих прав можуть безпосередньо впливати на майно¹.

У романо-германській системі права ця група норм отримала назву «речового права». Інститутами речового права є право власності і речові права на чуже майно: сервітут, узуфрукт, застава тощо. У країнах англо-американського права щодо цих груп правовідносин використовується термін «право на майно» (*property law*), а не термін «речове право». Фактично йдеться про самостійну галузь – право на майно (*property law*), яка охоплює чотири основні інститути: право на нерухоме майно (*land law або real property*), право на рухоме майно (*personal property law*), трастове право (*trust law*) і право інтелектуальної власності (*intellectual property law*)². Право США в межах права на майно виділяє також

¹ Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник / отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. 4-е изд., перераб. и доп. В 2-х т. Т. I. М. : Междунар. отношения, 2004. 560 с. С. 309.

² Peter Sparkes, Real Property Law and Procedure in the European Union Annotated Draft Questionnaire. URL: <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentCentres/Law/Research-Themes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/England%20and%20Wales.PDF>. Date of access 27.02.2020.

інститут залежного тримання (*Law of Bailment*)¹. Залежне тримання має місце, коли одна особа (*bailee*) свідомо і добровільно вступає у володіння рухомим майном, яке належить іншій особі (*the bailor*) для тримання його протягом визначеного часу з тим, щоб після досягнення обумовленої мети майно було повернено власнику (*bailor*) або іншій особі за його вимогою². Мета передачі речі є вирішальним критерієм, який визначає взаємні права та обов'язки сторін у таких відносинах. Залежно від цього розрізняють шість видів *bailment*, до яких, зокрема, відносяться оренда, позика, зберігання, перевезення, доставка³.

Доктрина континентальної Західної і Східної Європи розрізняє поняття «речове право» («*property law*») і «речові права» («*property rights*»)⁴, або речове право в об'єктивному та суб'єктивному розумінні⁵.

У країнах романо-германського права речове право («*property law*») розглядається як система норм об'єктивного речового права, що регулюють відносини між суб'єктами приватного права з приводу їх повноважень щодо використання майна, які діють проти кожної особи⁶.

В Україні речовим правом в об'єктивному розумінні («*property law*») визнається сукупність правових норм, що регулюють майнові відносини, у яких уповноважена особа здійснює свої права на річ, не потребуючи позитивних дій інших осіб.

Речове право («*property law*») умовно може бути поділено на загальну та особливу частини або загальне та особливе речове право, які містять правові конструкції, що поширюються на всі або окремі частини інституту речового права. Загальне речове право становлять

¹ Шумилов В. М. Правовая система США : учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Междунар. отношения, 2006. 408 с. С. 143.

² Див.: Charles Donahue, Jr. Thomas E. Kauper, Peter W. Martin Property. An introduction to the concept and the institution. Case and materials. Third Edition. West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 1993. 1189. P. 42; S. Williston, Contracts (3d ed. W. Jaeger 1957).

³ Детальніше див.: Дженкс Э. Свод английского гражданского права. Общая часть. Обязательственное право / пер. с англ. М. : Юрич. изд-во НКЮ СССР, 1941; Ансон В. Р. Основы договорного права / пер. с англ. М. : Международная книга, 1947.

⁴ Christian von Bahr, Gemeineuropäisches Sachenrecht Band 1: Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte Gebundenes Buch. 2015. Verlag C. H. Beck. (s. 860). S. 4, 5.

⁵ Майданик Р. А. Речове право: підручник. К. : Алерта, 2019. (1102 с.). С. 32–33.

⁶ Christian von Bahr Вказ. праця. С. 5.

юридичні конструкції універсальної дії, які поширюються на всі види речових прав і речово-правові відносини. Особливе речове право охоплює юридичні конструкції, які регулюють певні види речово-правових відносин і речових прав.

Загальне речове право містить універсальні для всіх речових прав положення про поняття, коло і принципи речових прав, підстави встановлення і припинення речових прав, їх здійснення та захист.

Особливе речове право охоплює правові норми щодо майна, володіння, права власності, інших речових прав та публічного реєстру нерухомого майна.

У європейському праві термін «речові права» («*property rights*») відносять до тих прав, які спрямовані на певне майно і впливають на кожного. Речові права мають тристоронній характер дії (*erga omnes; enforceability*), діють проти кожного (проти кожного «третього»), а не лише проти сторони договору чи будь-якого іншого боржника («другого»)¹.

Право України визначає поняття права власності, володіння і речових прав на чуже майно (статті 316, 395, 397, 401, 407, 413 ЦК України). Однак загальне поняття речового права нормативно не визначено і залишається сферою застосування права з урахуванням положень закону, судової практики та доктрини права.

В українській доктрині термін «речові права» розглядають як юридичні можливості найбільш повного або обмеженого панування особи над певною річчю (майном), що виключають вплив третіх осіб на цю річ. Це право повного або в певному відношенні [обмеженого] приєднання речі до свого майна², яке особа здійснює за її власним розсудом і незалежно від волі інших осіб, за умови його нездійснення в заборонених законом випадках.

Поняття речового права визначають його *видові ознаки*. Речовим правам притаманний абсолютний і речовий (виключний) характер, що є визначальним фактором для прогнозування подальших перспектив

¹ Christian von Bahr, *Gemeineuropäisches Sachenrecht Band 1: Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte Gebundenes Buch*. 2015. Verlag C. H. Beck. (s. 860). S. 13, 39.

² Шимон С. І. Цивільне та торгове право зарубіжних країн : навчальний посібник. Курс лекцій. К. : КНЕУ. 2004. 220 с.

речового права і незмінним базисом речових прав в умовах постійного розширення сфери інтересів, які задовольняються через речові права.

Абсолютний характер речових прав полягає в тому, що вони діють «проти світу», тобто проти всіх третіх осіб щодо майнових об'єктів. Ніхто не може перешкоджати особі в здійсненні її речового права, оскільки уповноважений суб'єкт виключає будь-який вплив на річ всіх третіх осіб шляхом покладення кореспондуючих обов'язків пасивного типу на всіх третіх осіб, а не на [якихось] конкретних «боржників»¹.

Речовий або виключний характер речового права полягає в самостійному пануванні над річчю (майном), яка належить особі на праві власності, або іншому речовому праві на річ у порядку та в межах, встановлених законом, коли для реального панування над майном не треба послуговатися допомогою інших осіб². Інтерес суб'єкта речового права задовольняється його власними діями, на всіх інших (третіх) осіб покладено обов'язок не вчиняти будь-яких дій з річчю. Речовому праву не кореспондує властивий зобов'язанню обов'язок боржника вчинити будь-яку позитивну дію на користь кредитора чи іншої особи, визначеної кредитором. Носію речового права протистоять всі треті особи, на яких покладено один і той самий за змістом та обсягом обов'язок утримання від дій. Це право уповноважує суб'єкта мати можливість прямого впливу на об'єкт і здійснювати повноваження щодо об'єкта незалежно від позитивних дій зобов'язаних осіб³.

Зумовлена речовим (виключним) характером речового права самостійність панування особи над річчю є критерієм відмежування речового права від зобов'язання. У цьому контексті Є. В. Васьковський зазначав, що речове право є майновим правом самостійного панування особи над річчю, а не правом вимоги до особи щодо речі. Цим речове

¹ Романюк Я. М., Майданик Р. А. та ін. Речові права та чуже майно. *Речове право: пріоритети та перспективи* : матеріали Київських правових читань. Київ, 22 березня 2019 року / відп. ред. Р. А. Майданик. К. : Алерта, 2019. 266 с. С. 33–38. С. 34.

² Харченко Г. Г. Речові права : монографія. К. : Алерта, 2016. 556 с. С. 53, 55.

³ Шимон С. І. Теорія майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2014. 664 с. С. 205.

право відрізняється від зобов'язального права, яке також іноді ставить особу у певне відношення до речі, але відношення опосередковане¹. Речове право встановлює юридичне панування особи над річчю без сприяння третіх осіб, яке здійснюється через прямий вплив на річ, а не через дії третіх (зобов'язаних) осіб щодо речі. Тому реалізація речового права не залежить від дій інших осіб. У цьому полягає його принципова відмінність від зобов'язальних прав, які, зокрема, мають об'єктом індивідуально визначені речі.

Наприклад, орендар набуває права здійснювати повноваження володільця чужою річчю лише з волі орендодавця, тоді як заставадержатель вправі реалізувати чужу (заставлену) річ незалежно від волі її власника-заставадавця.

У цьому контексті будь-яке речове право має характер самостійного права, яке надає його носіям незалежне від інших осіб юридичне панування над річчю; інші права надають їх носіям повноваження, тобто правомочності з панування над поведінкою інших (зобов'язаних) осіб.

Речові права визнаються підвидом абсолютних прав, що виконують захисну функцію і функцію визначення належності певної речі певній особі та є правами панування.

Кваліфікуючою ознакою речового права є панування особи над річчю², що передбачає надання виключних повноважень на річ «проти світу», тобто щодо будь-яких третіх осіб.

Будь-яке речове право оформлює і закріплює належність речей (матеріальних, тілесних об'єктів майнового обороту) суб'єкту цивільних правовідносин, що ґрунтується на єдиній концепції «домініуму» (*dominium*), тобто абсолютного і неподільного права³.

Речові права здійснюються його носієм «через самостійне правове панування особи над об'єктом у порядку та в межах, встановлених

¹ Васильковський Е. В. Учебник гражданского права. СПб. : Тип. М. Я. Минкова, 1896. Вып. II : Вещное право. 188 с. С. 57.

² Харченко Г. Г. Ознаки речового права. *Часопис Київського університету права*. 2011. № 2. С. 137–138.

³ Бадаева Н. В. Владение и владельческая защита в зарубежном и российском гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. 217 с. URL: <http://www.disserscat.com/content/vladenie-i-vladelcheskaya-zashchita-v-zarubezhnom-i-ros-siiskom-grazhdanskom-prave#ixzz3R5JeJnVH>

законом»¹, або «безпосереднім ставленням особи до речі і в своєму інтересі або в чужому інтересі (у визначених законом випадках)»².

Речове право містить у собі певну владу над річчю, воно обтяжує саму річ, а тому й не залежить від зміни її власника; відповідно новий власник речі не може в односторонньому порядку припинити таке право і вимушений миритися із встановленим обтяженням³.

Речове право характеризує прив'язування об'єкта до особи, що надає «юридичної міцності» (забезпеченості), згідно з якою влада над річчю обтяжує саму річ і не залежить від зміни носія речового права; відповідно новий суб'єкт речового права не може в односторонньому порядку припинити таке право і мусить миритися із встановленим обтяженням. Тому самостійне панування особи над річчю становить головну рису речового права⁴.

Речовим правам властиві особливості їх *індивідуалізації*. Для індивідуалізації речового права необхідна вказівка на його вид, уповноважений суб'єкт і предмет⁵.

На відміну від речового права, для індивідуалізації зобов'язальних правовідносин необхідне зазначення суб'єкта права, суб'єкта обов'язку, об'єкта правовідносин та їх предмета.

Речове право поширюється передусім на речі, тобто на матеріальні об'єкти, але не лише на речі; воно також регулює юридичне становище тварин, права на права (застава, узуфрукт тощо).

За визначенням К. Савиньї, «матерією» речового права є володіння чи фактичне панування над речами; як право воно є простим і повним у формі власності чи необмеженого і виключного панування особи над річчю⁶.

¹ Харченко Г. Г. Речові права : монографія. К. : Алерта, 2016. 556 с. С. 55.

² Майданік Р. А. Речове право : підручник. К. : Алерта, 2019. 1102 с. С. 32–33.

³ Право собственности: актуальные проблемы / отв. ред. В. Н. Литовкин, Е. А. Суханов, В. В. Чубаров; Ин-т законод. и сравнит. правоведения. М. : Статут, 2008. 731 с. С. 48.

⁴ Суханов Е. А. Еще раз о различиях вещных и обязательственных прав. Частное право. Преодолевая испытания: К 60-летию Б. М. Гонгало. М. : Статут. 2016. С. 27

⁵ Бабаев А. Б. Система вещных прав : монография. М. : Волтерс Клувер, 2007. С. 196–199.

⁶ Савиньї Ф. К. ф. Система современного римского права / пер. с нем. Г. Жигулина ; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М. : Статут, 2011. Т. 1. С. 476.

Саме речові права наділяють суб'єктів можливістю безпосередньо впливати на річ, яка знаходиться у сфері їхнього панування¹.

Це означає, що лише в речовій сфері уповноважена особа має забезпечену законом можливість безперешкодного доступу до речі для здійснення визначеного обсягу повноважень, тобто певних дій, які відповідають змісту конкретного речового права.

Будь-яке речове право характеризується ознакою *публічності*. Треті (зобов'язані) особи повинні мати можливість дізнатися про існування речового права і відповідно про їх обов'язки.

Відносним правовідносинам не властива така характерна риса як публічність, оскільки вони не стосуються третіх осіб.

Публічність речових прав зазвичай досягається за допомогою інститутів володіння (щодо рухомих речей) і реєстрації (щодо нерухомих).

Випадки, коли суб'єкт речового права не володіє річчю (наприклад, власник передав річ у позику), швидше є винятками.

Речові права мають властиві їм *особливості захисту*, якими відрізняються від зобов'язальних прав.

У зобов'язанні наперед відома сторона, яка може порушити зобов'язання, і саме проти неї подається позов кредитору (позов із відповідного зобов'язання).

На відміну від зобов'язання порушити речове право може будь-яка третя особа, яка наперед є невідомою.

Конкретний речовий позов, як і будь-який інший, вчиняється проти суворо визначеної особи – порушника речового права. Тому в речових правовідносинах лише в момент порушення індивідуалізується особа, до якої може бути подано позов². Все це означає, що речове право стосується переважно проблеми «належить мені», а не проблеми «можу вимагати», тобто оформлює статичну цивільних майнових відносин. Цим речові права відрізняються від зобов'язальних прав, які оформ-

¹ Дзера О. В. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і допов. К. : Юрінком Інтер, 2010. 976 с. С. 653.

² Бабаев А. Б. Система вещных прав : монографія. М. : Волтерс Клувер, 2007. 408 с. С. 197–198.

люють перехід речей та інших об'єктів цивільних правовідносин від одних учасників до інших, а також виключних прав, які мають об'єктом нематеріальні результати творчої діяльності, або засоби індивідуалізації товарів.

ЦК України, інші акти цивільного законодавства не містять нормативного визначення поняття речових прав, що зумовлює важливість сформульованого теорією цивільного права *поняття речових прав*.

У доктрині права речове право, як і будь-яке суб'єктивне цивільне право, розглядається в двох значеннях – об'єктивному і суб'єктивному.

В *об'єктивному* значенні речове право визначається як сукупність норм з регулювання майнових відносин, у яких уповноважена особа здійснює свої права на річ, не потребуючи позитивних дій інших осіб.

Речове право в *суб'єктивному* розумінні є правом особи, що здійснюється його носієм безпосереднім ставленням особи до речі і в своєму інтересі або в чужому інтересі (у визначених законом випадках).

В останньому випадку під речовим правом слід розуміти право особи, що здійснюється його носієм у своєму інтересі і безпосереднім ставленням особи до речі, що передбачає «...безпосередній вплив на річ, яка перебуває в сфері господарського панування»¹.

У сучасній українській доктрині переважає розуміння речового права («*Property Law*») як сукупності правових конструкцій, перелік яких передбачений законом, зокрема ЦК України, що передбачає окремі види речових прав.

Відповідно речовим правом вважається право, яке не може бути створене за волею учасників та (або) змінене ними за змістом, обсяг повноважень якого визначено законом залежно від виду речового права, яке передбачає безпосередній вплив на річ без сприяння інших осіб та усунення від неї всіх третіх осіб².

¹ Див.: Толстой Ю. К. Понятие и признаки вещного права. Гражданское право: учебник: в 3 т. 6-е изд., перераб. и доп. // Н. Д. Егоров, И. В. Елисеев и др.; отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. Т. 1. М. : ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2004. 776 с. С. 392; Харитонов С. О., Старцев О. В. Право власності в системі речових прав. Цивільне право України : підручник. Вип. 2, перероб. і доп. К. : Істина, 2007. 816 с. С. 277.

² Maydanyk Roman, Property and Trust Law of Ukraine: Monograph // in International Encyclopaedia of Laws series, edited by Alain Verbeke & Vincent Sagaert. Alphen aan den Rijn, NL : Wolters Kluwer, 2017. P. 42.

Юридична природа речового права

Сутність речового права характеризується дwoяко: як абсолютні відносини між особами з приводу речі (у розумінні усунення всіх третіх осіб від недозволеного впливу на річ) і речові відносини, що встановлюють панування над річчю, належну особі на праві власності, праві володіння, праві на чужу річ, абсолютному за своїм характером і забезпеченому захистом від усіх третіх осіб¹.

У зв'язку з цим в доктрині сформульовано два основних підходи до визначення цього права: як відносин особи до речі чи відносин осіб з приводу речі. Тому речове право визначають або як міру панування над річчю щодо третіх осіб, або як міру влади над третіми особами з приводу речі.

Перевагою першого підходу є простота в поєднанні із вказівкою на сутність права, з приверненням уваги до характеру панування, яке здійснюється уповноваженою особою. Цінність іншої позиції полягає в зазначенні того, що відносини з приводу речей – це завжди відносини між людьми.

Українською дореволюційною цивілістичною наукою речове право традиційно вважалося формою відношення особи до речі, згідно з якою «речове право дає суб'єкту безпосередню, або законну, юридичну владу над майном».

Ці погляди відображали індивідуалістичні тенденції, що ґрунтувалися на теорії природного права (Г. Гроцій², Ш. Монтеск'є³, Ж-Ж. Руссо⁴, К. Д. Кавелін⁵).

¹ Суханов Е. А. Последний полный учебник гражданского права дореволюционного периода / Синайский В. И. Русское гражданское право. М. : Статут, 2002. 638 с. С. 37.

² Гроций / В. Ф. Коровин. Новая философская энциклопедия : в 4 т. / пред. науч.-ред. совета В. С. Стёпин. 2-е изд., испр. и доп. М. : Мысль, 2010. 2816 с.

³ Шарль Луи Монтескье. О духе законов. URL: <http://www.civisbook.ru/files/File/Monteskye.O dukhe.pdf>

⁴ Див.: Руссо Ж. Ж. Об общественном договоре. Трактаты / пер. с фр. М. : «КАНОН-пресс», «Кучково поле», 1998. 416 с.; Руссо, Ж. -Ж. Сочинения : [16+]. Киев : Мультимедийное Издательство Стрельбицкого, 2013. 196 с. URL: <https://biblioclub.ru/index.php?page=book&id=234417> (дата обращения: 10.08.2021).

⁵ Див.: Кавелин К. Д. Наш умственный строй. Статьи по философии русской истории и культуры (39,11 п. л.). Составление, вступительная статья В. К. Кантора. Подготовка текста и примечания В. К. Кантора и О. Е. Майоровой. М. : Правда. 1989. 654 с.; Кавелин К. Д. Собрание сочинений в 3-х т. СПб. : Типография М. М. Стасюлевича, 1889. Т. 2. 1258 с.

Сутність цієї теорії зводиться до того, що людина від самого початку наділена свободою волі і що ця свободна воля є джерелом формування права, моралі, політичної влади, але сам процес розвитку свободи і забезпечення прав людини пов'язаний із розвитком держави. Представники цього напрямку зазначають, що сутність власності зумовлена самою природою людини¹.

Визначене законодавством ставлення людини до речі у вигляді надання суб'єкту певних повноважень панування більшою або меншою мірою над майном, що має значення речі, є проявом суб'єктивного права особи, заснованого на її невід'ємних природних правах.

Інша точка зору щодо сутності речового права спирається на нормативістську теорію, представниками якої були О. Конт², Л. Дюгі³, на думку яких індивід не має жодних прав, а має лише обов'язки, а верховним регулятором людських спільнот є об'єктивна норма, що видається державою.

Нормативістський підхід ґрунтується на розумінні речового права як панування не над речами, а над третіми особами щодо речі, оскільки «будь-яке право існує лише у відносинах між особою та іншою особою, а не між особою та річчю» (Б. Віндшейд)⁴.

Прихильники цієї концепції зазначають, що особливість речового права полягає у встановленні безпосереднього відношення до речі не в тому розумінні, що начебто уповноважений суб'єкт має перебувати в контактi, у дотику з річчю, а в тому, що для здійснення свого права на річ він не має потреби в посередництві інших осіб (Г. Шершеневич)⁵.

Подібної позиції дотримувався М. Пляніоль⁶, який вважав, що відношення юридичного порядку не може існувати між особою і річчю;

¹ Кавелин К. Д. Собрание сочинений в 3-х т. СПб. : Типография М. М. Стасюлькевича, 1889. Т. 2. С. 113.

² Конт О. Общий обзор позитивизма / перевод с французского И. А. Шапиро; под ред. Э. Л. Радлова. Изд. 2-е. М. : Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2011. 296 с.

³ Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства / перевод: Яценко А. С., Краноустского В., Сыромятникова Б. Предисловие к русскому переводу: Новгородцева П. И. Москва : Типография Товарищества И. Д. Сытина, 1908. 988 с.

⁴ Windscheid. Lehrbuch des Pandektenrechts, 9 Aufl., I Bd., 1906. S. 101.

⁵ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / вступ. ст., Е. А. Суханов. М. : Фирма «СПАРК», 1995. 556 с.

⁶ Пляниоль М. Курс французского гражданского права. Выпуск 6. Том 6. Books on Demand, 2017. 136 с.

це був би нонсенс. За самим своїм визначенням, будь-яке право є відношенням між особами. На думку В. І. Сінайського, «можливість здійснення речового права незалежно від того, хто фактично володіє предметом речового права, визначає його характер як речовий»¹.

Наведене свідчить, що речові правовідносини характеризуються в двох вимірах: і як абсолютні, і як речові. У зв'язку з цим речові правовідносини доцільно розглядати як міру панування над річчю щодо третіх осіб (речові відносини) і як міру влади над третіми особами з приводу речі (абсолютні відносини).

Речове право як складова системи права і національного правопорядку

Речове право є родовою категорією всіх правових форм належності майна суб'єктам цивільних правовідносин. Категорія речового права не вичерпується і не поглинається правом власності².

Речове право в об'єктивному розумінні є системою норм права, що регулюють відносини належності матеріальних благ. При цьому предметом речового права виступають відносини, пов'язані з присвоєнням та використанням речей як матеріальних предметів³.

У системі цивільного права речове право доцільно розглядати як підгалузь цивільного права, складовими якої є інститути володіння, права власності, речових прав на чуже майно і речово-правові способи захисту.

Нормативне регулювання відносин належності матеріальних благ фактично містить загальні положення про речові права у вигляді загальної частини.

Загальна частина речового права значною мірою формально відсутня в нормах ЦК, оскільки певна частина загальних положень речового права фактично дістали відображення в загальних положеннях про право власності (гл. 23 ЦК, статті 316–327) і речові права на чуже майно (статті 395, 396 ЦК).

¹ Сінайский В. И. Русское гражданское право. М. : Статут, 2002. 638 с. С. 36–37.

² Щенникова Л. В. Вещное право : учеб. пос. М. : Юристь, 2006. 190 с. С. 9.

³ Скрыбин С. В. Предмет, метод и система вещного права: некоторые вопросы кодификации гражданского законодательства в Казахстане. Актуальные проблемы частного права. *Libeg amicorum* в честь академика М. К. Сулейменова; сост. Е. Б. Жусупов, А. Е. Дуйсенова. Алматы : Юридическая фирма «Зангер», НИИ частного права, 2011. 544 с. С. 276.

У цьому зв'язку загальні положення про речові права мають містити норми про поняття і принципи речового права, коло речових прав, співвідношення різновидів речових прав одне з одним і з правом зобов'язальним, порядок здійснення речових прав, визначення меж публічно-правового впливу на норми інституту речового права¹.

Передбачена в ЦК назва книги III ЦК «Право власності та інші речові права», а не «Речове право», не заперечує існування цього правового утворення і пояснюється тривалим періодом заперечення і відродженням інституту речового права в праві України. Цим можна пояснити активну дискусію щодо назви цієї книги ЦК. У проекті ЦК Книга III мала назву «Речове право», що найбільш вдало відображало підтримувану розробниками проекту ЦК ідею інституту речового права як системи самостійних речових прав. Однак на стадії прийняття ЦК законотворці надали перевагу розумінню права власності як основного речового права і похідності від права власності інших речових прав, що зумовило назву Книги III «Право власності та інші речові права».

Інститут речового права в історії цивільного права України, зокрема, закріплювався в окремій главі ЦК УРСР 1922 р. «Речове право».

При цьому глава ЦК УРСР 1922 р. «Речове право», яка містила чотири частини: право власності, право забудови, заставу майна, заставу товару в обороті, не передбачала загальних положень про речове право².

Однак у 60-ті роки минулого століття інститут речового права зник із законодавства. ЦК УРСР 1963 р. виключив речове право як категорію, а відповідний розділ Кодексу (розділ 2) дістав назву «Право власності».

На сучасному етапі відбувається відродження в Україні інституту речового права: його визнання в Україні (а не права власності та інших речових прав) – питання історичного часу, зокрема відновлення втрачених традицій та усвідомлення доктриною і правозастосовною практикою цінності цієї правової категорії.

¹ Щенникова Л. В. Вещное право : учеб. пос. М. : Юристъ, 2006. 190 с. С. 14.

² Гражданский кодекс УССР, принятый Постановлением ЦИК УССР от 16 декабря 1922 г. (СУ УССР 1922 г. № 55, ст. 780). Государственное издательство юридической литературы. М., 1950. 136 с.

Речове право є частиною національного правового порядку, що містить правила панування людини над речами (майном) відповідно до засад, передбачених Конституцією України і конкретизованих в економічному порядку.

Речове право – правова категорія, яка є сферою охорони як цивільного, так і публічного права, що зумовлено тісним зв'язком цивільно-і публічно-правових підходів до власності як єдиного об'єкта, які мають спільні зміст і властивості, незалежно від становища власника (держава Україна, територіальна громада, юридична особа, фізична особа тощо).

Поряд із цивільним законодавством право власності однаковою мірою, як і володіння та речові права на чуже майно, доповнюється або обмежується публічним правом, а саме Конституцією України, іншими законами.

Зокрема, на речове право та його реалізацію впливають: а) приписи Конституції України про соціальну зв'язаність права власності; б) приписи законодавства у сферах господарювання, використання природних ресурсів та охорони довкілля тощо.

Приватна власність на землю, наприклад, жорстко обмежується правилами про використання земельних ділянок, оподаткуванням, правом переважної купівлі нерухомості, яке надається в ряді випадків державі чи територіальним громадам (з огляду на суспільну необхідність) тощо.

Моделі та глобалізація речового права

Перспективи речового права значною мірою зумовлені сформованими світовою практикою основними моделями речового права і тенденцією до їх інтернаціоналізації в сучасному західноєвропейському та англо-американському праві.

Юридична модель речового права, як і цивільного права загалом, є продуктом розвитку не лише економічних відносин, але, насамперед, певних національно-історичних особливостей еволюції конкретного правопорядку.

Право не визначається виключно економічним базисом суспільства. Одні й ті самі відносини, наприклад, земельної власності, юридично зовсім іншим чином оформлюються в економічно однотипних правопорядках – англо-американському та європейському континентальному праві.

Речове право сформувалося на зовсім різних рівнях у різноманітних правових сім'ях. Властиве для континентальних систем права поняття права власності і майна невідоме англо-американському праву¹.

У праві країн Західної Європи постійна належність нерухомих речей юридично оформлюється за допомогою права власності й інших речових прав (а в правопорядках німецького типу нерухомими речами вважаються лише земельні ділянки).

В англо-американському праві у приватних осіб можуть бути лише різні, відносно «широкі» й «вузькі» «титули» (*estates*) на земельні ділянки як нерухомі речі (*real property* або *realty*), оскільки «право власності» на них (в європейському розумінні) може належати лише короні або штату.

При цьому такі «титули» існують як за «звичайним правом» (*estate in law*), так і за «правом справедливості» (*equitable estate*), тобто немов би «подвоюються», але разом з тим вони не можуть існувати щодо рухомих речей (*personal property*, або *personalty*), на які встановлюється «повна власність» (*full ownership*).

Сукупність наведених прав «власності» (*ownership*) і «титулів» (*estate*) становить поняття «*property rights*», яке юридично некоректно перекладається як «права власності», хоча в дійсності слід вести мову про права на майно.

У літературі зазначається, що ніяких «прав власності» немає не лише в європейських континентальних правопорядках (де існує лише одне право власності), але й в англо-американському праві. Прихильники такого підходу вважають, зокрема, що й «інтелектуальна власність» (*intellectual property*) є не якимось різновидом «власності» або «права власності», а лише результатом неправильного перекладу, оскільки в дійсності при цьому йдеться про «майнові права на результати творчої діяльності»².

¹ Introducing the International Encyclopaedia for Property and Trust Law, edited by Alain Verbeke, Prof. Vincent Sagaert & Mr. Bert Van Den Houte. Alphen aan den Rijn, NL : Kluwer Law International, 2016. P. 21. URL: <https://ielaws.com/encyclopaedias/iel-property-trust-law>

² Суханов Е. А. О проблемах методологии цивилистических исследований. Актуальные проблемы частного права. Liber amicorum в честь академика М. К. Сулейменова / сост. Е. Б. Жусупов, А. Е. Дуйсенова. Алматы : Юридическая фирма «Зангер», НИИ частного права, 2011. 544 с. С. 30–41, 36–38.

Очевидно, пояснити зазначені відмінності в правовому регулюванні економічно однакових відносин земельної власності в континентальній Європі речовим правом і в англо-американському праві – складною системою «титулів» (*estate*) можна саме особливостями національно-історичного розвитку конкретного правопорядку.

Загальновідомо, що відносно рання буржуазна революція в Англії XVII ст. зберегла феодальні засади сформованого правопорядку (відомого як система «загального права» – *common law*), який потім із певними модифікаціями перейшов до США, тоді як буржуазні республіки в Європі XVIII ст. повністю змели феодальну систему «розщепленого права власності» (*dominium directum i dominium utile*) на нерухомість, замінивши її розробленою німецькими пандектистами системою речових прав.

Отже, процес глобалізації (зближення та уніфікації) цивільного права, особливо у сфері речового права, має певні обмеження, зумовлені національно-правовими особливостями конкретного правопорядку, що ґрунтуються на засадах певної правової сім'ї.

Відповідно, при проведенні загальної систематизації цивільного законодавства в сфері речового права необхідно враховувати особливості власного правового розвитку і сформовані національно-правові традиції, які врешті й визначатимуть допустимий ступінь модифікації та інтегрованості відповідних речово-правових конструкцій національного правопорядку¹.

Переосмислення концепцій речового права: формально визначені законом vs «регульовані» речові права

Сучасне речове право характеризує свого роду квантовий стрибок у комплексності, складності і гнучкості правових форм присвоєння майна, що є наслідком глобалізації та уніфікації права, лібералізації та широкого розуміння речового права, конвергенції речових й інших суб'єктивних прав, модифікації системи речового права.

Для країн романо-германського права загальне розуміння речового права визначається тенденцією до універсалізації сутності

¹ Maydanyk Roman, Property and Trust Law of Ukraine : monograph // in International Encyclopaedia of Laws series, edited by Alain Verbeke & Vincent Sagaert. Alphen aan den Rijn, NL: Wolters Kluwer, 2017. 474 p. P. 39.

речових прав, заснованої на ідеях автономії волі та панування особи над річчю. Базовий елемент, на який історично спиралися від самого початку речові права, – фізіологічні (біологічні) потреби – забезпечив їм первинний характер і зумовив їх головну ознаку – панування особи над об'єктом. Базис речових прав протягом століть залишається одним і тим самим, а спектр потреб (інтересів), які задовольняються в праві через речові права, постійно розширюється¹.

Наведене свідчить, що панування над річчю як майновим об'єктом є зумовленою автономією волі особи визначальною ознакою речового права і визначальним фактором для прогнозування подальших перспектив речового права, незалежно від сфери інтересів, які задовольняються через речові права.

В умовах сучасного технологічного укладу речове право характеризує тенденція до переходу від концепції формально визначеної автономії волі – до «регульованих речових прав», яка ґрунтується на ідеї сутнісного (функціонального), а не формально визначеного законом розуміння речового права як права найбільш повного панування над річчю².

Широке розуміння речі

Властиве концепції «регульованих речових прав» широке розуміння речових прав не обмежується матеріальними речами і включає в себе весь спектр нематеріальних об'єктів³ від прав вимоги до інтелектуальної власності й інших віртуальних об'єктів.

Такий підхід зумовлений, насамперед, трансформацією речі в сенсі права у відповідь на суспільні зміни, які відбуваються завдяки інтернаціоналізації, цифровізації і новим формам колективного здійснення прав.

¹ Майданик Р. А., Романюк Я. М. та ін. Переосмислення речового права в сучасних умовах. Речове право: пріоритети та перспективи : матеріали Київських правових читань. Київ, 22 березня 2019 року / відп. ред. Р. А. Майданик. К. : Алерта, 2019. 266 с. (Property Law: Priorities and Perspectives. Materials of Kyiv Law Conference. Kyiv, 22 March 2019 / R. A. Maydanyk, Ya. M. Romaniuk et al; edited by R. A. Maydanyk. K. : Alerta, 2019. 266 p.) (September 18, 2019). (С. 9–32). С. 10. URL: <https://ssrn.com/abstract=3455842> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3455842> (дата доступу: 12.02.2020)

² C. Godt (ed.), Regulatory Property Rights. The Transforming Notion of Property in Transnational Business Regulation, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, 2017, 248 p. P. 13.

³ Старженецкий В. В. Россия и Совет Европы: право собственности. М. : Городец, 2004. (208 с.). С. 51.

Зазначені тенденції суспільства цифрової ери істотно впливають на сучасні уявлення про річ, які своїм історичним корінням виростили на ідеології 18-го і 19-го століть.

Поширення набуває тенденція до посилення значення віртуальних об'єктів порівняно з матеріальними об'єктами. Віртуальне середовище наповнене нематеріальними об'єктами, здатними до генерації знань і відчуттів, а також містить чисельні канали комунікації між людьми і штучним інтелектом, стає більш різноманітним і, отже, більш привабливим, ніж натуральне середовище. Речі, які слугують потребам суб'єкта права, стають «розумними» речами, вони можуть інформувати про свій стан і вступати в різні типи комунікації¹.

Річ у розумінні права існує в сучасній багаторівневій системі і не обмежується національним правопорядком. Необхідно враховувати широкий спектр функціональності (функціональних можливостей) носія речово-правового титулу в контексті управління складовими набуття та передання правового титулу в сучасних міжнародних ринках капіталу і водночас визнавати законні інтереси третіх сторін і сучасні форми управління ними.

Один із вирішальних проявів функціональності речового права і викликів теорії речі полягає в тенденції до переходу від формально визначеного до сутнісного (функціонального) розуміння речового права шляхом розширення свободи договору до меж встановлення змісту речового права, визнання оречевлення зобов'язальних прав і права на встановлення контролю та користування річчю, захищеною проти всього світу (тобто щодо будь-яких третіх осіб), визначення місця контролю над глобальними бізнес-транзакціями як засобу локалізації *Lex Rei Sitae*².

Властиве концепції «регульованих речових прав» широке розуміння речових прав не обмежується матеріальними речами і включає

¹ Сарбаш С. Гражданский оборот в цифровую эпоху. URL: https://zakon.ru/blog/2017/10/21/grazhdanskij_oborot_v_cifrovuyu_epohu

² Див.: С. Godt (ed.), *Regulatory Property Rights. The Transforming Notion of Property in Transnational Business Regulation*, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, 2017, 248 p. P. 13, 42; C. W. Canaris, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*, in *Festschrift fuer Werner Flume zum 70. Geburtstag* 12. September 1978, Schmidt KG, Koeln, 1978, 372 ss.

в себе весь спектр нематеріальних об'єктів від інтелектуальної власності до прав вимоги¹.

Об'єктивно і закономірно виникає питання про доцільність і застосування в речовому праві принципу *numerus clausus*² і допустимість його модифікації у вигляді принципу відносно закритого (чи відносно відкритого) переліку речових прав в умовах домінування в українському приватному праві юридичних конструкцій германської гілки права, що певною мірою відображає ідею лібералізму правового регулювання речових відносин шляхом надання їх учасникам більших правових можливостей, відхід від усталеної практики нав'язування чужого вибору всім іншим.

«Приховані» речові права

Вплив функціонального (сутнісного) розуміння речового права формує тенденцію до розширення кола речових прав за рахунок так званих «прихованих» речових прав. Такого роду атипові речові права можуть бути виявлені такими двома способами: а) речові права, які визначаються з урахуванням змісту норм ЦК, інших законів України і законодавчо прямо не названі речовими правами – довірче управління майном, переважне право купівлі-продажу майна, оренда, застава, іпотека, утримання; б) речові права, передбачені спеціальними законами і знаходяться в ЦК України в системі зобов'язальних прав (довгострокова оренда нерухомості, [довірче] управління майном тощо)³.

Існування «прихованих» речових прав є викликом для побудованого за пандектною системою цивільного права країн континентальної системи права, яке визначає речове право як сукупність вичерпно врегульованих прав на річ⁴.

¹ Старженецкий В. В. Россия и Совет Европы: право собственности. М. : Городец, 2004. 208 с. С. 51.

² Харченко Г. Г. Перспективи розвитку речового права в Європі. Розвиток сучасного приватного права в країнах Європи : матеріали VIII Міжнародного цивільно-правового форуму, Київ, 19–20 квітня 2018 року. К. : ТОВ «Білоцерківдрук», 2018. 287 с. С. 251–254. С. 252.

³ Майданик Р., Майданик Н., Попова Н. Переосмислення загальної частини речового права в умовах європеїзації та кодифікації. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 6. С. 39–54. С. 49.

⁴ Халабуденко О. А. Имущественные права. Книга 1. Вещное право. Кишинев : Изд-во Международ. независимый ун-т Молдовы, 2011. 305 с. С. 17.

Існування «прихованих» речових прав відображає тенденцію до конвергенції правових форм присвоєння майна, яка полягає в універсалізації абсолютних майнових прав, взаємопроникненні речових, зобов'язальних, інших видів суб'єктивних прав. Зазначена тенденція знайшла вираження у формуванні відносно відкритого переліку речових прав шляхом визнання «прихованих» (квазі-речових) прав, зокрема оречевлених зобов'язальних прав (право довірчої власності, [довірче] управління майном, довгострокова оренда нерухомості, право переважної купівлі) та широкого (конституційно-правового) розуміння власності, поряд із цивільно-правовим розумінням власності, що дає можливість поширювати правовий режим захисту права власності на інші суб'єктивні права, які не є формально визначеними законом обмеженими речовими правами, у визначених випадках та обсязі.

Ефект оречевлення зазначених зобов'язальних прав полягає в поширенні на зазначені правові конструкції таких принципів-ознак речового права як публічність, слідування та абсолютність захисту. По-суті, лише відсутність прямої вказівки закону про визнання цих прав речовими не дає можливості розглядати «приховані» речові права як речові права.

З огляду на це, потребує додаткового вивчення як питання системного впровадження широкого розуміння речі та переліку речових прав, так й удосконалення закритого переліку (*numerus clausus*) речових прав шляхом впровадження у вітчизняне право принципу відносно закритого (або відносно відкритого) переліку речових прав, згідно з яким внесенню до державного реєстру прав на нерухомість підлягають не лише визначені законом речові права, але й інші права тієї самої природи, навіть якщо вони не зазначені в законі.

Широке розуміння нерухомої речі

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

Реалізація в праві України політики економічного та юридичного лібералізму знайшла відображення в тенденції до дезінтеграції єдиного права власності і широкого розуміння поняття речових прав шляхом законодавчого визнання майна (а не лише речей) об'єктом речового права, поширення елементів режиму речового права на

індивідуалізовані зобов'язальні, корпоративні, інші права та інтереси майнового характеру, які визнаються цінностями та об'єктами майнового присвоєння, характер панування над якими має всі ознаки речово-правового режиму.

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

Згідно з концепцією фікції права в країнах германського типу права (Австрія, Німеччина, Швейцарія) будівля стає складовою частиною не земельної ділянки, а обмеженого речового права забудови, прирівняного до нерухомого майна¹. Відповідно до концепції множинності об'єктів нерухомості європейських країн романського типу (Франція, Італія) до нерухомості відносяться: земельні ділянки, будівлі, інвентар, тварини, права тощо (статті 518, 520, 524 ЦК Франції). Визнання обмеженого речового права нерухомістю чи прирівняним до нерухомості є важливим для застосування до права забудови всіх правил, які є застосовними до обороту земельних ділянок (нерухомого майна), що надає можливість забудовнику набути міцний титул і безпосереднє панування над земельною ділянкою в межах визначеного договором строку. Застосування правового режиму нерухомості є підставою для теоретичного обґрунтування віднесення будівлі як складової частини обмеженого речового права забудови, яке є нерухомістю чи прирівняним до нерухомого майна.

З огляду на зазначений досвід європейських країн і тенденцію до широкого розуміння речі, заслуговує підтримки ідея впровадження в ЦК України положень про визнання обмеженого речового права забудови нерухомим майном або прирівняним до нього, що тягне за собою застосування положень законодавства, які стосуються регулювання обороту нерухомості і внесення запису до державного реєстру речових

¹ Див.: Tobias, Archiv Fur civ. Praxis. Том XCIV, р. 190; Dernburg Motive zum Entwurf eines burg Gesetzbuchs III. P. 467; Полежаев О. А. Права застройщика на земельный участок и возведенное им строение: история становления и зарубежный опыт. М. : Юстицинформ, 2016. 144 с. С. 23, 39.

прав на нерухоме майно та їх обтяжень. Будівля, споруджена на підставі права забудови, визнається нерухомим майном. Припинення права забудови в імперативному порядку має своїм наслідком приєднання будівлі до земельної ділянки і припинення права власності забудовника.

Застава як речове право

Право України, як і в багатьох інших країнах континентального права¹, характеризує певне розмиття кордонів між речовими та зобов'язальними правами, що виявляється не лише в певних обмеженнях дії принципів речового права щодо окремих речових прав, але також у тому, що відбувається оречевлення окремих зобов'язальних прав, внаслідок чого вони набувають окремих ознак речових прав.

Часткове обмеження дії принципів речового права спостерігається в речових забезпечувальних правах, зокрема в заставі. Заставні правовідносини регулюються ЦК України в главі про забезпечення виконання зобов'язань, а спеціальними законами (Закони «Про державну реєстрацію речових прав на нерухомість та їх обтяжень», «Про заставу» тощо) застава розглядається як обмеження речових прав (речове обтяження). Право України частково відображає модель регулювання договору застави нормами зобов'язального права, а права застави як права, яке обтяжує річ і слідує за нею, – положеннями речового права. Законодавство України відображає подвійне відношення до права застави, згідно з яким право заставодержателя не визнається речовим правом, з огляду на розмаїття об'єктів застави (речі, майнові права, частка в праві власності), але передбачає правовий режим «класичних» речових прав для окремих правових видів застави, які мають властивості публічності та слідування, і надають пріоритет заставним кредиторам перед іншими кредиторами. Речове право застави виникає на підставі договору за умови надання заставі властивості публічності (шляхом реєстрації права застави в реєстрі, або іншим чином, який встановлюється законом). Якщо заставі не надано властивість публічності, то вона не має властивості слідування і не надає заставному кредитору переважне задоволення своїх вимог перед іншими кредиторами.

¹ Крузински-Сингер Е., Зарандия Т. Рецепция немецкого вещного права в Грузии. *Вестник гражданского права*. 2012. № 1. Том 12. С. 222–257. С. 233–234.

Заставне право є речовим правом, яке відноситься до групи прав на чужу річ, де цінність чужого майна слугує забезпеченням права вимоги. Право заставодержателя має своїм об'єктом річ, воно повсюди слідує за нею, незалежно від права власності на неї, яке може переходити від однієї особи до іншої¹ і пріоритетно задовольняється перед вимогами інших кредиторів. Заставне право створює на користь заставодержателя виключну правомочність щодо певної частини чужого майна, яка, на відміну від інших речових прав, не має метою ні користування, ні обладання річчю, а лише отримання певного розміру її вартості, і, крім того, із здійсненням цієї правомочності заставодержателя припиняється саме заставне право². При цьому речово-правовий характер застави не спростовується тим, що «речовість застави, яка залишається способом забезпечення виконання зобов'язань, існує лише поки вона спроможна забезпечити виконання основного зобов'язання»³. Незважаючи на особливості, зумовлені функціями забезпечення виконання зобов'язань, заставодержатель наділений речовим правом, із властивими йому загальними принципами-ознаками речового права.

Віртуальний актив як цифрова річ

Сучасний етап розвитку інституту речового права, поряд із розширенням переліку суб'єктивних прав з ознаками речового права, зближенням концепцій речових і зобов'язальних прав, характеризується появою нових видів «нематеріального» майна, які мають характеристики товару (віртуальні активи, криптовалюта, «віртуальна власність» («кібер власність») тощо), що ставить до порядку дня питання щодо їх природи та місця в системі об'єктів цивільного права.

Право України визнає віртуальні активи нематеріальним благом, що є об'єктом цивільних прав. Відповідно до Закону України «Про віртуальні активи» від 8 вересня 2021 року № 1719-ІХ віртуальним активом

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. 556 с.

² Кассо Л. А. Понятие о залоге в современном праве. М., 1999. 284 с.

³ Див.: Аюшеева С.Д. Гражданско-правовые проблемы обеспечения интересов участников первичного рынка ипотечного жилищного кредитования: дисс. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2004; Лепехин И. А. Правовая природа ипотеки. Вестник ЧумГУ № 4 (55). С. 67–69. URL: file:///C:/Users/Admin/Downloads/pravovaya-priroda-institutata-ipoteki.pdf

є нематеріальне благо, що є об'єктом цивільних прав, має вартість та виражене сукупністю даних в електронній формі. Існування та оборотоздатність віртуального активу забезпечується системою забезпечення обороту віртуальних активів (ст. 1); особливості обороту віртуальних активів визначаються Цивільним кодексом України та цим Законом (ст. 4)¹.

У вітчизняній доктрині віртуальні активи є предметом наукової дискусії і розглядаються як нематеріальне благо², цифрова річ³, особливе майно⁴.

Концепція віртуального активу як нематеріального активу ґрунтується на визнанні його відмінним від речі та майнового права майнового нематеріального об'єкта цивільних прав, існування та оборотоздатність якого визначається ЦК та спеціальним законом (Законом України «Про віртуальні активи»). Розуміння віртуального активу цифровою річчю ґрунтується на пропріетарній концепції, що передбачає визнання віртуального активу річчю або поширення правового режиму речі. Визнання віртуального активу особливим майном передбачає класифікацію всіх цих цифрових активів залежно від їх економічного призначення.

Передбачене законом визнання віртуальних активів майновим нематеріальним благом кореспондує обґрунтованому у вітчизняній доктрині розумінню криптовалюти як нематеріального блага (щодо незабезпечених віртуальних активів)⁵ та фінансового активу (щодо

¹ Закон України «Про віртуальні активи» від 8 вересня 2021 року № 1719-IX [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69110

² Скрипник В. Л. Теоретичні і методологічні проблеми об'єктів цивільних прав: монографія / В. Л. Скрипник. – Кременчук : Вид. Щербатих О. В. 2020. (380 с.). – С. 80.

³ Майданик Р. А. Переосмислення речового права в сучасних умовах // Речове право: пріоритети та перспективи. Матеріали київських правових читань. Київ, 22 березня 2019 року / Р. А. Майданик, Я. М. Романюк та ін.; відп. ред. Р. А. Майданик. К. : Алерта, 2019. (266 с.). С. 8–32. С. 15, 17.

⁴ Патачиц Н. О., Філатова-Білоус Н. Ю. Перспективи визначення правового режиму криптовалюти у вітчизняному цивільному законодавстві з урахуванням досвіду зарубіжних країн // Forum Prava, 2021. 67(2). 62–77. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://forumprava.pp.ua/files/062-077-2021-2-FP-Patachys,Filatova-Bilous_9.pdf

⁵ Скрипник В. Л. Вказ. праця. С. 80.

забезпечених віртуальних активів)¹, які, відповідно, є нематеріальним майном, або майновим (цифровим) правом.

Зазначений законодавчий і доктринальний підхід щодо розуміння віртуальних активів загалом може мати місце, однак не повною мірою відображає правову сутність цього об'єкту цивільних прав. Визнання віртуального активу майном, яке не є річчю і майновим правом, залишає без відповіді питання щодо правового режиму криптовалюти, зокрема існування та оборотоздатність цього об'єкту цивільних прав.

Будь-який віртуальний актив є цифровим товаром, що є частиною віртуального простору, наприклад, файли, які є тими елементарними частинками, які утворюють його. Цифрові товари є нематеріальними речами, які можуть зберігатися, доставлятися і використовуватися в електронній формі². Електронні об'єкти (цифрові товари) в силу своєї віртуальності не є матеріальними речами, проте мають всі ознаки речей (товару). Вони є послідовністю даних (цифр), яким властива визначеність, виражена в структурних характеристиках (наприклад, файл залежно від формату має власну назву, структуру і якість, а також розмір, вимірюваний, як правило, в байтах), що зазвичай вирізняє їх з-поміж інших однорідних цифрових товарів, індивідуалізуючи їх. Цифрові товари або електронні товари – це нематеріальні товари, які існують у цифровому вигляді³ і зазвичай мають ознаки цифрової речі, визначеної індивідуальними ознаками.

Основна відмінність такого віртуального активу як криптовалюти від безготівкових коштів та електронних грошей полягає у знаходженні криптовалюти у безпосередньому володінні особи і не пов'язаності з діями третіх осіб (банків). Тому, на відміну від безготівкових коштів і електронних грошей, права на криптовалюти – це не права

¹ Патачиц Н. О., Філатова-Білоус Н. Ю. Вказ. праця. С. 62.

² Vangie Beal, Digital Goods, WEBOPEDIA (Feb 5, 2021, 06:40 AM), [webopedia.com/definitions/digital-goods/#:~:text=In%20electronic%20commerce%2C%20digital%20goods,or%20download%20from%20the%20Internet](https://www.webopedia.com/definitions/digital-goods/#:~:text=In%20electronic%20commerce%2C%20digital%20goods,or%20download%20from%20the%20Internet).

³ Vangie Beal, "Digital Goods". Webopedia. Retrieved, Feb 5, 2021. Available at: <https://www.webopedia.com/definitions/digital-goods/#:~:text=In%20electronic%20commerce%2C%20digital%20goods,or%20download%20from%20the%20Internet>.

вимоги до банку або іншої особи, а безпосередньо права на криптовалюти¹.

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

З огляду на їх оборотоздатність та функціональну спрямованість, на правовідносини, пов'язані з оборотом криптовалют доцільно поширювати правовий режим речових прав, віртуальні активи (криптовалюти) доцільно класифікувати як цифрову річ, яка є різновидом нематеріальної речі (*res incorporales*), тобто речі, яка сприймається не доступними людині почуттями, а лише свідомістю. При цьому цифровою річчю особи визнається цифровий контент, на який вона має право, обліковий запис електронної пошти, в мережі або інший онлайнвий обліковий запис, на який вона має право².

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

За своєю юридичною природою поширення правового режиму майна на зазначені нематеріальні об'єкти покликане порівняти

¹ Майданик Р. А. Криптовалюта: проблеми правового регулювання. Актуальні проблеми приватного права : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. 96-й річниці з дня народж. В. П. Маслова (м. Харків, 14 лют. 2018 р.). Харків : Право, 2018. С. 11–15.

² Майданик Р. А. Переосмислення речового права в сучасних умовах // Речове право: пріоритети та перспективи. Матеріали київських правових читань. Київ, 22 березня 2019 року / Р. А. Майданик, Я. М. Романюк та ін.; відп. ред. Р. А. Майданик. К. : Алерта, 2019. (266 с.). С. 8–32. С. 15, 17.

їх до речей із застосуванням юридичного методу, який передбачає створення власного індивідуального правового режиму під кожний майновий нематеріальний об'єкт, що нерідко призводить до дублювання, правових колізій, прогалин і вимушеного застосування аналогії в праві при визначенні правового режиму зазначених нематеріальних об'єктів.

Існування різних неузгоджених із річчю правових режимів майнових нематеріальних об'єктів, які є частиною майна особи, зумовлює необхідність уніфікації поняття речі та правового режиму прирівнених до неї майнових нематеріальних об'єктів шляхом впровадження в ЦК України поділу речей на матеріальні (тілесні) та нематеріальні (безтілесні); останніми є речі, які сприймаються лише свідомістю, а не доступними людині почуттями, наскільки вони є складовими частинами майна особи¹.

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

Принципи речових прав

Речовим правам властиві принципи абсолютності, слідування, визначеності законом переліку і змісту речових прав (*numerous clausus*), переваги (старшинства), публічності.

Принцип абсолютності речових прав полягає в тому, що речові права можуть бути протиставленими будь-яким третім особам, а власник чи суб'єкт іншого речового права має право усувати будь-яке втручання на належне йому майно з боку третіх осіб.

¹ Майданик Р. А. Вказ. праця. С. 15.

Принцип слідування означає, що суб'єктивне речове право зберігає свою чинність і слідує за своїм об'єктом у разі зміни суб'єкта речового права на відповідну річ, якщо інше не передбачено законом.

Так, право користування чужим майном (сервітут) зберігає свою чинність у разі переходу до інших осіб права власності на майно, щодо якого він встановлений (ч. 6 ст. 403 ЦК України). Винятком із цього загального правила є право користування житловим приміщенням членами сім'ї власника житлового будинку (квартири). Право слідування діє також щодо застави. Застава зберігає силу, якщо однією з підстав, зазначених у законі, майно або майнові права, що становлять предмет застави, переходять у власність іншої особи (ч. 1 ст. 27 Закону України «Про заставу»).

Принцип закритого переліку речових прав передбачає встановлення речових прав законом та обов'язковість нормативної конкретизації повноважень суб'єктів речових прав. Закритість переліку речових прав означає, що: щодо речей можливі лише повноваження, встановлені законом; види і зміст речових прав визначаються безпосередньо законом (а не договором із власником).

Речове право України загалом дотримується принципу визначеного законом переліку речових прав (*numerous clausus*), згідно з яким речовими правами визнаються визначені законом речові права. Не визнаються речовими правами інші права тієї самої природи, якщо вони не зазначені в законі як речові права.

Принцип переваги (старшинства) речових прав полягає в тому, що у випадку зіткнення речових прав раніше встановлене на майно речове право має перевагу перед речовим правом, встановленим на майно пізніше, якщо інше не передбачено законом. Вимога, що впливає з речового права, яке виникло раніше, підлягає задоволенню першою. Речове право, здійснення якого має відповідне забезпечення (забезпечувальне право), може бути здійснене позачергово лише в тій частині і тим способом, яким воно забезпечене. У разі якщо речові права не мають переваги одне перед одним (зокрема, речові права, що виникли або зареєстровані одночасно, не мають забезпечення), їх реалізація здійснюється за принципом рівнопропорційного задоволення вимог суб'єктів цих речових

прав¹. У випадках, передбачених законом, правило старшинства (переваги) підлягає обмеженню у вигляді пропорційного задоволення вимог носіїв речових прав, якщо такі права виявляються в кінцевому підсумку рівними одне одному².

Принцип публічності (гласності) речових прав передбачає, що суб'єктивне речове право виникає, змінюється, припиняється за умови державної реєстрації в державному реєстрі речових прав.

Право України, незважаючи на визнання множинності об'єктів нерухомості, не сформувало системних положень принципу прирощення земельної ділянки, властивого правопорядкам Західної Європи.

Так, за правом Франції та Італії внаслідок принципу прирощення будівля перестає бути самостійним об'єктом прав і включається до складу земельної ділянки. Ж. Марондьер зазначає на визнання за подібними будівлями положення складової частини земельної ділянки, що тягне за собою утворення єдиного майна, належного забудовнику на праві власності. У сучасній правовій доктрині Франції також існує тенденція до визнання конструкції, аналогічної «складовій частині земельної ділянки», закріпленої в німецькому праві³. Відповідно, у разі забудови земельної ділянки власником принцип прирощення є імперативним, що з неминучістю тягне за собою вибуття будівлі, окремо від земельної ділянки, із цивільного обороту як самостійного об'єкта.

При цьому принцип прирощення не поширюється на будівлі, споруджені на підставі права забудови.

Так, у країнах німецького типу права (Австрія, Німеччина, Швейцарія) щодо будівлі, спорудженої на підставі права забудови, не діє принцип прирощення земельної ділянки. В силу прямої вказівки закону (легальної фікції) будівля вважається частиною права забудови (її приналежністю) і належить забудовнику на підставі права власності, не виступаючи самостійним об'єктом цивільних прав⁴.

¹ Харченко Г. Г. Речові права : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2015. 432 с. С. 69–70.

² Майданик Р. А. Речове право : підручник. К. : Алерта, 2019. 1102 с. С. 50.

³ Див.: Морандьер Л. Ж. Гражданское право Франции. М., 1961 г. Т. 2. С. 286; Французский Гражданский кодекс : учеб.-практ. комментарий. М., 2008. С. 244–248.

⁴ Полежаев О. А. Вказ. праця. С. 36–39.

Принцип прирощення земельної ділянки ґрунтується на положеннях сформованого ще в приватному праві Стародавнього Риму принципу *superficies solo cedit* (від лат. зроблене над поверхнею слідує за поверхнею)¹, згідно з яким земля є головною річчю, а розташовані на ній об'єкти нерухомості – її складові частини. Він полягав у так званому правилі прирощення: знов споруджена будівля визнавалася частиною земельної ділянки, «приростаючи» до неї, вона поступала у власність власника земельної ділянки.

Внаслідок рецесії цього принципу правопорядками Західної Європи він дещо змінився: споруджена забудовником будівля визнається складовою частиною права забудови та, відповідно, щодо останньої забудовник, по факту, має повноваження власника. Оскільки за допомогою фікції право забудови прирівнюється до земельної ділянки², дія принципу *superficio solo cedit* при такому регулюванні виявляється в тому, що будівля, яка не відокремлена в речово-правовому сенсі, є складовою частиною немов би земельної ділянки. Відповідно, речовий ефект *superficies solo cedit* зберігається³.

У праві України використовується принцип єдності юридичної долі земельної ділянки разом із збудованим на ній об'єктом нерухомого майна, що передбачає порядок переходу права власності на житловий будинок, будівлю, споруду та прав на земельну ділянку під ними, який є діаметрально протилежним принципу *superficies solo cedit*, оскільки за ЦК (ст. 377) та ЗК (ст. 120) саме земельна ділянка слідує за будинком, спорудою, будівлею, а не навпаки. При застосуванні приписів статті 120 ЗК України та статті 377 ЦК України в судовій практиці сформувався принцип єдності юридичної долі земельної ділянки разом зі збудованим на ній об'єктом нерухомого майна, в основу якого покладено слідування землі за об'єктом нерухомості в разі

¹ Римское частное право : учебник / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. М., 2008. С. 161.

² Леонтьева Е. А., Эм М. Наследственное право застройки: опыт Германии. *Вестник гражданского права*. 2011. № 6. С. 44.

³ Ким С. Г. Принцип *superficies solo cedit* в российском праве. *Актуальные проблемы российского права*. 2016. № 11 (72) ноябрь. С. 94–98. С. 94. URL: file:///C:/Users/Admin/Downloads/printsip-superficies-solo-cedit-v-rossiyskom-prave.pdf

переходу права власності на такий об'єкт на підставі того чи іншого юридичного факту.

Наведене розуміння положень статті 120 ЗК України, статті 377 ЦК України як норм, які закріплюють принцип слідування юридичної долі земельної ділянки долі розміщеного на ній об'єкту нерухомості, є усталеним. Його відмінність із започаткованим у римському приватному праві принципом «*superficies solo cedit*» полягає в тому, що в його основу покладено слідування землі за об'єктом нерухомості. Його спрямованістю фактично є об'єднання юридичної долі двох окремих об'єктів нерухомості (земельної ділянки та житлового будинку, будівлі, споруди), які відповідно до частини першої статті 181 ЦК України є окремими нерухомими речами, щодо кожної з яких передбачено окремий режим їх формування, реєстрації як об'єктів цивільних прав.

Втім, таке розуміння юридичної долі земельної ділянки із застосуванням підходу автоматичного слідування землі за об'єктом нерухомості не завжди відповідає питанням практики, не охоплює собою випадків відчуження земельної ділянки та зведеного на ній об'єкту нерухомого майна як окремих нерухомих речей різним власникам¹ та не відповідає загальноновизнаному в правопорядках Західної Європи розумінню принципу *superficies solo cedit*.

Отже, вітчизняний правопорядок сприйняв принцип *superficies solo cedit* лише частково. Цей принцип у кінцевому рахунку повинен призвести до речової єдності земельної ділянки та об'єктів, які тісно з нею пов'язані. Цей процес вже завершився щодо ряду об'єктів (зокрема, посіви і насадження сільськогосподарських та інших культур, вироблена продукція, ч. 1 ст. 90, ч. 1 ст. 95 ЗК України). Основною проблемою на сьогодні залишається завершення цього процесу щодо будівель, споруджених на земельній ділянці.

У цьому зв'язку заслуговує уваги ідея відтворення принципу *superficies solo cedit* в ЦК і ЗК України як принципу єдності долі земельних ділянок і тісно пов'язаних з ними об'єктів, згідно з яким

¹ Ухвала Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 30.07.2020 року № 910/32643/15. URL: <https://mankivska-gromada.gov.ua/news/1616395388/>

«всі тісно пов'язані із земельними ділянками об'єкти слідують долі земельних ділянок».

Неефективність передбаченого в праві України принципу єдиної долі земельної ділянки і споруджених на ній об'єктів нерухомості зумовлює актуальність впровадження визнаного країнами германського та романського типу права принципу *superficies solo cedit*, що ґрунтується на принципі прирощення, згідно з яким у разі забудови земельної ділянки власником будівля перестає бути самостійним об'єктом прав, включається до складу земельної ділянки і визнається її складовою частиною, що тягне за собою утворення єдиного майна, належного забудовнику на праві власності. У разі забудови земельної ділянки не її власником (орендарем чи суперфіціарієм) принцип прирощення не поширюється на споруджені на ній будівлі, які визнаються нерухомим майном внаслідок того, що основні властивості будівель не залежать від прав на земельну ділянку, а за забудовником визнається тимчасове право власності на споруджені ним будівлі в межах дії договору оренди чи суперфіцію. Із припиненням права оренди або забудови будівлі приєднуються до земельної ділянки і стають складовою частиною земельної ділянки, або визнаються майном, яке забудовник зобов'язаний демонтувати.

Коло речових прав і національний правопорядок

Речові права покликані зміцнити (укріпити) суб'єктивне право на річ, відображають сутність майнового присвоєння, сприяють стабільності та усталеному розвитку майнових відносин. Завдання конкретного національного правопорядку полягає в тому, щоб виявити, визнати та юридично охороняти всі права, які є речовими за своєю природою.

Речові за своєю природою права, які не визнані законом як речові, породжують ефект так званих «прихованих речових прав» і штучне використання зобов'язальних, інших відносних прав, що послаблює і робить неефективним майнове присвоєння, майновий оборот і правовий порядок держави загалом.

Чим ширше коло допустимих речових прав визнає конкретний національний правопорядок, тим гнучкішими і розвиненішими є відносини майнового присвоєння, а національне право – ефективнішим.

При цьому існуюче в національному праві коло речових прав недоцільно доповнювати новими речовими правами, які за рахунок такого «зміцнення» непропорційно ускладнюють їх цивільний оборот, що робить їх економічно та юридично невігідними порівняно з іншими суміжними правами.

Система речових прав повинна відповідати реально існуючим відносинам майнового присвоєння та майнового обороту і перебувати в балансі із суміжними речовими та зобов'язальними, іншими відносними суб'єктивними правами, відповідати базовим цінностям і правовим засадам (принципам) конкретного національного правопорядку і сприяти усталеному розвитку відносин майнового присвоєння. У випадку недотримання цих базових правил – як відмова від певних існуючих у національному правопорядку речових прав, так і впровадження їх нових видів, швидше матиме ефект не виправданого «укріплення» відносин майнового присвоєння та зумовленого цим надмірного ускладнення чи навіть дестабілізації цивільного обороту.

Правило балансу системи речових прав можна пояснити на прикладі розуміння природи оренди, яка загалом є зобов'язальним правом. Визнання всіх видів оренди майна речовим правом невігідно для учасників цивільного обороту, оскільки матиме своїм наслідком створення «міцного» права, яке призведе до надмірного ускладнення його обороту та подорожчання витрат на його обслуговування. Виняток із цього правила, зокрема, становить тривала оренди для забудови земельної ділянки.

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

Крім того, у контексті балансу інтересів значна цінність і тривалість відносин, очевидно, мають переважаче значення для інтересів орендарів, що не порушує інтерес орендодавців, який таким чином отримує на тривалий час безпечного контрагента щодо майна, коло яких є порівняно обмеженим.

Зближення та уніфікація речового права

Глобалізація права створює всі передумови для зближення та уніфікації загального розуміння речових прав у різних країнах світу,

що зумовлює необхідність виявлення визначальних чинників уніфікованого поняття речового права та його системи. Зазначена тенденція до глобалізації речового права вже спостерігається в країнах Європи, зокрема через діяльність Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ). У своїй практиці ЄСПЛ наголошує, що «поняття «власності» не залежить від формальних кваліфікацій за внутрішнім правом різних країн¹, проте це насправді не заважає європейським країнам визнавати його рішення, а відтак і підхід щодо широкої інтерпретації права власності, зміст якого часто виходить за межі розуміння цього змісту національним правом.

Як сторона Угоди про асоціацію з ЄС Україна взяла на себе зобов'язання наближувати своє законодавство з європейським правом. Речові права за національним законодавством України покликані юридично забезпечувати формування в Україні національного ринку, сумісного з європейським єдиним внутрішнім ринком, який є ключовим елементом Європейського Союзу, покликаним забезпечити вільний рух товарів, капіталів, послуг і праці – «чотири свободи» – в межах Європейського Союзу².

Активна інтеграція України в європейській правовий простір зумовила актуальність питань щодо допустимих меж імплементації речово-правових конструкцій, загальноприйнятих у праві ЄС. Допустимим об'єктом і межею такої імплементації повинні бути не стільки конкретні речово-правові конструкції, як їх відповідність основним цінностям і принципам права ЄС. Перш за все, йдеться про принцип свободи обороту продукції (послуг), капіталів і робочої сили. Це означає, що імплементацію європейського зразка конструкцій до

¹ Сальвіа М. де. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. 1072 с. С. 967.

² Див.: Jürgen Basedow, EU Private Law in Ukraine. The Impact of the Association Agreement // *Ukrainian Private Law and the European Area of Justice*. Edited by Eugenia Kurzynsky-Singer and Reiner Kulms. Max-Planck-Institut fuer auslaendisches und internationales Privatrecht. Beitrage zum auslaendischen und internationalen Privatrecht. Mohr Siebeck. 2018. 321 p. pp. 5–7; *Barnard, Catherine (2013)*. «Competence Review: The Internal Market» (PDF). Department for Business, Innovation and Skills. Retrieved 17. June 2015. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/226863/bis-13-1064-competence-review-internal-market.pdf

речового права України необхідно проводити з урахуванням її національних інтересів і традицій, якщо це не суперечить зазначеним вище засадам європейського єдиного ринку.

Система речового права

Істотна зміна об'єктного складу і функціонального (сутнісного) розуміння речового права зумовлюють напрями модифікації системи речового права України. «Транзитний» (перехідний) стан системи права України від галузево-правового (поділ на галузі права – однорідні й комплексні) до дуалізму права (поділ права на приватне та публічне) характеризує відсутність повноцінної загальної частини речового права, визнання зобов'язальними правами традиційних для європейського розуміння права забезпечувальних речових прав (застава, іпотека, притримання), наявність невідомих правовпорядкам ліберального типу «опублічених» речових прав – право господарського відання і право оперативного управління.

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

Речовими правами є право власності та обмежені речові права (тобто речові права на чуже майно й інші речові права).

Обмеженими речовими правами доцільно визнавати: право узурфрукта; право користування; право проживання; право суперфіцію; право сервітуту; право довірчого управління чужим майном; речове «право очікування»; забезпечувальні речові права, включаючи заставу, іпотеку, притримання, переважне право на річ; інші права, яким законом надано такий характер.

Поліпшення правової недоторканності, безпеки і гнучкості речових прав має досягатися шляхом формулювання більш виразного, доступного і системно врегульованого речового права.

Положення ЦК України про речові права мають бути структурованими і містити більш прості та зрозумілі формулювання,

Речові права в ЦК України доцільно регулювати положеннями окремої книги (Книга третя «Речові права») і послідовно закріплювати в окремих її розділах, а саме: загальні положення (Розділ I),

речі (Розділ II), володіння (Розділ III), власність (Розділ IV), обмежені речові права (Розділ V), фідучіарний фонд (Розділ VI), державний реєстр нерухомого майна (Розділ VII).

Висновки

Рекодифікація цивільного законодавства про речові права в умовах європеїзації покликана юридично забезпечувати за допомогою механізмів майнового присвоєння усталений розвиток національного ринку, сумісного з європейським єдиним внутрішнім ринком, як ключового елемента забезпечення вільного руху товарів, капіталів, послуг і праці в розумінні «чотирьох свобод», передбачених правом Європейського Союзу.

Перехідний тип (від соціалістичного до ліберального) права України, яке пришвидченими кроками йде шляхом європеїзації та глобалізації, зумовлює необхідність переосмислення вітчизняного речового права на засадах розвитку передового технологічного укладу, правової безпеки, передбачуваності та стабільності майнового обороту, балансу ефективного традиційного і нового в національному, іноземному та міжнародному праві.

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

Сучасне речове право характеризує тенденція до переходу від концепції автономії волі до концепції регульованих речових прав, яка ґрунтується на ідеї сутнісного (функціонального), а не формально визначеного законом розуміння речового права.

Властиве концепції регульованих речових прав широке розуміння речових прав об'єктивно зумовлює питання щодо доцільності переходу від принципу *numerus clausus* до принципу відносно закритого (чи відносно відкритого) переліку речових прав, що допускає розширення кола речових прав за рахунок так званих «прихованих» речових прав.

Речові права в ЦК України доцільно регулювати положеннями Книги третьої «Речові права», яка міститиме окремі розділи: загальні

положення (I), речі (II), володіння (III), власності (IV), обмежені речові права (V), фідучіарний фонд (VI) і державний реєстр нерухомого майна (VII).

4.2. УВЕДЕННЯ ІНСТИТУТУ ФІДУЦІАРНОГО ФОНДУ ДО ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Протягом останнього десятиліття питання введення трасту або його аналогу в цивільне право України є одним з найбільш дискусійних та обговорюваних як серед науковців, так і серед юристів-практиків. Крім того, усе більше представників середнього та великого бізнесу цікавляться різноманітними фідучіарними інститутами, що існують у країнах Європи та США з практичної точки зору. Ні для кого не є секретом, що багато хто з українців успішно використовує трастові та паратрастові конструкції за кордоном з метою ефективного управління, збереження та примноження власності. І хоча відповідні механізми управління уже давно відпрацьовані в інших країнах, існує ризик, що вони не будуть визнані українськими органами державної влади або кваліфіковані в Україні як правові інститути, що мають зовсім іншу правову природу та функції. У зв'язку з цим, постає питання належного захисту прав тих осіб, які в рамках правового поля використовують іноземні механізми управління, у тому числі трасти та їх аналоги.

Через це, а також враховуючи загальноєвропейські та загальносвітові тенденції до гармонізації правових режимів, питання запровадження системних змін у частині регулювання управління власністю в Україні є давно назрілим та особливо актуальним. Точкові зміни не можуть дати бажаного ефекту, **оскільки цивільне право України потребує створення єдиного правового інституту, який би комплексно регулював відносини, що передбачають перехід до довіреної особи (фідучіарія) правового титулу на засадах особливої довіри – права фідучіарної власності або фідучіарного права управління в інтересах вигодонабувача або для досягнення певної мети.**

Як відомо, на даний момент Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) містить положення, які стосуються управління майном і довірчої власності як особливого виду права власності та як способу забезпечення виконання зобов'язання за кредитним договором.

Водночас, як показала практика, конструкція довірчої власності з моменту свого виникнення не набула поширення в Україні, перш за все, через недоліки формулювання самого поняття та недостатню правову деталізацію довірчої власності. Незважаючи на велику кількість захищених дисертаційних робіт, вчені не дійшли спільного знаменника щодо розуміння даного інституту як «особливого виду права власності», оскільки ані ЦК України, ані інші законодавчі акти так і не визначили, у чому саме полягає ця «особливість».

Інститут управління майном набув більшого поширення як серед підприємців, так і в інших сферах. Серед іншого, після внесення відповідних змін до антикорупційного законодавства державні службовці зобов'язані або відчужувати належні їм підприємства та корпоративні права при вступі на державну службу, або передавати їх в управління іншим особам. Крім того, конструкція управління майном використовується Національним агентством України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів при здійсненні своїх повноважень. Проте недоліком регулювання інституту управління майном є невизначеність природи цієї конструкції: чи відноситься даний інститут до довірчих, чи він є виключно зобов'язальним інститутом. Це призводить до деформації розуміння ступеня дискретності в діях управителя майном, міри його відповідальності, а також способів захисту порушених прав бенефіціара.

Щодо поширення інституту довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язання наразі говорити зарано, проте формулювання в ЦК України дозволяють стверджувати також про його недосконалість та можливість виникнення проблем із його застосуванням через невизначеність порядку проведення оцінки майна, переданого в довірчу власність, громіздкість та проблемність для кредитора процедури звернення стягнення на нього, з однієї сторони, та незахищеність боржника, з іншої сторони.

Ще однією проблемою є відсутність правового регулювання довірчих відносин з іноземним елементом, зокрема, і в Законі України «Про міжнародне приватне право». До прикладу, у ст. 44 вказаного закону відсутні будь-які положення, які б давали змогу визначити належне право в разі відсутності згоди сторін договору про вибір права, що підлягає застосуванню до цього договору. Іншими словами, закон не містить положень щодо того, хто є стороною, яка повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору, у відносинах з управлінням майном та відносинах довірчої власності.

Чинне законодавство також не визначає співвідношення інститутів довірчої власності та управління майном, що передбачені законодавством України, та інституту трасту, який функціонує у країнах загального права. Це призводить до проблем (а іноді і до неможливості) належної правової кваліфікації та визнання трастів, створених за законодавством інших країн, в Україні.

Наведені аргументи ще раз підтверджують **необхідність комплексного переосмислення підходів до управління майном на засадах довіри та створення єдиного правового інституту, який би закладав уніфіковані принципи та засади регулювання фідучіарних відносин в Україні.**

Як свідчить практика, більшість країн Європи свого часу стикалася з аналогічними проблемами при вирішенні питання щодо введення трасту чи інших фідучіарних конструкцій у своє національне право. При цьому кожна з країн обрала окремий шлях їх вирішення.

До прикладу, перша спроба введення інституту трасту в цивільне право країн ЄС, які належать до різних правових систем, була зроблена шляхом включення окремої Книги X «Трасти» до Модельних правил Європейського приватного права (так звані **DCFR**). Незважаючи на цілу низку критичних зауважень до положень зазначеної книги, даний інститут став своєрідним компромісом між трастом, що існує в країнах загального права, та зобов'язальними конструкціями управління майном, притаманними країнам континентальної або змішаної систем права.

Швейцарія не імплементувала інститут трасту у власне цивільне законодавство, проте ратифікувала Конвенцію про право, що застосовується до трастів, та їх визнання, а також внесла зміни до законодавства

про міжнародне приватне право, законодавство про банкрутство та податкове законодавство, що дає їй можливість визнавати іноземні трасти та активно використовувати цей механізм як у банківській, так і інших сферах. Крім того, у Швейцарії функціонує інститут *Treuhand* (*fiducia*), який передбачає перехід права власності на передане майно до довірчого власника.

У **Німеччині** поряд із інститутом *fiduziarische Treuhand* (довірчого трасту), який передбачає перехід права власності на передане майно до довірчого власника, також існують фідучіарні конструкції, які виконують функції забезпечення виконання зобов'язань *Sicherungsuebereinigung* для майна і *Sicherungsabtretung* для майнових прав. Зазначені конструкції були свого часу розроблені судовою практикою з метою уникнення низки законодавчих обмежень, пов'язаних із використанням застави. Окрім наведених довірчих конструкцій у Німеччині також існує кілька фідучіарних інститутів, які використовуються у спадковому праві. Серед них варто назвати *Dauertestamentsvollstrecker*, тобто інститут «виконавця заповіту з тривалими повноваженнями щодо управління спадковою масою».

У 2007 р. Книгу III ЦК **Франції** «Про різноманітні способи набуття прав власності. Загальні положення» було доповнено Главою XIV «Про фідучію», яка на даний момент складається лише з 20 статей. Інститут *fiducia* передбачає перехід прав на майно до фідучіарія (довірчого власника) та є досить близьким до конструкції трасту, що існує у країнах загального права. Франція не ратифікувала Конвенцію про трасти, проте взяла за основу поняття трасту, закладене в ній. Крім того, у Книзі IV «Про забезпечення» уведено Главу VIII «Про право власності, що передається в якості забезпечення», яка складається лише з 5 статей. Зазначений вид забезпечення зобов'язань виникає на підставі фідучіарного договору.

Цікавим є також досвід запровадження інституту фідучії в цивільне законодавство **Молдови**. Так, у 2019 році ЦК Молдови був доповнений Розділом IV «Фідучія» (*Fiducia*), який складається зі 106 статей та детально регулює відносини фідучії, права та обов'язки сторін фідучії, особливості відповідальності та способи захисту, а також відносини з третіми особами. Крім того, до Глави XXIII «Банківські і небанківські

договори і операції» було додано частину 3 – «Фідуціарний рахунок», яка визначає особливості використання фідуціарних рахунків банками, які діють в якості довірчих власників. Книга V, присвячена питанням МПП, була також доповнена цілою Главою VII «Фідуція» для визначення закону, що підлягає застосуванню до довірчих правовідносин.

У 2016 році Відділ 6 «Управління чужим майном» ЦК **Чехії** було доповнено Розділом IV «Довірчий (фідуціарний) фонд», який складається з 26 статей (ст. 1448–1474 ЦК), а також окремими положеннями щодо довірчого правонаступництва у спадковому праві (ст. 1512–1523 ЦК).

Отже, досвід європейських країн у частині введення єдиного інституту, який би регулював фідуціарні правовідносини, є різним. Проте об'єднуючим є той факт, що фідуціарні права на майно (безвідносно назви в кожній конкретній країні) не створюють ефекту «розщепленої» (подвоєної) власності на майно, але передбачають обтяження фідуціарія (довірчого власника або управителя) зобов'язанням здійснювати цей речово-правовий титул у чужому інтересі або для досягнення визначеної суспільно корисної мети.

За таких обставин Україна має обрати власний прийнятний для неї шлях розвитку, який би максимально враховував правові традиції, що історично склалися, напрацьовану практику управління майном та існуючу юридичну термінологію.

Під час обговорення Концепції запровадження єдиного правового інституту, який би комплексно регулював фідуціарні відносини та охоплював відносини, що виникають внаслідок передачі майна у довірчу власність або у довірче управління, розглядалося декілька підходів до його назви:

1. **Траст.** На нашу думку, імплементація терміну «траст» у цивільне право України може мати свої особливості. З одного боку, переважна більшість правників та навіть пересічних громадян загалом мають уявлення, що мається на увазі під цим терміном, а частина підприємців навіть пересікалися із трастами за кордоном і розуміють їх правову суть. З іншого боку, країни континентальної системи права не вводили даний термін у власне національне законодавство та переважно намагалися лишати локальні назви довірчих конструкцій. Можливо,

це було зроблено з метою абстрагувати власні фідучіарні механізми управління майном від англо-американського трасту.

2. **Фідучія.** Першою країною, яка ввела інститут фідучії у своє цивільне право, була Франція. Вона скористалася надбанням Римського права, якому, зокрема, були відомі такі інститути як *fiducia cum creditore* та *fiducia cum amico*. Таким же шляхом пішла і Молдова, яка, як уже зазначалося, запровадила схожий фідучіарний інститут з аналогічною назвою. Інститут фідучії зазвичай розглядається як фідучіарне речове право на майно. Водночас використання даного терміну в цивільному праві України є допоки дискусійним та може на практиці призвести до цілої низки проблем, оскільки для переважної більшості українців цей термін є незнайомим та чужим. Більше того, він (на відміну від звичного терміну «траст») не асоціюється пересічними громадянами із управління майном або довірчими відносинами.

3. **Фідучіарний (довірчий або цільовий) фонд.** Цей термін використано в Цивільному кодексі Чехії, а також у Південно-Африканській Республіці та канадській провінції Квебек. Під «фідучіарним фондом», як правило, розуміється майнова маса, щодо якої виникає фідучіарне право на майно. Саме інститут фідучіарного фонду об'єднує правовідносини, які як передбачають перехід права власності, так і не передбачають.

4. **Довірча власність та довірче управління майном.** Названі інститути вже юридично і фактично існують у праві України, тому їх назви є звичними та зрозумілими. Водночас правове регулювання довірчої власності є недосконалим та фрагментарним, що не дозволяє ефективно використовувати цю конструкцію на практиці, а інститут управління майном є зобов'язальним та «відносно довірчим»¹ за своєю правовою природою.

Критично оцінюючі наведені варіанти можливої назви єдиного фідучіарного інституту, ми дійшли висновку про те, що оптимальним буде залишення існуючої термінології (у частині довірчої власності та довір-

¹ У цій статті ми використовуємо термін «відносно довірчий», оскільки з моменту введення інституту управління майном до ЦК України, науковці та практики так і не дійшли однозначного висновку, чи є цей інститут довірчим, чи він є чисто зобов'язальним.

чого управління), проте наповнення її новим змістом, а також запровадження нових термінів «фідучіарний фонд» та «фідучіарні права».

Поняття «фідучіарний фонд» пропонується використати, щоб підкреслити особливо довірчий (фідучіарний) характер відносин, що виникають стосовно майна, яке передається в довірчу власність або довірче управління. При цьому ми також розглядаємо альтернативну назву вказаного інституту як «довірчий фонд» та «цільовий фонд».

Саме фідучіарний фонд покликаний об'єднати ці дві фідучіарні конструкції (довірчу власність та довірче управління) в один правовий інститут, який буде максимально наближений за своєю правовою природою та функціями до європейської фідучії та до англо-американського трасту.

Правовідносини щодо фідучіарного фонду пропонується регулювати положеннями розділу V Книги 3 «Речові права», що складатиметься з окремих глав, присвячених: поняттю та особливостям фідучіарного фонду; загальним положенням, що стосуються фідучіарних прав на майно; довірчій власності та довірчому управлінню (визначенню їх поняття, повноваженням фідучіарія (довірчого власника та довірчого управителя); засобам правового захисту у випадку невиконання; заміні фідучіаріїв; припиненню і зміні фідучіарних прав; відносинам з третіми особами та іншим питанням, пов'язаним із фідучіарним фондом.

Під поняттям «**фідучіарний фонд**» пропонується розуміти *майно (існуюче або те, що буде придбане в майбутньому) або його частку, яке один або кілька установників передають фідучіарію (фідучіаріям) з метою управління ним на користь одного або кількох вигодонабувачів або для досягнення певної суспільно-корисної мети.*

За своєю правовою природою фідучіарний фонд є автономною майновою масою, стосовно якої виникають фідучіарні права та яка є відокремленою від інших майнових прав та обов'язків фідучіарія (довірчого власника або довірчого управителя). Усі правочини, що здійснюються щодо фідучіарного фонду, є предметом самостійного обліку у фідучіарія, а кредитори фідучіарія не мають прав на фідучіарний фонд.

Пропонується також визначити в ЦК, що **фідучіарними правами** є *речові права на фідучіарний фонд, що виникають внаслідок передачі*

його установником фідучіарію (фідучіаріям) в інтересах вигодонабувача або для досягнення певної суспільно-корисної мети.

Залежно від мети фідучіарний фонд може передаватися або в довірчу власність, або в довірче управління майном на підставі договору або закону. Передача фідучіарного фонду має строковий характер.

При **довірчій власності** до фідучіарія як довірчого власника переходить право власності на майно. У такому випадку в установника (фідучіанта) право власності на фідучіарний фонд припиняється.

У фідучіарія виникає особливе, «цільове» право власності на передане йому майно, яке відрізняється від «абсолютного» права власності тим, що фідучіарій обмежений у своїх діях щодо розпорядження майном установника. Довірча власність є «обмеженою договірною власністю», яка використовується лише для досягнення мети, заради якої фідучіарний фонд передається у довірчу власність. Фідучіарій, як суб'єкт права довірчої власності на передане майно, діє від свого імені, в інтересах вигодонабувача або для досягнення встановленої мети, визначеної правочином про передачу фідучіарного фонду.

Право власності на нерухоме майно набувається після державної реєстрації в реєстрі речових прав на нерухомість та їх обтяжень, разом з реєстрацією передачі права власності на фідучіарний фонд.

При **довірчому управлінні** установник (фідучіант) залишається власником майна, а фідучіарію передаються повноваження володіння, користування і розпорядження відповідно до умов правочину про передачу фідучіарного фонду. Отже, у цьому разі довірчий управитель, отримуючи обмежене речове право на передане майно, діє від свого імені, в інтересах бенефіціара або для досягнення встановленої мети, визначеної правочином про передачу фідучіарного фонду.

Крім того, пропонується залишити в ЦК України **інститут забезпечувальної довірчої власності**, проте перенести його до Книги 3 до Розділу IV «Забезпечувальні речові права»¹, а також значною мірою удосконалити положення щодо цього способу забезпечення.

¹ Відповідно до концепції реформування інституту речових прав у ЦК України, Книга 3 має бути доповнена розділом «Забезпечувальні речові права», який би регулював відносини застави, іпотеки та притримання.

Так, при *забезпечувальній довірчій власності* боржник або третя особа передає право власності на фідучіарний фонд кредитору для забезпечення виконання зобов'язань за договором позики, а кредитор зобов'язується повернути боржнику не обтяжене боргами право власності на фідучіарний фонд, після задоволення його вимог.

Підсумовуючи вищевикладене, можна сформулювати такі **ВИСНОВКИ**:

1. Існує нагальна потреба введення в ЦК України єдиного правового інституту, який би комплексно регулював фідучіарні відносини, що передбачають перехід до довіреної особи (фідучіарія) правового титулу (права власності або права управління) на засадах особливої довіри.

2. Термін «фідучіарний фонд» є прийнятним для іменування інституту, який би об'єднував різні групи фідучіарних правовідносин (як тих, що передбачають перехід права власності, так і тих, що не передбачають такого переходу права власності).

3. Під поняттям «фідучіарний фонд» пропонується розуміти майно (існуюче або те, що буде придбане в майбутньому) або його частку, яке один або кілька установників передають фідучіарію (фідучіаріям) з метою управління ним на користь одного або кількох вигодонабувачів або для досягнення певної суспільно-корисної мети.

4. Є сенс залишити незмінними терміни «довірча власність» та «довірче управління майном», проте вкласти в них принципово новий зміст, який би дозволив використовувати ці інститути більш ефективно та максимально наблизив би їх до англо-американського трасту та європейської фідучії.

4.3. НОВЕЛІЗАЦІЯ НОРМ СПАДКОВОГО ПРАВА

Розпочатий процес рекодифікації цивільного законодавства України вимагає ретельного наукового аналізу та навіть переосмислення окремих елементів його системи, зокрема спадкового права.

ЦК України докорінно змінив концептуальні підходи законодавця до врегулювання спадкових відносин. Безперечною перевагою спадкового права є величезний потенціал саморегуляції, що надає суб'єктам

відповідних правовідносин широку автономію у визначенні моделі своєї поведінки. Такий стан правової свободи досягається шляхом значного розширення диспозитивних засад всього спадкового права, що здійснюється внаслідок: переваги спадкування за заповітом над спадкуванням за законом; розширення форм та видів заповіту; широкого застосування договірної форми регулювання відносин спадкування; значного розширення кола спадкоємців за законом, яке охоплює родичів спадкодавця до шостого ступеня споріднення включно; регламентації зміни вставленої законом черговості одержання права на спадкування; правової можливості зменшення розміру обов'язкової частки у спадщині тощо.

ЦК України об'єктивно став кодексом, заснованим на продуманій і послідовно втіленій науковій концепції, внаслідок чого вітчизняна нормативна система та доктрина приватного права набули основних світових характеристик. Розробники проекту ЦК України виходили з того, що природне приватне право є одним-єдиним для всього людства, тобто природні закони мають універсальний характер для людей, незалежно від національного або державного угруповання. Універсалізм природного права «пробиває» собі дорогу в позитивному праві. Тенденція розвитку останнього в напрямі формування всесвітнього приватного права стає очевиднішою¹.

Саме тому рекодифікацію цивільного законодавства слід проводити із збереженням тих концептуальних підходів та засад, які були закладені до ЦК України як кодексу приватного права його розробниками під час тривалої роботи над проектом, на чому вже наголошувалося у правовій доктрині². Це повною мірою стосується і сфери спадкування. При цьому слід зважати, що рекодифікація виступає одним із перспективних напрямів удосконалення національного законодавства та його суттєвого збагачення новими тенденціями, що з'являються у сфері приватноправового регулювання.

¹ Довгерт А. Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники та передумови для старту. *Право України*. 2019. № 1. С. 37.

² Див., напр., Сібільов М. М. Про необхідність збереження основних концептуальних положень чинного Цивільного кодексу України. *Університетські наукові записки*. 2011. № 2 (38). С. 74–80.

Спадкове право, норми якого складаються з вікових національних звичаїв і традицій і враховують менталітет нації, є однією з найстабільніших і консервативних підгалузей цивільного права¹.

Призначення правових норм полягає в закріпленні і збереженні відносин, які виникають у суспільстві. Спадкове право, як і право власності, опосередковує динаміку майнових відносин і включає в себе насамперед елементи речового права. Як відзначив Р. А. Майданик, феномен спадкування полягає в його подвійній природі. Спадкування є самостійним майновим правом, яке посідає своє місце поряд з речовими, зобов'язальними та іншими майновими правами. З іншого боку, спадкове право слугує набуттю кожного з цих прав².

Незважаючи на тривалий шлях розвитку спадкового права та істотні дискусії напередодні і після введення в дію ЦК України, і нині можна констатувати, що до цього часу залишилися невирішеними окремі складні як теоретичні, так і практичні питання³.

У процесі рекодифікації необхідно врахувати важливий методологічний аспект, згідно з яким спадкове право є підгалуззю цивільного права, хоча це питання вирішується у правовій доктрині неоднаково. Всі дослідники спадкового права доходять висновку, що воно є окремим елементом в системі цивільного права, однак природа цього елемента визначається ними по-різному. Так, одні автори вважають спадкове право підгалуззю цивільного права⁴, на думку інших – спадкове право є інститутом цивільного права⁵, окремі учені

¹ Правова доктрина України : у 5 т. Харків : Право, 2013. Т. 3 : Доктрина приватного права / Н. С. Кузнецова, Є. О. Харитонов, Р. А. Майданик та ін. ; за заг. ред. Н. С. Кузнецової. С. 413.

² Майданик Р. А. Розвиток приватного права України : монографія. Київ : Алерта, 2016. С. 220.

³ Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. Харків : Право, 2008. Т. 3 : Цивільно-правові науки. Приватне право / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. С. 409, 410.

⁴ Заїка Ю. О. Становлення і розвиток спадкового права в Україні : монографія. Київ : Національна академія внутрішніх справ України, 2004. С. 11; Цивільне право України: Академічний курс : підручник: у 2 т. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Вид. 2-ге, доп. і перероб. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. Т. 1. Загальна частина. С. 17.

⁵ Дроников В. К. Наследственное право Украинской ССР. Киев : Вища школа, 1974. С. 4; Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд : наук.-практ. посіб. / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Клименко та ін.; за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ : Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2007. С. 5.

зазначають, що спадкове право є одночасно й інститутом, і підгалуззю цивільного права¹.

Аналіз системи норм, що регулюють посмертний перехід прав та обов'язків від однієї особи до інших, дає підстави стверджувати, що спадкове право є підгалуззю цивільного права. Підгалузь права визначається як певна сукупність (об'єднання) правових інститутів, що об'єктивно складається в межах однієї галузі права. Як цілісне утворення підгалузь права регулює специфічне коло відносин у межах сфери правового регулювання відповідної галузі права, яка характеризується правовою уособленістю².

Для того щоб певна сукупність правових норм могла утворювати підгалузь, вона повинна мати низку якостей, зокрема регулювати особливу сферу однорідних відносин. Відносини, що регулюються спадковим правом, є занадто об'ємними для окремого цивілістичного інституту; структура спадкових правовідносин є надзвичайно широкою як за обсягом, так і за змістом. Спадкове право і за своїм призначенням у системі цивільно-правових норм, і за обсягом правового матеріалу виходить за межі звичайних уявлень про правовий інститут і фактично являє собою структуровану підсистему, підгалузь цивільного права.

Особливість спадкового права як підгалузі права визначається специфікою спадкових правовідносин, виникнення яких зумовлене смертю фізичної особи або оголошенням її померлою. Причому спадкове право не обмежується регулюванням виключно спадкових відносин, хоча останні і становлять його ядро. У межах Книги 6 ЦК України визначаються й інші відносини, що не належать до спадкових, оскільки передують факту відкриття спадщини (зокрема, відносини із складення та посвідчення заповіту).

Спадкове право є важливою частиною цивільного права і водночас встановлює багато юридичних категорій, не властивих іншим елементам системи цивільного права (спадщина, спадкодавець, спад-

¹ Спадкове право. Практика застосування нотаріусами України / за заг. ред. В. М. Марченка. Харків : ФО-П Лисяк Л. С., 2012. С. 29, 30.

² Загальна теорія держави і права : підручник для студ. юрид. вищ. навч. закл. / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. Харків : Право, 2009. С. 250.

коємець, заповіт, заповідальний відказ, виконавець заповіту, спадкова трансмісія та ін.).

Таким чином, побудова кн. 6 ЦК України повною мірою відображає положення спадкового права як підгалузі цивільного права. Норми, що регулюють спадкові правовідносини, складають самостійний, автономний, порівняно відокремлений нормативний комплекс. Сучасне спадкове право охоплює систему взаємопов'язаних інститутів, об'єднаних навколо інституту загальних положень про спадкування, структурно розміщеного у гл. 84 ЦК України: інститут спадкування за законом, інститут спадкування за заповітом, інститут здійснення права на спадкування тощо. Незважаючи на ту обставину, що і розробники ЦК України, і подальші дослідники відзначають прогресивний характер реформування спадкового права (і з цим слід погодитися)¹, останнє об'єктивно потребує модернізації, необхідність проведення якої зумовлюється низкою вагомих чинників.

По-перше, необхідністю приведення цивільного законодавства України у відповідність до сучасних суспільно-політичних та економічних перетворень, що відбуваються в державі, а також адаптації національного законодавства до законодавства країн Європейського Союзу. Невипадково А. Довгерт визначає основним напрямом рекодифікації ЦК України подальшу «європеїзацію» кодексу². При цьому висловлюється думка, що процес удосконалення вітчизняного цивільного законодавства (рекодифікація) на шляху до його європеїзації є процесом ще більш складним, ніж була кодифікація цивільного законодавства України на межі тисячоліть³.

По-друге, вдосконаленням вже існуючих правових конструкцій, застосування яких виявило недоліки та суттєві ускладнення у правозастосовній діяльності. У сучасну епоху норми спадкового права

¹ Печений О. П. Деякі проблеми методології спадкування. *Вісник Академії правових наук України*. 2009. № 2 (27). С. 77.

² Довгерт А. Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники та передумови для старту. *Право України*. 2019. № 1. С. 30.

³ Рекодифікація цивільного законодавства України в умовах євроінтеграційних процесів : монографія / кол. авт.: Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, Н. Ю. Голубева та ін. Київ : Норма права, 2020. С. 66, 67.

втрачають свій догматичний зміст, повинні ставати гнучкими, реагувати на економічні зміни в державі і суспільстві загалом.

По-третє, забезпеченням єдності судової практики та однаковим застосуванням спадкового законодавства в нотаріальній практиці.

По-четверте, значним ускладненням об'єктів спадкового правонаступництва, до яких у сучасний період входять підприємства та фермерські господарства як єдині майнові комплекси, пакети цінних паперів, майнові права інтелектуальної власності, частки у статутному (складеному) капіталі господарських товариств. Для забезпечення належного переходу таких об'єктів в порядку спадкування є потреба в розробці більш ефективних правових механізмів, аби запобігти знеціненню спадкового майна в період з часу відкриття спадщини і до моменту його оформлення спадкоємцями.

Незважаючи на концептуально новий підхід, закладений у ЦК України, який декларує широку правову свободу в сфері спадкового права, чинна правова модель зазнає суттєвих перепон в частині її адаптації до сучасної судової та нотаріальної практики застосування спадкового законодавства. У цьому аспекті слід вказати на істотні порушення судами принципу свободи заповіту в зв'язку із поширеною практикою визнання недійсними заповітів, посвідчених нотаріусами за межами свого нотаріального округу, що жодним чином не впливає на формування волі та волевиявлення сторони правочину, а також не є порушенням його форми. Крім того, здійснюючи тлумачення заповіту, суди в окремих випадках фактично змінюють посмертну волю власника, підміняючи у такий спосіб сам заповіт. Варто наголосити також на неоднозначному розумінні судами умови заповіту та безпідставне ототожнення такого розпорядження із заповідальним відказом, адже фактично ігнорується імперативне правило стосовно існування умови заповіту на час відкриття спадщини.

Складність у розумінні певних категорій спадкового права призводить до критичної ситуації, коли нотаріуси відмовляють у вчиненні нотаріальних дій, які хоча й визначені законом, проте є нетиповими. Наприклад, посвідчення заповіту із покладенням

на спадкоємців певних дій немайнового характеру, або умовного заповіту¹.

Модернізація спадкового законодавства має здійснюватися передусім з урахуванням досягнень сучасної цивілістичної науки, зокрема наукових досліджень, проведених Н. С. Кузнецовою, Р. А. Майданником, В. В. Луцем, О. В. Дзерою, А. С. Довгертом, В. В. Кохановською, І. В. Спасибо-Фатеевою, З. В. Ромовською, Р. О. Стефанчуком, С. Я. Фурсою, Є. О. Харитоновим, О. І. Харитоновою, В. І. Борисовою, В. Я. Калакурою, О. П. Печеним, Є. О. Рябоконею, Н. Б. Солтис та іншими ученими.

Як наголошує Є. О. Харитонов, навіть побіжний погляд на результати кодифікацій цивільного законодавства, що залишили найбільш помітний слід в історії людства, дозволяє зробити висновок, що кращими виявилися ті законотворчі роботи, яким передувало створення фундаментального методологічного базису².

У цьому аспекті Н. С. Кузнецова і О. В. Кохановська справедливо зауважують, що цивілістична наука України має своїм основним завданням проведення досліджень, спрямованих на вдосконалення чинного цивільного законодавства. Одним із пріоритетних напрямів розвитку науки приватного права є ґрунтовний аналіз судової практики і загалом правозастосування як однієї з важливих функцій держави та зокрема судової системи³.

У результатах кодифікації повинні знайти відображення нові тенденції, які характерні для регулювання спадкових правовідносин. Незважаючи на спроби розробити нову концепцію спадкового права, окремі її положення є неоднозначними та залишаються досить вразливими (категорія суб'єктів спадкового права, підстави усунення від спадкування, пріоритети спадкування, об'єкти спадщини, форма заповіту та його види, право на обов'язкову частку в спадщині, заповіт

¹ Кухарев О. Є. Диспозитивність в спадковому праві : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2020. С. 2.

² Цивільне законодавство України (основні категорії, принципи та концепти) : монографія / авт. кол.; за заг. ред. Є. О. Харитонова. Одеса : Фенікс, 2012. С. 5.

³ Кузнецова Н. С., Кохановська О. В. Сучасне приватне право України: вектори європейського розвитку. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2016. № 3(86). С. 53.

подружжя, секретний заповіт, заповіт з умовою, інститут спадкового договору та ін.)¹.

У процесі модернізації спадкового права значної уваги потребує питання адаптації національного законодавства до законодавства країн Європейського Союзу та з'ясування доцільності запровадження до спадкового законодавства України окремих правових конструкцій та понять. Відчутним імпульсом до цього виступає процес оновлення цивільного законодавства в європейських країнах, який активно відбувається останнім часом як шляхом прийняття нових кодексів (Румунія, 2009 р., Чехія, 2012 р., Угорщина, 2009 р.), так і внесенням суттєвих змін до вже існуючих кодифікацій (Німеччина, Франція, Молдова) у частині регулювання спадкового права.

Змістовне удосконалення законодавства слід відрізнити від механічного запозичення певних правових конструкцій та навіть цілих правових інститутів із зарубіжних правопорядків. Це особливо гостро проявляється у сфері спадкування, яка нерозривно пов'язана із національними звичаями країни, особливою ментальністю суспільства, що формувалася століттями. Ось чому неприпустимо включати до цивільного законодавства конструкції та традиції, зародження і розвиток яких нам не зовсім відомі і не повною мірою з'ясовані².

Саме тому визначальними засобами оновлення спадкового законодавства мають стати:

1. Напрацювання правової доктрини.
2. Аналіз нотаріальної та судової практики застосування спадкового законодавства.
3. Гармонізація національного законодавства до законодавства країн Європейського Союзу.

На нашу думку, процес рекодифікації спадкового права України має бути пов'язаним із розширенням диспозитивних засад регулю-

¹ Zaika Yu. O. Directions of updating the inheritance legislation of Ukraine. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2020. № 1. P. 86.

² Шенникова Л. В. Цивилистика как предмет научного исследования. Методологические проблемы цивилистических исследований : сборник научных статей. Ежегодник. Вып. 2. 2017 / отв. ред.: А. В. Габов, В. Г. Голубцов, О. А. Кузнецова. Москва : Статут, 2017. С. 309, 310.

вання відповідних правовідносин та проводиться у таких основних напрямках.

Перший напрям: оновлення спадкового права України стосовно часу відкриття спадщини і суб'єктного складу спадкових правовідносин. Підставою виникнення спадкових правовідносин є сукупність певних юридичних фактів – як подій, так і дій. У певних випадках, незважаючи на сам факт смерті, спадкові правовідносини можуть і не виникати, оскільки цей юридичний факт потребує органічного поєднання з іншим юридичним фактом як умовою відкриття спадщини. Йдеться про випадки відкриття спадщини після посмертної реабілітації особи, яка була засуджена до виняткової міри покарання – смертної кари з конфіскацією майна, оскільки спадщина на день смерті особи не відкривалася у зв'язку з відсутністю об'єкта спадкування як такого.

Тому було б доцільно викласти ч. 1 ст. 1220 ЦК України в такій редакції: «Спадщина відкривається внаслідок смерті особи або оголошення її померлою в судовому порядку або після її посмертної реабілітації»¹.

Основними суб'єктами спадкових правовідносин традиційно визнаються спадкоємці як універсальні правонаступники спадкодавця. Відповідно до ст. 1222 ЦК України спадкоємцями за заповітом і за законом можуть бути фізичні особи, які є живими на час відкриття спадщини, а також особи, які були зачаті за життя спадкодавця і народжені живими після відкриття спадщини. Отже, за межами нормативного регулювання залишився спадково-правовий статус *особи, не тільки народженої, а й зачатої після смерті спадкодавця із застосуванням допоміжних репродуктивних технологій* («постмортальних дітей», від лат. *post mortem* – посмертний). Іншими словами, можливість спадкування особами, зачатими після відкриття спадщини, за українським законодавством виключається. Законодавець обмежився

¹ Заїка Ю. О. Юридичні факти у спадковому праві. Новітні підходи до розуміння юридичних фактів у механізмі правового регулювання приватних відносин : зб. наук. пр. / за ред. А. Б. Гриняка, О. О. Кота, М. Д. Пленюк. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2019. С. 108.

лише визнанням спадкових прав за особами, які були зачаті за життя спадкодавця і народжені після відкриття спадщини.

Сучасні вчені висловлюють цілком обґрунтовані побоювання, що репродуктивні технології, виходячи за межі суворих канонів цивілістики, можуть породити цілу низку проблем, включно із визначенням кола спадкоємців за заповітом¹.

У правовій доктрині сформувалися дві протилежні позиції щодо можливості визнання спадкових прав за дитиною, не лише народженою, а й зачатою після відкриття спадщини. Прихильники першої заперечують спадкування постмортальними дітьми, аргументуючи свою позицію тією правовою невизначеністю, що має місце між днем відкриття спадщини та можливим народженням дитини, а це, у свою чергу, може призвести до руйнування конструкції всього спадкового права².

Утім, стосовно окресленої проблематики висловлюються й інші, протилежні за змістом точки зору³, у тому числі й щодо доцільності допустити до спадкування осіб, зачатих внаслідок застосування допоміжних репродуктивних технологій після смерті спадкодавця, шляхом внесення відповідних змін до чинного законодавства⁴.

Законодавча неврегульованість проблем спадкування особами, зачатими після відкриття спадщини, змусила дослідників шукати інші способи їх вирішення. Наприклад, лунає заклик застосовувати механізм зміни черговості одержання права на спадкування, визначений ст. 1259 ЦК України, з урахуванням можливості народження біологічного нащадка спадкодавця. Крім того, пропонується встановлення такої умови заповіту, як зачаття дитини після смерті спадкодавця з викорис-

¹ Zaika Yu. O. Directions of updating the inheritance legislation of Ukraine. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2020. № 1. P. 90–91.

² Див., напр.: Шишка О. Р. Право неіснуючого учасника цивільних правовідносин як правова фікція. *Право та управління*. 2011. № 1. С. 505; Рябоконт Е. А. Зачатый ребенок как потенциальный субъект отношений, возникающих при наследственном правопреемстве. *Nasciturus pro iam nato habetur O ochronę dziecka poczętego i jego matki*. Wrocław, 2017. С. 271, 272.

³ Харьковская цивилистическая школа: грани наследственного права : монография / И. В. Спасибо-Фатеева, О. П. Печеньный, В. И. Крат и др.; под. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2016. С. 208.

⁴ Гудима Д. Померла людина як суб'єкт права (нетривіальні думки). *Право України*. 2010. № 12. С. 260.

танням його біологічного матеріалу. Це пояснюється тим, що свідома воля двох людей на народження спадкоємця, навіть після смерті одного з них, не може вважатися незаконною, а тому немає підстав для визнання такої умови заповіту недійсною в судовому порядку¹.

Питання визнання спадкоємцем особи, народженої внаслідок посмертної репродукції, у зарубіжних правопорядках регулюються неоднаково. Так, в одних країнах заперечуються спадкові права постмортальних дітей. Інші держави, навпаки, відносять таких осіб до кола спадкоємців. Наприклад, ст. 9.2 Закону Іспанії про допоміжні методи репродукції людини від 26.05.2006 р. надає можливість використання репродуктивного матеріалу протягом дванадцяти місяців після смерті чоловіка для запліднення його дружини з юридичними наслідками, що впливають із сімейного походження².

Відповідно до § 2101 Німецького цивільного укладення, у разі призначення спадкоємцем особи, не зачатої на момент відкриття спадщини, слід вважати, що вона є додатковим спадкоємцем, якщо не доведене інше. Якщо ж волі спадкодавця не відповідає необхідність існування додаткових спадкоємців, то таке призначення є недійсним³.

На нашу думку, визнання спадкоємцями постмортальних дітей спадкодавця має здійснюватися з урахуванням певних умов, зважаючи на необхідність забезпечення прав та інтересів інших учасників спадкових правовідносин (спадкоємців, кредиторів, відказоодержувачів) та стабільності майнового обороту. Йдеться передусім про строк, протягом якого може бути проведене штучне запліднення із застосуванням допоміжних репродуктивних технологій. Вважаємо, що такий строк має становити шість місяців з дня відкриття спадщини, оскільки відповідає

¹ Валах В. В. Наследственные отношения в Украине, Российской Федерации, Франции, Германии и США (сравнительно-правовое исследование) : монографія. Харьков : Бурун книга, 2012. С. 179, 180.

² Lapuente Sergio Cámara. New Developments in Spanish Succession Law. *Electronic Journal of Comparative Law*. 2010. Vol. 14.2. P. 7, 8. URL: <http://www.ejcl.org> (Last accessed: 01.08.2020).

³ Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению = Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands mit Einführungsgesetz; пер. с нем. / В. Бергманн, введ., сост.; науч. ред. Т. Ф. Яковлева. 4-е изд., перераб. Москва : Инфотропик Медиа, 2015. С. 655.

строку, встановленому для її прийняття. Це, у свою чергу, дозволить уникнути як повторного поділу спадщини між спадкоємцями, який би мав місце в разі народження дитини після спливу більш тривалішого строку, так і правової невизначеності щодо долі спадкового майна.

У разі успішного зачаття після відкриття спадщини, за умови визнання такої особи спадкоємцем на законодавчому рівні, до моменту народження дитини, до цих правовідносин можуть застосовуватися за аналогією правила про насцитурусів. Зокрема, згідно зі ст. 1298 ЦК України за наявності зачатої, але ще не народженої дитини видача свідоцтва про право на спадщину і розподіл спадщини між усіма спадкоємцями може відбутися лише після народження дитини.

Наступною умовою надання спадкових прав постмортальним дітям пропонується визнати відповідне волевиявлення спадкодавця, що означатиме правову можливість спадкування такими особами виключно за заповітом. У протилежному випадку запропонована новація може стати благодатним ґрунтом для численних зловживань з боку інших учасників правовідносин. Таким чином, більш доцільним уявляється обмежувати спадкування постмортальними дітьми відносинами спадкування за заповітом, не змінюючи при цьому кола спадкоємців за законом, які передбачені у гл. 86 ЦК України¹.

Отже, ст. 1222 ЦК України, у якій містяться загальні засади визначення спадкоємців, повинна максимально розширювати їх коло шляхом врахування постмортальних дітей спадкодавця, що повною мірою узгоджується із диспозитивним режимом всього приватного права. У зв'язку з цим наведена норма потребує вдосконалення шляхом закріплення застереження такого змісту:

«Спадкоємцем за заповітом може бути особа, зачата протягом шести місяців з часу відкриття спадщини внаслідок застосування допоміжних репродуктивних технологій з генетичного матеріалу спадкодавця».

Крім того, *потребує законодавчого закріплення статус внуків спадкодавця, батьки яких є живими на час відкриття спадщини*. Актуалізація поставленого питання пов'язана з тим, що внуки прямо не визначені

¹ Кухарев О. Є. Теоретичні та практичні проблеми диспозитивності в спадковому праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. С. 427, 428.

в жодній з п'яти черг спадкоємців за законом, хоча ці особи є прямими низхідними родичами спадкодавця. Лише у ст. 1266 ЦК України, яка регулює спадкування за правом представлення, міститься застереження про те, що внуки спадкодавця спадкують ту частку спадщини, яка належала б за законом їхнім матері, батькові, якби вони були живими на час відкриття спадщини.

Нотаріальна практика стосовно спадкування внуками спадкодавця за життя їх батьків доволі суперечлива. Часто нотаріуси заперечують можливість спадкування внуками спадкодавця, батьки яких є живими на час відкриття спадщини. Це, у свою чергу, унеможливує відмову від прийняття спадщини на користь внуків, укладення з останніми договору про зміну черговості права на спадкування, тобто суттєво порушує права таких спадкоємців.

Подібна точка зору про неможливість спадкування внуками за життя своїх батьків висловлюється і в юридичній літературі¹.

Примітно, що в правовій доктрині наголошується на несправедливості спадково-правового статусу внуків спадкодавця та лунають заклики включити їх до другої черги спадкоємців за законом як самостійних фігурантів².

Перші чотири черги спадкоємців за законом визначені в ЦК України вичерпно та імперативно, що унеможливує спадкування внуком спадкодавця разом із спадкоємцями відповідних черг. Водночас, п'ята черга спадкоємців за законом сформульована диспозитивно та охоплює інших родичів спадкодавця до шостого ступеня споріднення включно, причому родичі ближчого ступеня споріднення усувають від права спадкування родичів подальшого ступеня споріднення. У зв'язку з цим, спадкувати внук спадкодавця за наявності в живих його батьків зможе в п'яту чергу спадкоємців за законом, усуваючи від спадкування інших родичів померлого в межах цієї черги.

¹ Сучасні тенденції розвитку спадкового права (порівняльно-правове дослідження) : монографія / Ю. О. Заїка, Н. Б. Солтис, В. В. Проценко, Є. О. Рябокони; відп. ред. академік НАПрН України В. В. Луць. Київ : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. С. 131.

² Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник. Київ : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. С. 186, 187.

При цьому слід врахувати, що між бабою (дідом) та внуком існує другий ступінь споріднення. Відповідно до ч. 1 ст. 1265 ЦК України, ступінь споріднення визначається за числом народжень, що віддаляють родича від спадкодавця. Народження самого спадкодавця не входить до цього числа. Оскільки народження баби (діда) не враховується при визначенні ступеня споріднення, спадкодавця та спадкоємця віддаляють два народження – батька (матері) спадкоємця та самого спадкоємця (внука спадкодавця).

Отже, враховуючи ступінь споріднення внука із спадкодавцем, а також зважаючи на принцип справедливості та розумності як визначальну засаду цивільного законодавства (п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК України), видається доцільним внести зміни до кола спадкоємців за законом, включивши внуків спадкодавця, батьки яких є живими на час відкриття спадщини, до другої черги спадкоємців за законом поряд із рідними братами, сестрами спадкодавця, його бабою та дідом.

Потребує вдосконалення також *інститут недостойних спадкоємців*, структурно закріплений у ст. 1224 ЦК України. Усунення від права на спадкування традиційно визначається в юридичній літературі як вид та форма цивільно-правової відповідальності¹, що має яскраво виражений виховний характер, оскільки відповідне положення закону спрямоване на запобігання неправомірній поведінці і передбачає негативні наслідки для порушників не лише правових, а й інших соціальних, у тому числі моральних, норм².

Слід врахувати, що у ст. 1224 ЦК України йдеться про усунення особи від права на спадкування після конкретного спадкодавця, а не про позбавлення права бути спадкоємцем взагалі як частини цивільної правоздатності фізичної особи. Інакше кажучи, прийняття рішення про усунення особи від права на спадкування стосується лише чітко визначеного випадку спадкового правонаступництва і не позбавляє цю особу права претендувати на спадщину після смерті інших спадкодавців³.

¹ Відповідальність у приватному праві : монографія / І. Безклубий, Н. Кузнецова, Р. Майданик та ін.; за заг. ред. І. Безклубого. Київ : Грамота, 2014. С. 224–255.

² Рябоконт С. О. Усунення від спадкування. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія «Юридичні науки»*. 2005. № 67–69. С. 71.

³ Кухарев О. Є. Спадкове право України : підручник. Київ : Алерта, 2020. С. 37.

У ст. 1224 ЦК України до осіб, які усуваються від права на спадкування, віднесено:

- осіб, які умисно позбавили життя спадкодавця чи будь-кого із можливих спадкоємців або вчинили замах на їхнє життя;
- осіб, які умисно перешкоджали спадкодавцеві скласти заповіт, внести до нього зміни або скасувати заповіт і цим сприяли виникненню права на спадкування у них самих чи в інших осіб або сприяли збільшенню їхньої частки в спадщині.

Не мають права на спадкування за законом:

- батьки після дитини, щодо якої вони були позбавлені батьківських прав і їхні права не були поновлені на час відкриття спадщини;
- батьки (усиновлювачі) та повнолітні діти (усиновлені), а також інші особи, які ухилялися від виконання обов'язку щодо утримання спадкодавця, якщо ця обставина встановлена судом;
- особи, шлюб між якими є недійсним або визнаний таким за рішенням суду.

За рішенням суду особа може бути усунена від права на спадкування за законом, якщо буде встановлено, що вона ухилялася від надання допомоги спадкодавцеві, який через похилий вік, тяжку хворобу або каліцтво був у безпорадному стані.

Проте визначене законодавцем коло спадкоємців, які усуваються від права на спадкування, не виключає отримання спадщини особами, які могли вчинити злочини проти особи спадкодавця, його здоров'я, честі та гідності.

Злочин не може вважатися належним способом набуття права власності. Ніхто не повинен здобувати спадщину злочинним шляхом. Вбивство – особливо тяжкий злочин, тому, невинно, норми спадкового права усувають від права на спадкування таких осіб. Але аморальними є й інші протиправні дії проти рідних і близьких. Спадкоємець може покинути батьків у смертельній небезпеці і спокійно спостерігати за їх агонією та марними спробами врятуватися. Саме тому заслуговує на увагу норма, за якою права на спадкування за заповітом та за законом позбавлялися б особи, які умисно вчинили злочин проти

життя, здоров'я, волі і гідності спадкодавця, якщо ця обставина буде встановлена вироком суду¹.

Справедливість може поновити сам спадкодавець, склавши заповіт і усунувши від спадкування осіб, які вчинили негідні дії. Проте це не завжди можливо. Спадкодавець, проти якого вчинено злочин, внаслідок похилого віку, стану здоров'я, заподіяної моральної травми, правової необізнаності, проживання в сільській місцевості чи, зрештою, в силу недостатності коштів не завжди має можливість скористатися своїм правом і позбавити негідного спадкоємця спадщини шляхом складення, зміни чи скасування заповіту.

Слід врахувати, що в зарубіжних правопорядках міститься значно ширше, порівняно із українським законодавством, коло підстав усунення від права на спадкування. Наприклад, у Болгарії не може спадкувати той, хто безпідставно звинуватив спадкодавця у скоєнні злочину, за який передбачено позбавлення волі (ст. 3 Закону Болгарії «Про спадкування»)².

Згідно зі ст. 756 ЦК Іспанії позбавляються права на спадкування, зокрема: батьки, які кинули своїх дітей, примушували їх до зайняття проституцією або вчиняли щодо них розпусні дії; особи, засуджені за дії, спрямовані проти спадкодавця, його дружини (чоловіка), нащадків або предків; особи, які безпідставно звинуватили спадкодавця у скоєнні злочину, за який закон передбачає покарання у вигляді позбавлення волі на тривалий строк; повнолітній спадкоємець, який, знаючи про насильницьку смерть спадкодавця, не заявив про це органам слідства протягом одного місяця від дня смерті спадкодавця³.

Також можна виокремити усунення від права на спадкування спадкоємця, який обманом чи протиправною погрозою примусив

¹ Актуальні проблеми спадкового права : навч. посіб. / за ред. Ю. О. Заїки, О. О. Лов'яка. Київ : КНТ, 2014. С. 247.

² Закон България за наследството в сила от 30.04.1949. URL: <http://www.lex.bg/bg/laws/ldoc/2121542657> (дата звернення: 01.08.2020).

³ Spanish Civil Code, approved by Royal Decree of July 24, 1889. Ministerio De Justicia, 2013. P. 132, 133.

спадкодавця скласти або скасувати заповіт (§ 2339 Німецького цивільного уложення¹, ст. 6 Закону Естонії «Про спадкування»²).

Зазначимо, що ще на стадії обговорення проекту ЦК України висловлювалися пропозиції щодо розширення кола осіб, які повинні усуватися від спадкування внаслідок вчинення ними протиправних дій проти особи спадкодавця³.

З урахуванням європейського досвіду, а також справедливості як загальної засади цивільного законодавства, перспективним видається встановити презумпцію усунення від права на спадкування осіб, які вчинили умисні злочини проти спадкодавця, у тому числі: умисне тяжке тілесне ушкодження, умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження, побої і мордування, катування, погрозу вбивством, залишення в небезпеці, незаконно позбавили його волі, вчинили злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності спадкодавця, завідомо неправдиво звинуватили останнього у вчиненні особливо тяжкого чи тяжкого злочину, незаконно помістили спадкодавця в заклад з надання психіатричної допомоги чи довели спадкодавця до самогубства, і внести відповідні зміни до ст. 1224 ЦК України «Усунення від права на спадкування».

При цьому, зважаючи на принцип свободи заповіту, якщо ж спадкодавець, незважаючи на негідну поведінку особи, встановлену судовим рішенням, призначив її своїм спадкоємцем, така особа має закликатися до спадкування на загальних підставах.

Другий напрям рекодифікації спадкового права: удосконалення заповідальних розпоряджень. Це стосується передусім *заповіту з умовою*, визначеного у ст. 1242 ЦК України, за змістом якої заповідач може обумовити виникнення права на спадкування в особи, яка призначена у заповіті, наявністю певної умови, як пов'язаної, так

¹ Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению = Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands mit Einführungsgesetz; пер. с нем. / В. Бергманн, введ., сост.; науч. ред. Т. Ф. Яковлева. 4-е изд., перераб. Москва : Инфотропик Медиа, 2015. С. 705.

² Law of Succession Act of Estonia: Passed 17.01.2008, Entry into force 01.01.2009. URL: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/506112013007/consolide> (Last accessed: 01.08.2020).

³ Заїка Ю. О. Усунення від спадщини за проектом нового Цивільного кодексу України. *Вісник Національної академії внутрішніх справ України*. 2000. № 4. С. 48–51.

і не пов'язаної з її поведінкою (наявність інших спадкоємці, проживання в певному місці, народження дитини, здобуття освіти тощо). Правова можливість складення заповіту з умовою не передбачалася законодавством радянської доби, у зв'язку з чим є абсолютною новелою чинного ЦК України.

Заповіт з умовою відомий зарубіжним правопорядкам, щоправда, з певними особливостями, обумовленими правовою системою конкретної країни (Німеччина, Чехія, Нідерланди, Естонія, Іспанія). При цьому аналіз зарубіжного законодавства свідчить про значне розширення свободи заповіту стосовно встановлення умови, порівняно з національним законодавством.

Зокрема, за цивільним законодавством Німеччини допускається можливість складення заповіту як під відкладальною, так і під скасувальною обставиною. Згідно з § 2074, 2075 Німецького цивільного уложення, якщо спадкодавець передбачив у заповіті надання під відкладальною умовою, то таке надання буде вважатися дійсним лише з настанням умови за життя особи, на користь якої це надання встановлене. Якщо ж спадкодавець передбачив у заповіті надання з умовою, що особа, на користь якої зроблено надання, протягом невизначеного строку зобов'язана вчинити певну дію чи утриматися від її вчинення, то, у разі коли невиконання чи виконання залежить виключно від волі зазначеної особи, слід вважати, що надання буде залежати виключно від скасувальної умови, пов'язаної з виконанням чи невиконанням дії цією особою¹.

В Іспанії закріплено правило стосовно неможливості встановлення умови, яка суперечить закону або добрим звичаям. Недійсною вважається умова, згідно з якою спадкоємець або легатарій має зробити розпорядження у своєму заповіті на користь спадкодавця або іншої особи (ст. 792, 794 ЦК Іспанії). Виконання умови може залежати від певної події, у тому числі випадкової. Тому в ст. 796 ЦК Іспанії міститься застереження про те, що випадкова або змішана умова може бути виконана

¹ Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению = Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands mit Einführungsgesetz; пер. с нем. / В. Бергманн, введ., сост.; науч. ред. Т. Ф. Яковлева. 4-е изд., перераб. Москва : Инфотропик Медиа, 2015. С. 650.

в будь-який час як за життя заповідача, так і після його смерті, якщо інше не передбачено останньою волею¹.

За змістом § 35 Закону Естонії «Про спадкування» заповідач може призначити в заповіті спадкоємця або встановити заповідальний відказ під відкладальною умовою або із встановленням строку. Заповідач має право також зробити в заповіті інші розпорядження під відкладальними чи скасувальними умовами або із встановленням строку².

Умови закликання до спадкування передбачені також законодавством Англії, що визнається більш консервативним і навіть архаїчним. В англійській доктрині вважаються недійсними умови, що заохочують окреме проживання подружжя; відмову від служби в армії; спрямовані на втручання в здійснення батьками права виховувати своїх дітей. Водночас визнаються дійсними скасувальні умови стосовно укладення спадкоємцем повторного шлюбу. Так само можливі відкладальні та скасувальні умови, пов'язані зі вступом у шлюб з певною особою, а також з особою, яка належить або не належить до певного класу (національності, віросповідання, професії)³.

Незважаючи на широку свободу в частині встановлення умови заповіту в європейських законодавствах, у чинній редакції ст. 1242 ЦК України міститься доволі неоднозначне застереження про те, що умова, визначена в заповіті, має існувати на час відкриття спадщини, тобто на день смерті спадкодавця. Ненастання умови на час відкриття спадщини означає своєрідне «відсторонення» спадкоємця за заповітом від спадкування. Причому враховуючи, що наявність умови може бути як пов'язаною, так і не пов'язаною з поведінкою спадкоємця, таке «відсторонення» від спадкування в окремих випадках взагалі не залежить від нього. Настання цієї умови пізніше, хоч би і в межах шестимісячного строку, встановленого для прийняття спадщини, не породжує у спадкоємця права на спадкування за заповітом з умовою.

¹ Spanish Civil Code, approved by Royal Decree of July 24, 1889. Ministerio De Justicia, 2009. P. 137, 138.

² Law of Succession Act of Estonia: Passed 17.01.2008, Entry into force 01.01.2009. URL: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/506112013007/consolide> (Last accessed: 01.08.2020).

³ Smith R. J. Property Law. New York: Addison-Wesley Longman, Incorporated, 2005. P. 37–41.

Хоча в правовій доктрині висловлюється й протилежна позиція, прихильники якої допускають можливість настання умови протягом певного строку після смерті заповідача (О. П. Печений¹, Є. О. Рябокони²). Як приклад наводиться умова заповіту, згідно з якою на спадкоємця покладається обов'язок утримувати дитину до досягнення нею повноліття за рахунок частини успадкованих коштів, покладених на банківський рахунок³.

За чинним законодавством відсутність умови заповіту на час відкриття спадщини має наслідком втрату спадкоємцем, стосовно якого встановлена така умова, права на спадкування. При посвідченні заповіту нотаріус повинен роз'яснити заповідачу неможливість встановлення такої умови. У разі ж якщо остання міститься, наприклад, у секретному заповіті, її слід вважати невстановленою і нотаріус має видати свідоцтво про право на спадщину в загальному порядку. Так, неприпустимо встановлювати в заповіті умову щодо заборони дружини спадкодавця вступити в шлюб протягом певного строку з часу відкриття спадщини.

Хоча, як свідчить нотаріальна та судова практика застосування спадкового законодавства, досить часто заповіти містять такі умови, як: поховати спадкодавця та встановити пам'ятник на його могилі; сплатити певну грошову суму третій особі після смерті заповідача. Крім того, зустрічається помилкова кваліфікація встановлення права довічного проживання в успадкованому будинку на користь третьої особи як умови заповіту, тобто має місце безпідставне ототожнення досліджуваного заповідального розпорядження з легатом⁴.

Редакція ст. 1242 ЦК України свідчить, скоріше, не про розширення свободи заповіту, а, навпаки, про штучне обмеження, про легальну

¹ Печений О. П. Спадкове право. Харків : Фактор, 2012. С. 138.

² Заїка Ю. О., Рябокони Є. О. Спадкове право : навч. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 2009. С. 110.

³ Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд : наук.-практ. посіб. / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Клименко та ін.; за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ : Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2007. С. 50.

⁴ Кухарев О. Є. Аналіз судової практики розгляду цивільних справ про спадкування : практ. посіб., 2-ге вид., перероб. і доп. Київ : Алерта, 2020. С. 53, 54.

можливість спотворення волі заповідача¹. Крім того, спадкоємцю відводиться роль пасивного спостерігача заповідача². У зв'язку з цим спадкове законодавство в цій частині потребує модернізації шляхом закріплення положення про можливість настання умови заповіту не лише на час відкриття спадщини, але й після цього. Причому строк, протягом якого має настати умова заповіту після відкриття спадщини, доцільно обмежити 6 місяцями, встановленими законом для здійснення спадкоємцями права на прийняття спадщини або відмову від її прийняття. Це зумовлено необхідністю забезпечення стабільності майнового обороту, що є надзвичайно актуальним для сфери саме спадкових правовідносин.

Запропоновані зміни дозволять заповідачу покласти на спадкоємця обов'язок вчинити певну дію, з якою буде пов'язане виникнення в такої особи права на спадкування, і після відкриття спадщини (організувати поховання заповідача; встановити пам'ятник на його могилі; сплатити певну грошову суму третій особі). Крім того, така новація надасть спадкоємцю можливість завершити виконання дій, розпочатих до смерті спадкодавця.

Слід врахувати, що за чинною редакцією ст. 1242 ЦК України в разі ненастання умови на час відкриття спадщини спадкоємець за заповітом, стосовно якого була встановлена така умова, може прийняти спадщину як спадкоємець за законом. Це має місце, зокрема, якщо спадкоємець за заповітом належить до кола спадкоємців за законом. Такий висновок узгоджується з положенням ч. 5 ст. 1275 ЦК України про те, що відмова спадкоємця за заповітом від прийняття спадщини не позбавляє його права на спадкування за законом. Наприклад, особа склала заповіт на користь свого сина та встановила умову отримання ним медичної освіти. Син спадкодавця, не виконавши умову, відмовляється від прийняття спадщини за заповітом та одночасно приймає її за законом як спадкоємець першої черги (ст. 1261 ЦК України).

¹ Заїка Ю. О. Спадкове право в Україні: становлення і розвиток : монографія. 2-ге вид. Київ : КНТ, 2007. С. 117.

² Заїка Ю. О. Набуття права власності на майно, що перейшло у спадщину. Набуття та припинення права власності в Україні (проблеми теорії та практики) : монографія ; за заг. ред. В. В. Луця. Київ : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. С. 211.

При цьому, по-перше, істотно порушується воля спадкодавця та, по-друге, надаються широкі можливості для зловживань з боку осіб, право на спадкування яких поставлено в залежність від настання певної умови. Саме тому спадкове законодавство в цій частині потребує вдосконалення шляхом закріплення застереження про те, що відсутність умови, визначеної в заповіті, позбавляє спадкоємця, стосовно якого така умова встановлена, спадкування як за заповітом, так і за законом.

Додатково потребує модернізації правило ч. 4 ст. 1254 ЦК України, відповідно до якого *якщо новий заповіт, складений заповідачем, був визнаний недійсним, чинність попереднього заповіту не відновлюється*, крім випадків вчинення правочину дієздатною фізичною особою, яка в момент його вчинення не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними (ст. 225 ЦК України), а також вчинення правочину під впливом насильства (ст. 231 ЦК України).

Наведене питання було предметом досліджень у правовій доктрині та висловлювалася цілком справедлива позиція щодо спірності чинної редакції ч. 4 ст. 1254 ЦК України, оскільки скасування попереднього заповіту одночасно із визнанням недійсним останнього заповіту судом може спотворити дійсну волю заповідача¹. Важливо врахувати, що перелік підстав відновлення попереднього заповіту є вичерпним².

В. І. Крат з цього приводу зазначає, що досліджувана норма орієнтована тільки на визначення правових наслідків для оспорюваних правочинів і зовсім не регулює впливу нікчемності заповіту на відновлення попереднього заповіту. Навряд чи нікчемний заповіт має скасовувати попередній заповіт. Це пояснюється автором тим, що нікчемний заповіт у принципі не може породжувати який би то не було правовий результат, оскільки для права він взагалі не існує як

¹ Заїка Ю. О. Правові наслідки визнання заповіту недійсним: здоровий глузд чи буква закону? *Проблеми цивільного права та процесу* : тези доп. учасників наук.-практ. конф., присв. світлій пам'яті О. А. Пушкіна, Харків, 25 трав. 2018 р. Харків : ХНУВС, 2017. С. 26–29.

² Цивільне право України. Особлива частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2010. С. 1082.

волевиявлення. А тому при нікчемності заповіту відбувається відновлення чинності попереднього заповіту¹.

Утім, при всій привабливості наведеної точки зору, яка підтримується й іншими дослідниками², її не можна назвати очевидною, виходячи із змісту ч. 4 ст. 1254 ЦК України. Це яскраво ілюструється судовою практикою. Зокрема, Верховний Суд у постанові від 19.06.2019 р. дійшов висновку, що нікчемний заповіт не відновлює попередній заповіт з огляду на те, що нікчемний заповіт є різновидом недійсного правочину, а доказів визнання недійсним заповіту з підстав, передбачених саме ст. 225, 231 ЦК України, суду не надано³.

На нашу думку, має місце неузгодженість між ч. 4 ст. 1254 ЦК України та ч. 1 ст. 216 ЦК України, яка містить правові наслідки недійсності правочину та закріплює загальне правило про те, що недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю. Тобто заповіт, визнаний недійсним в судовому порядку, не може мати правових наслідків у вигляді скасування попереднього заповіту. Недійсний правочин не може скасувати інший правочин, адже це суперечить самій суті недійсності. Стосовно ж попереднього заповіту діє презумпція правомірності правочину, відповідно до якої правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним (ст. 204 ЦК України). У зв'язку з цим вважаємо доцільним замінити чинну редакцію ч. 4 ст. 1254 ЦК України наступним застереженням: якщо новий заповіт, складений заповідачем, був визнаний недійсним, спадкування здійснюється відповідно до попереднього заповіту. Запропонована редакція повною мірою відповідає

¹ Крат В. І. Правові наслідки недійсності в спадковому праві. Проблеми законності. 2015. Вип. 131. С. 56.

² Печений О. П. Спадкове право. Харків : Фактор, 2012. С. 169, 170; Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 12: Спадкове право / за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатеевої. Харків : ФО-П Колісник А. А., 2009. С. 268, 269.

³ Постанова Верховного Суду від 19.06.2019 р., судова справа № 398/3558/16-ц, провадження № 61-19671св18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82526349> (дата звернення: 01.08.2020).

як засадничим засадам недійсності правочинів, так і принципу свободи заповіту.

Нарешті, **третій напрям рекодифікації: удосконалення інституту управління спадщиною**. Відзначимо, що питання управління спадщиною традиційно перебуває в полі зору українських цивілістів¹. Управлінню спадщиною присвячена спеціальна ст. 1285 ЦК України, за змістом якої якщо в складі спадщини є майно, яке потребує утримання, догляду, вчинення інших фактичних чи юридичних дій для підтримання його в належному стані, нотаріус, а в населених пунктах, де немає нотаріуса, – відповідний орган місцевого самоврядування, у разі відсутності спадкоємців або виконавця заповіту укладають договір на управління спадщиною з іншою особою. Утім, аналіз наведеної норми свідчить про недостатньо ефективний механізм управління спадщиною, оскільки відповідні дії вчиняються до появи спадкоємців або до прийняття ними спадщини. Крім того, гостро постає проблема вибору управителя спадщиною.

Відповідно до абз. 2 ч. 1 ст. 1285 ЦК України в разі відсутності спадкоємців або виконавця заповіту особою, яка управляє спадщиною, до складу якої входить земельна ділянка, є сільська, селищна, міська рада за місцезнаходженням такої земельної ділянки. Це положення було впроваджено Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової долі земельних ділянок, власники яких померли» від 20.09.2016 р. та сформульовано, на нашу думку, не зовсім вдало. Логіка такої новели криється в тому, що в разі відсутності спадкоємців за заповітом і за законом, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини, а також відмови від її прийняття, спадщина може бути визнана в судовому порядку відумерлою і перейти у власність територіальної громади. Незрозумілим залишається механізм управління земельними ділянками: чи орган місце-

¹ Див.,напр.: Некіт К. Г. Управління спадковим майном: українські та європейські реалії. *Часопис цивілістики*. 2016. Вип. 20. С. 157–161; Сіщук Л. В. Управління корпоративними правами до прийняття спадщини. *Приватне право і підприємництво*. 2018. Вип. 18. С. 95–100; Терехова О. О. Здійснення, охорона та захист суб'єктивних спадкових прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2012. 19 с.; Гелич А. О. Об'єкти спадкування за цивільним законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2011. 18 с.

вого самоврядування має укласти договір на управління спадщиною, чи цей орган здійснює повноваження управителя в силу закону автоматично? Якщо ж припустити необхідність укладення договору, то це більшою мірою ускладнить правовідношення, адже за приписом абз. 1 ч. 1 ст. 1285 ЦК України орган місцевого самоврядування є *установником управління* за договором на управління спадщиною. Але вже в абз. 2 ч. 1 ст. 1285 ЦК України міститься застереження про те, що сільська, селищна, міська рада виступає *управителем* за договором на управління спадщиною.

За таких обставин ЦК України повинен передбачати хоча б в узагальненому вигляді порядок здійснення органом місцевого самоврядування повноважень з управління земельною ділянкою, право власності на яку входить до складу спадщини. Крім того, спірним вбачається використання в тексті закону словосполучення «у разі відсутності спадкоємців або виконавця заповіту особою». Коли саме сільська, селищна, міська рада має впевнитися в тому, що спадкоємці відсутні, зважаючи на те, що строк для прийняття спадщини та, відповідно, для формування кола спадкоємців становить шість, а в окремих випадках – дев'ять місяців.

Так само проблемною є ситуація в разі смерті засновника приватного підприємства, або керівника юридичної особи, якому належали корпоративні права в такому обсязі, що дозволяли вирішувати майже всі питання корпоративного управління. Це, у свою чергу, призводить до ситуації, коли юридична особа не в змозі реалізувати свою дієздатність у зв'язку з призупиненням на строк прийняття спадщини всіх юридично значимих дій.

Удосконалення нормативного регулювання відносин з управління спадщиною має бути здійснене в частині строку дії відповідного договору, який недоцільно обмежувати моментом появи спадкоємців або прийняття ними спадщини. Управління спадщиною має тривати щонайменше до моменту оформлення спадкоємцями прав на неї, з яким пов'язується видача спадкоємцям свідоцтва про право на спадщину.

У законі слід окремо передбачити ті випадки, коли управління спадщиною повинно здійснюватися в обов'язковому порядку. Йдеться

передусім про спадкування частки в статутному (складеному) капіталі господарських товариств. Напевне, нині це найбільш поширена ситуація, коли необхідно здійснювати управління спадщиною. Частка в статутному (складеному) капіталі господарських товариств вимагає управління завжди – навіть коли строк між відкриттям спадщини та її прийняттям спадкоємцями доволі незначний.

За загальним правилом, передбаченим ч. 2 ст. 1030 ЦК України, предметом договору управління не можуть бути грошові кошти, крім випадків, коли право здійснювати управління грошовими коштами прямо встановлене законом. Це унеможлиблює вчинення управителем дій в межах договору на управління спадщиною за рахунок тих коштів, що входять до її складу, та значно зменшує ефективність управління.

Зазначимо, що питання щодо можливості управління грошовими коштами є дискусійним у цивілістичній доктрині, має як прихильників, так і опонентів. Видається виправданим, що в ЦК України слід передбачити право управителя здійснювати управління грошовими коштами, що входять до складу спадщини. Наведене пояснюється передусім тривалим строком, встановленим законом для прийняття спадщини та її оформлення спадкоємцями, що унеможлиблює зняття (переведення) грошових коштів протягом щонайменше шести місяців з часу відкриття спадщини¹.

Згідно з ч. 3 ст. 1298 ЦК України до закінчення строку на прийняття спадщини нотаріус може видати спадкоємцеві дозвіл на одержання частини вкладу спадкодавця у банку (фінансовій установі), якщо це викликано обставинами, які мають істотне значення. Але наведене правило не вирішує проблеми спадкування значних грошових сум, розміщених на банківських рахунках, оскільки їх одержання, по-перше, відбувається лише з дозволу нотаріуса, по-друге, не в повному обсязі, а певною часткою, та, по-третє, лише за наявності істотних обставин. Крім того, нотаріус не може видати спадкоємцеві дозвіл на одержання частини грошових коштів, що перебувають у банку на підставі

¹ Кухарев О. Є. Управління спадщиною: стан та перспективи розвитку. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України* : збірник наукових статей. Випуск 46. Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2018. С. 89.

договорів про надання індивідуального банківського сейфа, що охороняється банком (ст. 970 ЦК України) та індивідуального банківського сейфа, що не охороняється банком (ст. 971 ЦК України).

Питання про доцільність укладення договору на управління спадщиною, а також вибір управителя за цим договором вирішують: спадкоємці, виконавець заповіту, нотаріус, орган місцевого самоврядування. Водночас спадкоємці з'являються до нотаріуса не одразу після відкриття спадщини, в окремих випадках необхідним є проведення дій з їх розшуку та повідомлення про смерть спадкодавця, у зв'язку з чим об'єкти спадкового правонаступництва, що потребують вчинення невідкладних дій з утримання та догляду, можуть бути суттєво знецінені. Крім того, часто між спадкоємцями виникають спори, що значно ускладнює як вибір управителя, так і укладення з ним відповідного договору. Зі свого боку нотаріус особисто не заінтересований в управлінні спадщиною, а випадки призначення виконавця заповіту зустрічаються в нотаріальній практиці вкрай рідко. Наведені обставини суттєво знижують ефективність такого, на перший погляд, дієвого правового інструменту, як договір на управління спадщиною, є причиною незначної кількості цих договорів та ще більше актуалізують проблему визначеності правової долі спадщини протягом строку, встановленого для її прийняття. Тому заповідачеві на законодавчому рівні слід надати право обрати особу, яка здійснюватиме управління спадщиною після відкриття спадщини шляхом вчинення відповідного застереження в заповіті. Наведена новація сприятиме підвищенню ефективності застосування механізму управління спадщиною та запобіганню можливим спорам між спадкоємцями.

У межах ЦК України має бути сформований спеціальний правовий режим управління спадщиною, передусім підприємством та фермерським господарством як єдиними майновими комплексами, частками в статутному (складеному) капіталі господарських товариств, цінними паперами, майновими правами інтелектуальної власності. Особливості управління спадщиною можна виявити на підставі загальних положень гл. 70 ЦК України та лише однієї спеціальної норми, яка фактично не розкриває зміст і можливості цього правового інструменту. Це, безумовно, свідчить про необхідність вдосконалення

цивільного законодавства та проведення подальших наукових розробок в цьому напрямку¹.

Нарешті, окремої уваги потребує інститут спадкового договору, структурно закріплений у гл. 90 ЦК України. Правове регулювання відносин між власником майна і його правонаступником на зобов'язальних засадах, настання негативних наслідків для контрагентів при невиконанні зобов'язання, виходить за межі спадкових правовідносин, що виключає можливість розглядати інститут спадкового договору як інституцію спадкового права. Оскільки між відчужувачем і набувачем виникають двосторонні зобов'язальні зв'язки, то такі правовідносини за правовою природою характерні для підгалузі зобов'язального права.

Предмет спадкового договору «майно відчужувача» не співпадає з поняттям «склад спадщини». Оскільки у спадковому договорі йдеться не про спадщину, а про власність контрагента за договором, то, на наш погляд, з урахуванням нормативного регулювання доцільно структурно розмістити цей договір в розд. III «Окремі види зобов'язань» після договорів довічного утримання (догляду) і ренти під назвою «договір про відчуження майна на випадок смерті».

Наведене дає підстави для загального висновку про те, що спадкове законодавство об'єктивно потребує оновлення, проведення якого сприятиме удосконаленню вже існуючих правових конструкцій, єдності судової практики та однакового застосування спадкового законодавства у нотаріальній практиці. Крім того, очікується адаптація національного законодавства про спадкування до законодавства країн Європейського Союзу з урахуванням національних традицій та звичаїв. Важливим результатом модернізації спадкового законодавства має стати більш ефективне забезпечення збереження та використання спадкового майна з часу відкриття спадщини до моменту оформлення спадкоємцями.

При цьому рекодифікацію спадкового права слід проводити із збереженням концептуальних засад, закладених у ЦК України його розробниками.

¹ Кухарев О. Є. Теоретичні та практичні проблеми диспозитивності в спадковому праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. С. 299–301.

Розділ 5

Відносини майнового обороту в контексті гармонізації правового регулювання

5.1. СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН У ГАРМОНІЗОВАНИХ АКТАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

Регулювання зобов'язальних відносин, заснованих на цивільних договорах, у Книзі п'ятій ЦК України має найбільшу питому вагу. Особливістю регламентації цих відносин є перш за все те, що вони більше, ніж інші, знаходяться під впливом принципу диспозитивності: їх суб'єкти самостійно визначають зміст договірних відносин, орієнтуючись на забезпечення своїх інтересів.

Однією з новел ЦК України стало окремий виокремлення в автономний структурний фрагмент (підрозділ) загальних положень про договори, які виділені із загальних положень про зобов'язання.

На етапі розробки і прийняття чинного ЦК України це відіграло важливу роль, оскільки був відновлений статус договору як однієї з фундаментальних цивільно-правових конструкцій і дієвих інструментів у механізмі правового регулювання приватних відносин.

У цивільний оборот були введені категорії публічного договору, попереднього договору, договору про приєднання; деталізовані як поняття договору, так і принцип свободи договору.

Важливою рисою регламентації договірних зобов'язань є їх об'єктивно обумовлена консолідація. Так, положення про договори поставки,

міни, контрактації, постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу увійшли в главу «Купівля-продаж», а договір підряду на капітальне будівництво трансформувався в договір будівельного підряду і разом з договором побутового підряду регламентується приписами глави «Підряд». Значно деталізована конструкція договору найму (оренди), до якої також включені прокат, найм (оренда) земельної ділянки, найм будівлі або іншої капітальної споруди, найм транспортного засобу та лізинг.

У ЦК України знайшла закріплення низка нових договорів, обумовлених потребами економічного обороту (управління майном, лізинг, факторинг, франчайзинг тощо); крім того, виходячи з потреб динамічного розвитку договірне регулювання економічних відносин, значне поширення отримали так звані «непоіменовані договори», які не були безпосередньо врегульовані в ЦК, але за своїм змістом, природою та загальними характеристиками повністю відповідали поняттю цивільно-правового договору. Їх регулювання здійснювалося на підставі положень, сформульованих самими сторонами в договорі, а за їх відсутності – у відповідності із загальними положеннями ЦК про договір та зобов'язання.

В умовах переходу економіки України на ринкові засади особливо зростає роль договору як універсальної та найбільш доцільної форми опосередкування товарно-грошових та інших майнових відносин.

Виходячи з цього, приведення інститутів договірного права у відповідність із сучасними вимогами життя розглядалось як одне з першочергових і невідкладних завдань кодифікації¹.

Потреби єдиного європейського ринку обумовили необхідність пошуку адекватних механізмів гармонізації та уніфікації правових приписів, які регулюють приватноправові відносини перш за все у сфері економічного обороту².

Вже у 80-ті роки минулого століття виникла ідея широкомасштабного проекту по формуванню загальних засад європейського конт-

¹ Кодифікація приватного (цивільного права) України / за ред. професора А. Довгерта. Київ, 2000. С. 215.

² Кодифікація приватного (цивільного) права України. С. 65.

рактного права. Створену робочу групу очолив професор із Копенгагену Оле Ландо. До її складу увійшли провідні науковці у сфері приватного права з різних країн Європи.

Цей проект ґрунтувався на ідеях гармонізації приватного права, закладених в окремих міжнародних документах, до яких належать Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу (Віденська конвенція 1980 р.), Типові закони ЮНСІТРАЛ, зокрема Типовий закон ЮНСІТРАЛ про закупівлю товарів (робіт) і послуг (1994), міжнародні правила «Інкотермс» (Міжнародні правила з тлумачення торгових термінів), які вперше були опубліковані Міжнародною Торговельною Палатою (ІСС) у 1936 році, а в подальшому переглядаються і оновлюються кожні 10 років.

Деякий час паралельно розроблялися два проекти, спрямовані на гармонізацію європейського договірного права: хронологічно раніше почала працювати група, очолювана італійським професором М. Бонелем, яка в 1994 році підготувала Принципи УНІДРУА – Принципи міжнародних комерційних договорів. Це акт ненормативного характеру, який є яскравим прикладом недержавного регулювання «м'якого права» (*soft law*).

Хоча Принципи УНІДРУА є необов'язковою кодифікацією, «зведенням» загальної частини міжнародного контрактного права, вони розглядаються правничою спільнотою як значний крок у напрямку глобалізації юридичного мислення.

Зміст Принципів УНІДРУА як робочого інструменту регулювання міжнародних контрактних відносин періодично оновлюється, зараз актуальною є редакція 2016 року.

Комісія Оле Ландо, яка розпочала свою роботу ще в 1982 році, на першому етапі пріоритетним визнала необхідність гармонізації норм, які стосуються належного виконання договору, а також засобів правового захисту при невиконанні зобов'язань. Відтак частина 1 Принципів європейського договірного права, опублікована в 1995 році, була присвячена саме цим проблемам і мала назву «Виконання і невиконання договору і засоби правового захисту».

Робота над проектом була продовжена, частина 2 була завершена в 1999 році і опублікована разом із частиною 1.

Всього ці дві частини включали 9 глав, у яких було об'єднано 131 статтю. Частина 3 Європейських принципів договірної права опублікована в 2003 році. Разом всі три частини склалися із 17 глав, до яких входило 200 статей, які здебільшого були присвячені загальним положенням договірної права¹.

Принципи європейського договірної права замислювалися авто-рами як Європейський уніфікований торговий кодекс. Однак у кінцевому рахунку ці принципи сформувалися як більш широкий документ, а саме – як прояв принципів договірної права ЄС загалом і принципів комерційних договорів зокрема. Ці Принципи все ширше застосовуються в підприємницькій та судовій практиці, хоча нерідко і без безпосередніх посилань на них. Принципи європейського договірної права мають велике теоретичне і практичне значення, оскільки вони віддзеркалюють тенденції розвитку договірної права в Європі і виступають додатковим джерелом у законодавчому процесі².

У літературі щодо значення і місії Принципів підкреслюється таке. Вони є проявом необхідності гармонізації та уніфікації правових норм для усунення тих розбіжностей у правових системах, які перешкоджають ефективному здійсненню підприємництва. Принципи також сприяють зміцненню та розвитку єдиного Європейського ринку, створюючи інфраструктуру для появи загальноєвропейських правових норм, які регулюють договори. Вони є орієнтиром і керівництвом для національних законодавців і суддів.

Крім того, Принципи об'єктивно сприяють зближенню двох правових систем – континентального права та англосаксонського загального права, між якими є істотні відмінності у правовій структурі, у термінології, у фундаментальних поняттях і класифікаціях, а також у правовій політиці³.

Таким чином, Принципи європейського договірної права є своєрідною правовою базою для європейського законодавства: вони допо-

¹ Текст Принципів станом на 2006 рік українською мовою був опублікований ТПШ України у 2013 році. Принципи європейського договірної права. Рекомендації та коментарі. Київ. 2013. 281 с.

² Амиров А. Т. Принципы европейского договорного права – основа частного права Европейского Союза. *Вестник Московского университета*. Серия 11. Право. 2006. № 2. С. 83.

³ Див. Амиров А. Т. Указ. стаття. С. 86–87.

магають законодавчим органам ЄС у законотворчості, судам, арбітрам та юристам – у правозастосовчій практиці¹.

Цивільне право України вже на етапі розробки проекту чинного ЦК сприйняло як певний правовий стандарт положення гармонізованих актів у сфері регулювання договірних відносин, зокрема приписів, що містяться в Принципах УНІДРУА, а також Принципах європейського договірного права.

Особливо необхідність врахування цього європейського вектору розвитку договірного права проявляється на сучасному етапі рекодифікації цивільного законодавства, оскільки за останні два десятиліття гармонізаційні тенденції у сфері приватного права проявилися доволі результативно.

Зазначимо, що гармонізацією правових приписів, які регулюють договірні відносини, займалися й інші робочі групи.

Зокрема, у листопаді 1992 року в італійському місті Павія була створена Академія юристів з європейського приватного права, метою якої стало сприяння уніфікації та забезпечення єдності тлумачення європейського приватного права в дусі конвенцій європейського співтовариства.

Група науковців Академії, яку очолив проф. Д. Гандольфі, спрямувала свою діяльність на створення Кодексу європейського договірного права (European Contract Code – ECC).

Перша версія ECC, яка складалася з 173 статей, була опублікована в 1999 р. і загалом включала загальні положення про договори. У 2002 р. до неї були долучені статті 174–220, які були спрямовані на регулювання договору купівлі-продажу. Водночас, хоча і планувалося продовжити підготовку статей, присвячених окремим видам договорів, однак допоки кодекс більше не доповнювався².

На відміну від Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА, а також Принципів договірного права Комісії Оле Ландо Кодекс європейського договірного права не став загально поширеним актом договірної гармонізації, можливо тому, що він так і не одержав

¹ Див. Амиров А. Т. Указ. стаття. С. 88.

² Див. Белов В. А. Кодекс европейского договорного права. Книга 1; Книга 2. М., 2015. 307 с.; 311 с.

свого завершення. Водночас самий факт роботи над цим проектом підтверджує загальний інтерес, обумовлений об'єктивними тенденціями зближення національних правових систем.

Значним етапом на шляху європеїзації приватного права слід визнати підготовку широкомасштабного проекту – Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). У цей документ увійшли правила і принципи, які не обмежуються тільки загальними положеннями про договори, про договори купівлі-продажу, оренди, надання послуг: будівельних, інжинірингових, консультативних, медичних.

Документ також містить окремі положення про договори доручення, торговельного представництва, комерційної концесії, дистрибуції та ін.

Разом з тим обсяг гармонізації у DCFR був значно розширений: окремі книги присвячені діям у чужому інтересі без доручення, безпідставному збагаченню, позадоговірній відповідальності, трастам та іншим інститутам приватного права.

Таким чином, можна дійти висновку, що підготовка принципів європейського договірного права (УНІДРУА, Комісії Ландо та інші) стимулювала «гармонізаційний рух» і в інших інститутах приватного права (деліктні зобов'язання, інші недоговірні відносини, траст).

Як зазначається в літературі, безпосередня мета підготовки DCFR полягала у розробці зводу кодифікованих принципів зобов'язального права та інших основних інститутів майнового права, які б могли би оптимальним чином застосовуватися у всіх країнах ЄС. Зокрема, у коло проблем, що розглядаються в DCFR, входять не тільки загальні питання, але й формулювання положень щодо окремих видів договорів, таких як договори купівлі-продажу, надання послуг, довгострокові договори, кредитні угоди тощо¹.

DCFR як акт загальноєвропейської гармонізації доволі широкого спектру, підготовлений надзвичайно висококваліфікованими фахів-

¹ Комаров А. С. «Європеизация» частного права в рамках ЕС и её значение для развития частного права в Российской Федерации. В кн.: Актуальные вопросы российского частного права. Сборник статей, посвященный 80-летию со дня рождения профессора В. А. Дозорцева. М., 2008. С. 41.

цями, які представляють різні правові системи, став корисною моделлю для вдосконалення національного законодавства у сфері приватного права.

У країнах, що входять до ЄС, акти гармонізації норм приватного права мають неабияке значення.

Як свідчить досвід розвитку цивільного права Франції, акти «м'якого права» істотно впливають на новелізацію цивільно-правового масиву. Реформаторська правова думка Франції особливо активізувалася і прагне зробити норми французького договірної і зобов'язального права більш зрозумілими, ясними, передбачуваними як для французів, так і для представників інших держав.

Останнім часом Франція докладає серйозних зусиль для того, щоб модернізувати і спростити положення французького зобов'язального права з тим, щоб зробити ці положення більш зрозумілими і доступними для всіх верств населення Франції. Загалом основною метою цих зусиль є вдосконалення норм Цивільного кодексу Франції, приведення їх у відповідність з нормами Європейського союзу, а також створення більш дієвих і ефективних правил в нинішніх умовах громадського та ділового життя, а також посилення гарантій правової захищеності в державі фізичних і юридичних осіб.

Деякі чинні норми французького цивільного права представляються не тільки застарілими, а й доволі складними і незрозумілими, що накладає на суди надмірний тягар вирішення спорів, яких при наявності відповідних норм могло б не бути. Завдання поточної модернізації норм цивільного права полягає в тому, щоб перевести її із сфери рішень, які в останні десятиліття приймалися французькими судами та які, на жаль, далеко не завжди узгоджувалися між собою (особливо тих, що стосуються нових правовідносин), у сферу законодавчих норм, тобто у правовий масив Цивільного кодексу Франції.

Не підлягає сумніву, що відсутність або недостатність належних законодавчих норм у сфері зобов'язального права, наявність застарілих формулювань, відірваність від існуючих реалій Франції не може не породжувати в державі випадки правової непевності. Ці негативні правові обставини мають своїм наслідком певну незахищеність суб'єктів французьких правовідносин. Особливо це стосується тих

ситуацій, коли мова йде про нові технології, нові сфери діяльності, а також про ситуації, що виникають останнім часом у соціально-економічних і міжнародних зв'язках.

Існуючі тенденції у сфері зобов'язального, у т. ч. договірного права Франції дають можливість визначити основні напрями, які характеризують зміни, поправки і доповнення до Французького цивільного кодексу. Зокрема:

- спрощуються правила, що підлягають застосуванню до вимог, які стосуються дійсності договору, представництва сторін і змісту договірних умов;
- створюються норми, які закріплюють у нормативному порядку обов'язок сторін розкривати відповідну інформацію; формулюється поняття договірної умови про явне зловживання сторони своєю економічною перевагою, а також передбачають цивільно-правові санкції за це порушення;
- оновлюються, уточнюються і удосконалюються правила, що застосовуються до форми різних видів договору; про недійсність договору і про втрату ним сили, які є наслідком порушення умов його дійсності або недотримання вимог його форми;
- формулюються правила, що вносять ясність в положення, що стосуються тлумачення умов та застережень договору;
- уточнюються положення про наслідки укладення договору (як стосовно сторін, так і третіх осіб), передбачається для сторін можливість модифікувати договір у разі непередбаченої зміни відповідних обставин;
- уточнюються правила, які стосуються строків дії договору;
- впорядковуються правила, які систематизують заходи на випадок невиконання договору, а також передбачається можливість і умови одностороннього розірвання договору шляхом інформування про це іншої сторони;
- модернізуються правила, які застосовуються до ведення чужих справ без доручення (*gestion d'affaires*) і до сплати неналежного (*paiement de l'indu*);
- передбачається спеціальне визначення поняття безпідставного збагачення (*enrichissement sans cause*);

- уточнюються і модернізуються правила, які стосуються різних способів прийняття зобов'язання, розмежовуються умовні, термінові, сукупні, альтернативні, факультативні та солідарні зобов'язання;
- уточнюються або новелізуються правила про платіж, а також про інші способи погашення зобов'язання, включаючи складання боргу, залік зустрічної вимоги і злиття двох правових форм в одній особі (*la remise de dette, de la compensation et de la confusion*);
- забезпечуються умови щодо систематизації всіх угод, спрямованих на зміну зобов'язальних правовідносин;
- модернізуються правила стосовно відступлення права вимоги, новації і переведення боргу;
- уточнюються правила, які застосовуються до реституції, зокрема, внаслідок визнання договору недійсним.

Можна сподіватися, що реалізація цих новел договірної і зобов'язального права не тільки поліпшить стан захисту прав громадян і юридичних осіб, але й сприятиме зближенню французького цивільного права з європейським приватним правом.

У Німеччині, як і у Франції, хоча може дещо повільніше, розпочалися процеси реформування зобов'язального та договірної права.

Хоча необхідність змін була викликана об'єктивними чинниками, зокрема відмінностями між невиконанням і неналежним виконанням згідно з приписами BGB, відсутністю законодавчих норм щодо регулювання випадків винного порушення обов'язків у зобов'язальних правовідносинах, необхідністю відмежування відповідальності за недоліки речі та за інші порушення¹.

Однак безпосереднім приводом стали деякі директиви європейського законодавця, які мали бути трансформовані в національне право держав-учасників ЄС. Перш за все, було необхідно інтегрувати в BGB положення численних спеціальних законів, які автономно регулювали зобов'язальні відносини паралельно із Цивільним кодексом

¹ Вилькенс У. Современный проект коренной реформы немецкого обязательственного права. Отдельные проблемы хозяйственного права Германии и Австрии. Сборник докладов. Минск, 2–9 сентября 2001 г. С. 471.

(BGB). Зокрема, це стосувалося Закону про загальні умови правочинів. Питання, які регулюють загальні умови правочинів, як і коло осіб, на які поширюються ці умови, передбачені § 310 BGB. Матеріально-правові норми Закону про загальні умови правочинів були включені в текст BGB шляхом їх імплементації у § 305.

Таким чином, законодавець намагається надати BGB більшій ясності, прозорості, що безумовно сприятиме поверненню йому статусу центрального цивільно-правового акта.

Крім імплементації Закону про загальні умови правочинів у текст BGB були включені норми й інших спеціальних законів: про споживчий кредит, про розірвання правочинів, укладених «біля дверей дому», а також схожих з цими правочинів; про дистанційний збут; про продаж прав на тимчасове користування жилими приміщеннями.

Були внесені істотні зміни в регулювання підрядних відносин. Відповідно до приписів BGB підрядчик зобов'язаний виконати певну роботу за винагороду, він є відповідальним за досягнення визначеного результату. Якщо робота не завершена результативно, підрядчик винагороду не отримує. Питання про визначення розміру винагороди у договорі підяду є доволі проблематичним, оскільки при укладенні такого договору не завжди можна визначити як кінцеву вартість робіт, які підлягають виконанню, так і загальний обсяг робіт за договором. Нові правила передбачають, що проблема ціни може бути вирішена наступним чином. Якщо при укладенні договору невідомо, скільки може коштувати виконання робіт, ця невизначеність усувається шляхом встановлення кошторису.

Підрядчик зобов'язаний попередити замовника про необхідність істотного перевищення кошторису, а замовник вправі за таких умов відмовитися від договору і при цьому не зобов'язаний сплатити повну суму винагороди.

Доволі детально регламентуються питання про усунення недоліків у роботах, порядку їх усунення, а також строки позовної давності для вимог, які пов'язані з недоліками у виконаних роботах.

Певною мірою були модифіковані правила, які регулюють договір купівлі-продажу. Введені новели практично нівелюють відмінності, які раніше існували між договорами купівлі-продажу товарів, визначених

родовими і індивідуальними ознаками, а також товарів, які мають або не мають речову форму.

У результаті реформи норм договірної права передбачене німецьким цивільним законом поняття договору стало більш близьким до поняття договору в країнах загального права. Договір у німецькому праві став розглядатися як добровільна угода, що передбачає взаємне гарантування сторонами її належного виконання, зокрема поставку продавцем речі покупцю неналежної якості. Між тим раніше ЦК Німеччини допускав поставку продавцем речі неналежної якості, надаючи при цьому право покупцеві використовувати різні засоби правового захисту.

Внаслідок внесених змін нові положення ЦК Німеччини стали більшою мірою відповідати положенням статей 35 і 46 Віденської конвенції 1980 року «Про міжнародну купівлю-продаж товарів».

У ЦК Німеччини також були передбачені нові положення щодо недоліків проданої речі. Вони передбачають відповідальність за відсутність у проданій речі тих якостей, які були заявлені продавцем. Продана річ вважається такою, що має дефект, якщо вона не відповідає тому її опису, яке їй дав продавець або його представник шляхом публічного оголошення, наприклад, у рекламі. За відсутності такого опису застосовуються загальні критерії оцінки якості речі.

Згідно з новими правилами ЦК Німеччини недоліком вважається неправильне зібрання предмета продажу, а також помилкова інструкція по збірці речі. При цьому відповідальність за брак проданої речі виключається, якщо її публічне оголошення не вплинуло на рішення покупця про покупку. Вона також виключається і в разі, коли до моменту укладення договору купівлі-продажу недоліки речі вже були усунуті або ж якщо річ виявилася зібраною правильно, незважаючи на помилки, що містяться в інструкції по збиранню.

Новими положеннями ЦК Німеччини також передбачено наділення покупця правом вибору між заявленням вимоги про усунення дефектів проданої йому речі і заявленням вимоги надання нової речі замість тієї, що містить дефекти (післяпродажне виконання). Раніше право такого вибору надавалося лише щодо речей, визначених родовими ознаками.

Новелою ЦК Німеччини є положення про те, що основним засобом правового захисту покупця є його право вибору між ремонтом і заміною купленої речі на нову. Водночас покупець також має право вимагати зниження купівельної ціни, розірвання договору, стягнення збитків та відшкодування понесених витрат. Він також має право залишити без задоволення вимоги продавця про сплату покупної ціни.

Хоча пріоритет післяпродажного виконання прямо німецьким Кодексом не передбачено, такий пріоритет фактично має місце. Пояснюється це тим, що всі інші засоби захисту прав покупця вимагають від нього надання продавцю певного терміну, після якого післяпродажне виконання може бути відхилено.

Відповідно до ЦК Німеччини покупець отримує право на стягнення з продавця збитків, заподіяних річчю, яка має дефекти, і на відшкодування понесених витрат лише в разі, коли дефект виник з вини продавця, на якого, однак, покладається тягар доведення відсутності в нього вини.

Зазначене положення фактично означає, що німецький законодавець встановив презумпцію вини продавця в разі, якщо він поставив покупцеві річ неналежної якості. Це положення являє собою виняток із загального правила німецького цивільного права про те, що кожна зі сторін зобов'язана довести факти, які вона приводить в якості підтвердження своїх вимог. Названий виняток пояснюється труднощами або неможливістю отримання покупцем відомостей, які стосуються внутрішніх виробничих питань підприємства продавця.

У ЦК Німеччини були також включені нові положення щодо споживчих договорів купівлі-продажу. Ці положення були обумовлені рекомендаціями Європейського Союзу з питань споживчих товарів, вони поширюються на всі договори купівлі-продажу, які укладаються споживачами з продавцями-комерсантами щодо будь-якого рухомого майна в речовій формі.

Відповідно до ЦК Німеччини захист прав споживачів досягається за рахунок обмеження автономії волі сторін. У цьому відношенні встановлена презумпція, згідно з якою недолік проданої речі, виявлений протягом шести місяців з моменту продажу, вважається таким, який мав місце в момент поставки цієї речі. При цьому положення договору,

які виключають відповідальність продавця за недоліки проданої речі, вважаються недійсними.

У силу нових правил застереження про відмову покупця від претензій, що стосуються якості проданої речі, зроблене до того, як був виявлений дефект цієї речі, юридичної сили не має, незалежно від того, передбачено воно окремою угодою сторін або загальними умовами відповідного договору.

У BGB також передбачено нове правило, згідно з яким комерсант, від якого споживач зажадав зниження покупної ціни речі або розірвання договору, не зобов'язаний в разі пред'явлення відповідної вимоги до свого постачальника надавати останньому час для усунення недоліків, після закінчення якого комерсант має право відмовитися від післяпродажного виконання.

У зазначеному випадку в якості відступу від загального принципу пріоритету післяпродажного виконання комерсант має право негайно вимагати стягнення збитків, зменшення ціни проданої речі або ж розірвання договору.

Згідно з іншим правилом BGB комерсант, який поряд з післяпродажним виконанням здійснив відшкодування споживачеві понесених ним витрат, має право стягнути це відшкодування назад. Законодавством встановлено, що термін давності для пред'явлення комерсантом цієї вимоги становить два роки¹.

Головне завдання оновлення цивільного законодавства України на сучасному етапі в частині договірних права полягає в тому, щоб гармонізувати та модернізувати приписи Книги п'ятої ЦК України, спростити положення договірних права, у тому числі договірних зобов'язань та відповідальності за їх порушення.

Модернізація, гармонізація та спрощення мають бути проведені з тим, щоб зробити названі положення українського права більш адекватними і більш ефективними в сучасних умовах, а також зробити їх більш зрозумілими і доступними для всіх верств населення.

¹ Більш детально огляд змін у зобов'язальному праві Німеччини див. Бергманн В. Новое германское обязательственное право (обзор положений вступившего в силу 1 января 2002 г. германского закона о реформе обязательственного права. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*. 2003. № 5, 6, 7.

Метою майбутньої реформи українського зобов'язального та договірної права і цивільно-правової відповідальності також є максимальна уніфікація і наближення цих норм до кращих європейських зразків у контексті розвитку загального приватного права Європи (*jus commune Europae*).

Звісно ж, що, здійснюючи реформування свого договірної права і норм цивільно-правової відповідальності на сучасному етапі, Україна не може не враховувати назрілу нині перспективу створення Європейського цивільного кодексу, ядром якого, безумовно, стануть норми зобов'язального та договірної права.

Одним із основоположних принципів українського зобов'язального права, зокрема договірних зобов'язань, є принцип свободи договору. Цей принцип у ЦК України має не тільки зберегти свою провідну роль і значення, а й повинен бути посилений новими або оновленими положеннями, заснованими на сучасних європейських правових традиціях, що насамперед обумовлено метою гармонізації українського зобов'язального права з нормами зобов'язального права Європейського Союзу.

Як вже зазначалося, у процесі останньої кодифікації цивільного законодавства в Україні, як і в інших країнах-республіках колишнього Союзу РСР, загальні положення про договір були виділені в окремий розділ II Книги п'ятої. Таке рішення на той час було цілком виправданим з огляду на необхідність кардинально переглянути роль договору в регулюванні приватних відносин і місце цієї юридичної конструкції в системі цивільно-правових інструментів.

На зміну тоталітарним методам впливу на економічні відносини мали прийти ринкові механізми правової регламентації, серед яких договір посідає пріоритетне місце.

Таке вирішення проблеми безумовно відіграло свою позитивну роль – договірні конструкції органічно увійшли в цивільний оборот і стали потужним фундаментом для запровадження і побудови ринкової економіки. Видова систематика цивільних договорів останні десятиліття динамічно розвивалася: з'явилися нові види і типи договірних конструкцій.

Водночас не можна не визнати, що з точки зору загальної архітектури ЦК України цей розділ «Загальні положення про договір»

(Розділ II), який розміщений між розділом I «Загальні положення про зобов'язання» і розділом III «Окремі види зобов'язань», певною мірою порушує логічну єдність інституту зобов'язання.

Договір у цивільному праві є багатофункціональним правовим інструментом. Він є надзвичайно поширеним юридичним фактом, різновидом правочину, водночас його слід розглядати також в якості важливого регулятора приватних відносин.

Значення цивільного договору в регулюванні приватних відносин, його місце в системі правових інструментів спонукає до певного перегляду структури Книги першої та Книги п'ятої ЦК України.

Перш за все, враховуючи, що більшість правочинів носять двосторонній характер, тобто є договорами, Концепція оновлення ЦК України передбачає включення загальних положень про договір у Книгу першу: з метою більш логічного розміщення нормативного матеріалу стосовно конструкції договору пропонується главу 16 ЦК розширити і перенести до неї правові норми про поняття договору, його форми, види, а також положення про недійсність договорів.

Цілком логічно в цій главі розмістити правові норми, які будуть регламентувати договір як різновид правочину, як один із найважливіших і найпоширеніших юридичних фактів. Саме «правочинна» (а не зобов'язальна) природа договору обумовлює таке переформатування нормативного матеріалу, яке виглядає доволі органічно.

Водночас договір як зобов'язання залишається в Книзі п'ятій, більш того, у новій главі, яка буде присвячена підставам виникнення зобов'язань, мають бути передбачені не тільки договори, але інші юридичні факти: завдання шкоди особі та майну; одностороннім правомірним діям (публічна обіцянка винагороди, вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення; рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи); створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи; набуттю, збереженню майна без достатньої правової підстави; іншим підставам виникнення недоговірних зобов'язань.

Передбачається, що серед норм Книги п'ятої, які будуть присвячені деталізації підстав виникнення зобов'язань, у параграфі щодо договору будуть закріплені положення про обов'язковість договору,

про свободу договору, про особливості його укладення з врахуванням рекомендацій DCFR та PECL (Принципів європейського договірної права). Зазначимо, що в цих модельних актах містяться спеціальні приписи, які обумовлені появою нових інформаційних технологій. Так, Книга II DCFR має назву «Договори та інші юридичні акти». У главі 3 «Маркетинг і переддоговірні обов'язки» значна увага приділена інформаційним обов'язкам, зокрема особливо регламентуються обов'язки підприємця, який забезпечує споживачів (ст. II – 3:102); обов'язки щодо розкриття інформації стосовно товарів і послуг (ст. II – 3:101); про особливості використання засобів інформаційних технологій в умовах, коли договір укладається без особистої взаємодії сторін (ст. II – 3:105) та інші.

Використання цих правил є надзвичайно корисним і може значною мірою підвищити ефективність договірних стосунків в умовах динамічного розвитку нових технологічних можливостей сучасного бізнесу. У цьому ж параграфі мають знайти своє місце і норми щодо процедури укладення договору.

Зокрема, у главі 4 Книги II DCFR містяться важливі правила щодо тлумачення намірів про укладення договору, які значною мірою спрощують процес формування згоди на укладення договору. Це стосується і положень, які регламентують оферту та акцепт (ст. II – 4:201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211).

Важливим напрямом модернізації положень про регулювання договірних відносин є регламентація переддоговірних стосунків – самої процедури ведення переговорів, особливо дотримання принципу добросовісності, чесного ведення переговорного процесу, дотримання умов конфіденційності, регулювання питань переддоговірної відповідальності.

Така деталізація договірної процедури значно спростить взаємовідносини між учасниками і водночас забезпечить підвищення відповідальності за дотримання визначених законодавством і діловою практикою принципів взаємодії сторін договору.

Водночас регламентація окремих видів договору має бути перенесена в Книгу першу, у якій містяться загальні положення цивільного права.

Таким чином, цей структурний підрозділ у Книзі першій буде змістовно розширений і стане називатися «Правочини і договори».

Саме в цій главі будуть визначатися як основні характеристики цих категорій, умови дійсності правочинів і договорів, а також наслідки їх порушення і підстави недійсності. Одночасно в цю главу перемістяться і положення про види договорів.

Вбачається, що всі наведені положення належать до загальних, у масштабах всього цивільного права, а не тільки інституту зобов'язань.

Безумовно, інтенсивний розвиток реальних економічних відносин обумовлює необхідність гнучкого підходу до їх правового впорядкування в ЦК України.

У світлі розвитку нових правовідносин, що мають місце в останні десятиліття в Європі і в Україні зокрема, в ЦК України необхідно буде включити норми права, що регулюють нові види договорів і договірних правовідносин, яких зараз немає в тексті Кодексу, але які добре зарекомендували себе в цивільних кодексах інших держав.

Наприклад, варто звернути увагу на договір про здійснення туристичних поїздок у сфері надання туристичних послуг, який був включений до Цивільного кодексу Німеччини.

Це саме можна віднести і до багатьох інших угод і договорів, передбачених у ЦК Німеччини і Франції, які відсутні в Україні, але які будуть стимулювати її економічний і соціальний розвиток.

Треба також розглянути питання про доцільність включення в ЦК України положення про нові види договорів, які сформувалися і розвиваються в економічній практиці (наприклад, таких, як форфейтинг, франчайзинг, компенсаційні договори, рамкові договори і т. ін.). Основним критерієм для включення таких договорів, очевидно, слід вважати їх поширеність у цивільному законодавстві країн Європейського союзу, оскільки Україна прагне гармонізувати свої норми права з нормами права цього Союзу.

З іншого боку, треба також розглянути необхідність виключення з ЦК України деяких інститутів зобов'язального права, які збереглися в ньому з тих часів, коли в країні діяла система адміністративних, по суті, економічних відносин.

Мова, зокрема, йде про інститути договору поставки і контрактації сільськогосподарської продукції, функції яких майже в усьому світі

успішно виконує всеохоплюючий, фундаментальний у цивільно-правовій та комерційній діяльності договір купівлі-продажу.

Одночасно з цим у процесі реформування норм договірних права України на підставі або з урахуванням нових рекомендаційних правил Європейського союзу, Франції, Німеччини та інших європейських держав необхідно постійно дотримуватися непорушного принципу стабільності системи українського цивільного права.

Зокрема, реформуючи Кодекс, необхідно керуватися тим правилом, що будь-які нормативно-правові запозичення, будь-які корисні нововведення, модифікації і включення їх в українське цивільне право не повинні призводити до спотворення або руйнування внутрішньої цілісності, логіки і архітекtonіки ЦК України, створеного попереднім поколінням реформаторів, які керувалися ідеологією, що діє в системі суспільства з ринковою економікою.

Загалом одним з основних джерел, яким слід керуватися при реформуванні норм договірних і в цілому зобов'язального права України, на наш погляд, можна вважати ті норми, що містяться в Книгах II і III DCFR «Договори та інші правочини» і «Зобов'язання та кореспондуючі права».

Так, доцільно розглянути можливість адаптувати певною мірою норми DCFR щодо виконання зобов'язань. У цьому контексті слід звернути увагу на норми DCFR стосовно місця, строку і порядку виконання зобов'язання, дострокове виконання, альтернативні зобов'язання і способи виконання, виконання, доручене іншій особі, виконання третьою особою, засоби захисту на випадок невиконання (*remedies for non-performance*), звільнення від відповідальності з причини наявності перешкоди, умови, що виключають або обмежують захист, усунення боржником недоліків неналежного виконання, право примусити виконання, право зупинення виконання зустрічного зобов'язання, припинення договірних відносин тощо.

Таким чином, рекодифікація положень сучасного договірних права передбачає уточнення загальних принципів договірних права, зокрема: свободи договорів, оновлення системи договорів, їх видового різноманіття; удосконалення процедури укладення договорів з врахуванням новітніх технологій.

При уточненні та оновленні правил ЦК України необхідно чітко визначити правові норми, які повинні застосовуватися на різних етапах договірного процесу, починаючи зі стадії попереднього обговорення сторонами договірних умов, і закінчуючи офертою і прийняттям цих умов.

Говорячи більш конкретно, доцільно, зокрема, модернізувати, з урахуванням принципів нинішнього європейського права, правила ЦК України, що підлягають застосуванню до вимог, які стосуються дійсності договору, у тому числі до питань право- та дієздатності сторін, до їх представництва і до змісту договірних умов.

Доцільно взяти до уваги численні положення, що існують з цих питань в DCFR: положення, згідно з якими забезпечувальний боржник не має права посилатися на відсутність або обмеження дієздатності або правоздатності боржника, якщо відповідні факти були йому відомі на момент набрання забезпеченням чинності; положення щодо порушення умовами зобов'язання принципів або імперативних норм законодавства, положень щодо наслідків абсолютної нікчемності або оспорюваності зобов'язань і т. д.

Слід також закріпити в Цивільному кодексі України обов'язок сторін розкривати відповідну ділову інформацію, яка має істотне значення для укладення відповідного договору.

Доцільно також сформулювати поняття договірної умови, що вказує на явне зловживання стороною своєю економічною перевагою, і передбачити спеціальні положення про санкції, щоб ті можна було застосувати до тієї договірної сторони, яка використовує в своїх інтересах слабке становище іншої сторони.

Вважається за необхідне прямо закріпити в нормах ЦК України принцип консенсуального підходу до договірних правовідносин і передбачити відповідні виключення з нього, уточнивши при цьому вичерпні правила, що застосовуються до форми договору.

Необхідно також уточнити, конкретизувати і більш чітко сформулювати правила про недійсність договору і про втрату ним чинності в результаті порушення умов його дійсності або недодержання сторонами вимог стосовно його форми.

Доцільно також уточнити положення, що стосуються тлумачення договору, і положення, які відносяться до договору приєднання, а також

про наслідки укладення договору (як по відношенню до сторін, так і до третіх осіб). З цією метою слід передбачити для сторін можливість відповідним чином модифікувати і переукласти договір з огляду на зміни обставин, які неможливо було визначити в момент укладання договору.

Як вже зазначалося, у межах рекодифікації доцільно в ЦК України передбачити правила, що регулюють переддоговірну фазу правовідносин між сторонами договору. Іншими словами, передбачити порядок і межі розкриття та належного надання договірними сторонами інформації, яка передбачена загальними положеннями статті 200 ЦК України.

Назване регулювання тим більше необхідно, бо в українському цивільному праві (стаття 627 ЦК України), як і в цивільному праві інших країн світу, діє загальний фундаментальний принцип свободи договірних правовідносин, на який може посылатися сторона, що заперечує проти вимоги відповідної договірної сторони про розкриття інформації.

У цьому відношенні в ЦК України необхідно прямо передбачити принцип, згідно з яким оферта або висунення пропозиції про проведення переддоговірних переговорів, їх проведення та припинення носять вільний характер, але при цьому названі заходи повинні задовольняти загальним вимогам сумлінності.

Іншими словами, в Кодексі необхідно прямо встановити як принцип правило, яке передбачає, що кожен етап ділових переговорів має здійснюватися на засадах сумлінності.

Крім того, необхідно зауважити, що в разі порушення вимог щодо переддоговірної або договірної стадії відносин, винна сторона зобов'язана відшкодувати іншій стороні шкоду, заподіяну такими діями, яка водночас не може мати на меті компенсацію втраченої вигоди через неукладення договору або втрату можливості отримати цю вигоду.

У зв'язку із встановленням принципових вимог щодо переддоговірної стадії правовідносин також вбачається за необхідне сформулювати з цього питання низку більш конкретних, особливих правил.

Так, вважається за доцільне покласти на сторону, яка володіє інформацією, важливість якої має визначальне значення для волевиявлення

іншої сторони, обов'язок надати цю інформацію цій іншій стороні, коли та явно її не має або коли в ході договірної процесу вона покладається на свого контрагента.

Також, вочевидь, корисно передбачити в Цивільному кодексі України конкретні правила про те, що сторони не вправі обмежити або виключити обов'язок надання інформації, правила про те, яка саме інформація має визначальне значення для волевиявлення іншої договірної сторони, правила про тягар доказування необхідності надання інформації та її визначального значення тощо.

В якості санкції, крім передбаченої законом відповідальності зобов'язаної особи, можна передбачити правило про те, що невиконання обов'язків по розкриттю інформації може призвести до визнання договору недійсним та стягнення з винної сторони заподіяних збитків.

Звернемо увагу на те, що запропоновані вище (як приклад) положення про розкриття сторонами ділових відомостей і про неприпустимість їх використання без дозволу відповідної сторони впливають з обов'язків, передбачених положеннями Директиви Європейського союзу від 15 червня 2016 року. Ці положення не вимагають спеціального підписання угоди про конфіденційність.

Іншими словами, згідно з цим положенням згаданої Директиви конфіденційність інформації мається на увазі, що, втім, не позбавляє сторони права укласти спеціальну угоду або включити в договір положення про конфіденційність, де можна прямо передбачити обсяг і межі розкриття інформації.

Необхідно також встановити в Кодексі обов'язок сторони надавати відомості, що запитуються з метою укладення договору, або ті, що направляються в процесі його виконання, так само як і правила спрямування цих відомостей стороні правовідносин, що робить відповідний запит.

Так чи інакше, видається, що включення до Цивільного кодексу України положень, пов'язаних з вимогою про розкриття інформації, поєднане із санкціями за порушення цієї вимоги, повинні служити гарантією конфіденційності на той випадок, якщо сторони не укладуть між собою відповідної угоди.

Також вважається за необхідне передбачити можливість призупинення виконання договору стороною з того моменту, коли стане очевидним, що її контрагент не виконає його у відповідний термін, і коли наслідки цього невиконання будуть для неї досить серйозними.

При цьому слід вказати, що про таке призупинення виконання договору відповідною стороною повинно бути зроблено повідомлення в найкоротший розумний строк.

Крім того, з урахуванням положень статті 207 ЦК України, необхідно включити до Кодексу конкретні положення, що застосовуються до договору, який укладається в електронній формі тощо.

Значимо, що наведені пропозиції щодо регламентації в межах здійснення переддоговірного етапу інформаційних зобов'язань можуть розглядатися як важливий приклад конкретизації правового режиму договірних стосунків.

Загалом представляється необхідним включити в Цивільний кодекс України, що реформується, й інші положення, що містяться в найбільш важливих документах Європейського союзу, присвячених питанням сучасного приватного права у сфері зобов'язань та цивільно-правової відповідальності.

5.2. ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ ГАРМОНІЗОВАНИХ ПІДХОДІВ У РЕГУЛЮВАННІ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН У ПРОЦЕСІ РЕКОДИФІКАЦІЇ ЦК УКРАЇНИ

У сучасних умовах в Україні відбувається процес перетворень, який стосується соціально-політичних та економічних сторін життя країни. Прискорення економічних реформ не в останню чергу залежить від змісту та якості правового регулювання відносин, що виникають у цивільному обороті. На подальший розвиток цивільно-правових норм в умовах зміни векторів товарного обігу мають глибокий вплив договірні правовідносини, що зумовлено інтеграцією ринків України та країн-членів Європейського Союзу у зв'язку з набуттям чинності Угоди про асоціацію України та Європейським Союзом, Європей-

ським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами. Більше того, нинішнє перманентне реформування договірного законодавства, яке спричинило створення великого, а подекуди безсистемного масиву норм, не сприяє належному регулюванню приватноправових відносин в умовах інтеграції України у правовий простір ЄС.

Так, на стадії входження України у правовий простір ЄС важливим є усунення дублювань та розбіжностей чинного цивільного та господарського законодавства. Пріоритет тут повинен надаватися положенням Цивільного кодексу України, які мають для договірного права загальний характер. Значного оновлення потребує масив нормативно-правових актів, що регулюють приватноправову сферу, щодо їх застосування в договірній та судовій практиці. Зокрема, концептуальних змін потребує сам погляд на договір як на основний регулятор цивільних відносин: істотні умови договору (їх перелік у спеціальному законодавстві інколи становить понад 20 обов'язкових умов); систематизація договорів у ЦК України; розмежування станів визнання договору неукладеним та недійсним; належне та реальне виконання договірних зобов'язань; недосягнення згоди щодо усіх істотних умов чи їх неоднозначне розуміння сторонами тощо.

Варто зазначити, що сучасні дослідження проблем договірного права шляхом пошуку спільних з ЄС підходів до спорідненості механізмів договірного регулювання і, як наслідок, формування комплексу схожих ознак у таких підходах різними націями з різними правовими культурами, є однією з потреб сьогодення. Разом з тим вироблення таких спільних підходів є гострою проблемою не лише для України як країни, яка прагне вступити до Європейського Союзу, а й для країн, які вже є його членами. Пов'язано це з глобалізацією світових економічних процесів та проблемою поділу правопорядків на: 1) європейський правопорядок в цілому; 2) міжнародний правопорядок, що складається в рамках ЄС (інтернаціональний правопорядок); 3) транснаціональний правопорядок (*sui generis*) («soft law», «lex mercatoria»); 4) національні правопорядки держав-членів ЄС.

Відповідно зближення законодавств країн-членів ЄС носить допоміжний характер у відношенні до основної мети, яка полягає

в забезпеченні функціонування внутрішнього ринку держав-членів ЄС¹. Тобто Європейський Союз не ставить перед країнами-членами завдання щодо однаковості правового регулювання договірних відносин, водночас намагаючись виробити спільні підходи до правового регулювання свого внутрішнього ринку².

Виходячи з цієї мети, в останні роки спостерігається активний інтерес до проблем гармонізації підходів у європейському договірному праві. З цього приводу неодноразово наголошувалося, що головною причиною зближення національних інститутів контрактного права в рамках ЄС є необхідність подолання конфлікту між транснаціональною природою нових економічних відносин і національним характером старих правових норм, призначених їх врегулювати. Відповідно процес зближення контрактного права країн-членів ЄС з різних причин ще далеке від свого завершення³.

Так, сучасне договірне право ЄС характеризується певною фрагментарністю, що пов'язано із особливостями приватних кодифікацій національного законодавства окремих країн, яке подекуди не відповідає сучасним потребам економічних та інших відносин між учасниками договірних правовідносин. Зазначене підтверджується наявністю в межах ЄС трьох моделей договірного права – французької, німецької та англійської⁴, що серйозно ускладнює механізм гармонізації договірного права та призводить до пошуку альтернативних цьому шляхів таких, як, наприклад, гармонізація колізійних норм про договірні зобов'язання.

Саме тому процес гармонізації договірного права ЄС в останні роки спрямований на пошук схожих за змістом норм, що регулюють

¹ Consolidated version of the Treaty on European Union. *Official Journal*. 2012. С 326. 26.10.2012. Р. 13–390.

² Resolution on action to bring into line the private law of the Member States. *Official Journal*. 1989. Р. 158. 26.06.1989. Р. 0400; Resolution on the harmonization of certain sectors of the private law of the Member States. *Official Journal*. 1994. С 205. 25.07.1994. Р. 0518.

³ Гармонизация договорного права / Белоусов Ю. В., Бек Ю. Б., Дыминская Е. Ю. и др. ; под ред. У. Хелльманна, С. А. Балащенко, Ю. В. Белоусова. Хмельницький : Хмельницький університет управління и права, 2015. С. 17.

⁴ Conference 'Which European contract law for the European Union?' Press Pack. University of la Sorbonne. 47 rue des Ecoles, Paris 5^{ème}, 23rd and 24th October 2008. URL: http://archiveue2008.fr/webdav/site/PFUE/shared/import/1023_droit_europeen_contrats/European_contract_law_conference_Press_kit_EN.pdf. (дата звернення 30.06.2021).

договірні правовідносини, а також на узгодження спільних підходів, вироблення загальних принципів договірного права (так звана «мінімальна гармонізація»), коли на рівні директив ЄС закріплюються тільки мінімальні стандарти, а країни-члени можуть встановлювати більш жорсткі вимоги до договірного регулювання приватноправових відносин. Такий підхід в європейській правовій доктрині пояснюється можливістю визначення базового рівня однакового регулювання та можливістю збереження національних особливостей¹.

Надзвичайно важливими допоміжними інструментами в процесі імплементації гармонізованих підходів у регулюванні договірних відносин в Україні є апробовані часом та досвідом країн-членів ЄС документи з уніфікації європейського приватного права, основними з яких є Проект спільних підходів (Draft Common Frame of Reference (далі – DCFR), Принципи Європейського договірного права (Principles of European Contract Law (далі – PECL), Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (далі – Принципи УНІДРУА), Принципи існуючого договірного права ЄС (далі – Принципи Acquis) тощо. Необхідність їх розробки та удосконалення пояснюється відмінностями в національному договірному праві держав-учасниць, неузгодженістю актів ЄС, відсутністю єдиної термінологічної бази, проблемами імплементації директив у національне законодавство держав-членів².

Як результат кропіткої роботи з пошуку уніфікованої моделі правового регулювання договірних зобов'язань в ЄС стало прийняття Європейським Парламентом у 2011 році рішення про прийняття Регламенту про введення факультативного документа (optional instrument) з Європейського договірного права. Завданням цього акта Європейського Парламенту стало паралельне із національними актами врегулювання договірних відносин між сторонами шляхом включення до національних законодавств держав-членів ЄС самостійного зводу норм договірного права, що може бути обраний сторонами в якості права, що регулює договірні відносини. Цим Регламентом Європарламент

¹ Barnard C. The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms. Second Edition. New York : Oxford University Press, 2007. P. 600.

² Діковська І. А. Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2014. С. 82.

засвідчив намір щодо свободи вибору факультативного документа як альтернативи національним законам або міжнародного права (opt-in). Наявність двох режимів внутрішнього договірної права пояснюється можливістю забезпечення таким чином сторін договору правом вибору у застосуванні національного договірної права чи факультативного документа з Європейського договірної права¹.

Отже, особливий інтерес під кутом зору імплементації гармонізованих підходів ЄС у національне законодавство викликають закріплені у вищенаведених документах з уніфікації європейського договірної права новітні зміни в механізмі договірної регулювання, не лише з огляду на феномен договору, його свободу, дотримання правових принципів, а й на новітні розуміння свободи форми договору, структури механізму регулювання договірних відносин, його стадій тощо. Цілком доречно з цього приводу наголошується в юридичній літературі на нездатності сучасних теоретичних основ приватного права пояснити або вирішити взаємозв'язок між трьома одночасними і взаємопов'язаними явищами: 1) економічною глобалізацією; 2) правовою глобалізацією; 3) зміною ролі національної держави в якості основного фундаменту приватного права і основного захисника правових, економічних інтересів осіб².

Водночас доцільно наголосити, що у вітчизняному праві спостерігається схожа тенденція. Незважаючи на велику кількість праць, присвячених наведеним аспектам в доктрині приватного права (Н. С. Кузнецова³, В. В. Луць⁴, М. М. Сібільов⁵, С. М. Бервено⁶,

¹ P7_TA(2011)0262 Policy options for progress towards a European contract law for consumers and businesses European Parliament resolution of 8 June 2011 on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses (2011/2013(INI)). URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-20110262+0+DOC+PDF+V0//EN> (дата звернення 07.07.2021).

² Гармонизация договорного права / Белоусов Ю. В., Бек Ю. Б., Дыминская Е. Ю. и др. ; под ред. У. Хельманна, С. А. Балашенко, Ю. В. Белоусова. Хмельницький : Хмельницький університет управління и права, 2015. С. 44.

³ Кузнецова Н. С. Вибрані праці. К. : ПрАТ «Юридична практика», 2014. С. 397–408.

⁴ Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності : навч. посіб. 2-е вид., перероб. і допов. К. : Юрінком Інтер, 2008. 576 с.

⁵ Сібільов М. Ознаки та поняття договору у сфері приватного права. *Вісник Академії правових наук України*. № 4 (31). 2002. С. 87–93.

⁶ Бервено С. М. Проблеми договірної права України : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2006. 389 с.

С. О. Погрібний¹ тощо), необхідно констатувати, що проблеми щодо належного регулювання договірних відносин, на жаль, залишаються не розв'язаними, а тому їх ретельний аналіз надасть можливість сформулювати нові наукові бачення підходів до удосконалення чинного законодавства та практики його застосування.

Кардинальні соціально-економічні зміни векторів розвитку країни поставили перед українськими вченими-правниками нелегке, однак надзвичайно важливе завдання – реформування підходів до належного правового регулювання економічних відносин шляхом «рекодифікації» цивільного законодавства з метою перетворення його в надважливий інструмент розвитку громадянського суспільства. Не є винятком в цьому й договірне право, яке донедавна здебільшого сприймалося як щось фрагментарне у відношенні до нормативного регулювання приватноправових відносин узагалі. Чого не можна сказати про новітні підходи в європейському договірному праві, де закон у договірній сфері вже давно перестав вважатися «істиною в останній інстанції», а сторони мають право відходити від його положень, коригуючи їх відповідно до своїх інтересів. Отже, нагальною є й як імплементація, де це можливо, передового досвіду, так і розробка власного дієвого сучасного механізму договірного регулювання приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні.

Відповідно мета реформування договірного права загалом та законодавства зокрема повинна торкнутися не стільки форми, у якій виражаються певні правові ідеї, скільки зміщення акцентів із законодавчого регулювання правовідносин між їх учасниками в сторону договірної їх визначення. При цьому договір не слід вважати загальнообов'язковим актом, а похідною від закону домовленістю, що зобов'язує лише тих сторін, які прийняли в ній участь. Іншими словами, правові норми, що визначають зміст договірної правовідносини, не трансформуються в договірні умови, а впливають на договірне правовідношення (визначають його зміст) безпосередньо, саме як правові норми, оскільки вони здатні визначити зміст договірних прав та обов'язків самостійно,

¹ Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : монографія. Київ : Правова єдність, 2009. 299 с.

не перетворюючись у договірні умови, які виражають волю сторін договору. Так, імперативні норми права, що передбачають обов'язок включення умов в договір, впливають безпосередньо на зміст договору. Натомість диспозитивні норми за бажанням сторін можуть взагалі не впливати на зміст договору, однак опосередковано здійснюють свій вплив на зміст договірної правовідносини.

Аналіз вищенаведених документів з уніфікації гармонізованого досвіду ЄС дозволяє констатувати подібність у тенденціях розвитку договірної законодавства Європейського Союзу і України, що підтверджується схожістю проблем правового регулювання економічного обороту загалом та їх договірної регулювання зокрема. Так, у процесі входження України у правовий простір ЄС нагальною для України є проблема усунення дублювань та розбіжностей, які існують у регулюванні договірних відносин за Цивільним і Господарським кодексами та іншими актами законодавства України, шляхом скасування останніх¹.

З цього приводу заслуговують на окрему увагу закріплені в DCFR підходи до гармонізації договірної права в рамках ЄС, а також висловлені застереження, що політика Комісії ЄС з вироблення проектів регламентів, що регулюють договірні відносини, може вплинути на ступінь участі громадськості в обговоренні даного проекту². Структура DCFR включає книги, кожна з яких ділиться на глави, розділи, підрозділи (при необхідності) і статті. Книга I містить загальні положення, книга II присвячена договорам і іншим юридичним актам, зобов'язання і відповідні їм права визначені в книзі III. Книга IV закріплює окремі типи договорів (зокрема, договори купівлі-продажу, тимчасового користування майном, послугові договори). Положення про дії в чужому інтересі містяться в книзі V, положення про позадоговірні зобов'язання із

¹ Див. Кузнецова Н. С., Кот О. О., Гриняк А. Б., Пленюк М. Д. Скасування Господарського кодексу України: потенційні наслідки та необхідні передумови. *Вісник Національної академії правових наук України* / редкол.: В. Тацій та ін. Харків : Право, 2020. Т. 27, № 1. С. 100–131.

² Смирнова Е. В. Движение к унификации материально-правового регулирования договорных отношений в праве Европейского союза (на примере договора франшизы). *Унификация международного частного права в современном мире* : сб. ст. / отв. ред. И. О. Хлестова. М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при правительстве РФ : ИНФРА-М, 2013. С. 229–233.

заподіяння шкоди іншій особі – в книзі VI. Книга VII присвячена кондиційним зобов'язанням, книга VIII – набуттю та припиненню права власності на річ, книга IX – забезпеченню та можливим обтяженням рухомого майна, книга X – трастам¹.

Аналізуючи роль DCFR в процесі уніфікації спільних підходів до договірному регулюванню приватноправових відносин, слід зазначити про сприйняття Проекту як основи Європейського цивільного кодексу². Натомість критики такого підходу звертають увагу на те, що в ньому містяться визначення ключових термінів приватного права, які не закріплені ні в Принципах європейського договірному права, ні в національних системах приватного права³.

Як видається, подібністю тенденцій розвитку договірному права Європейського Союзу і України доцільно скористатися шляхом застосування напрацьованого в країнах-членах ЄС механізму гармонізації національного законодавства та міжнародно-правових актів через використання таких юридико-технічних прийомів, як: а) імплементація в національне законодавство гармонізованих у міжнародному праві положень-стандартів; б) внесення апробованих практикою ЄС змін у національне законодавство; в) скасування національних нормативно-правових актів, що дублюють положення один одного чи сприяють виникненню правових колізій.

Саме таким підходом скористалися такі наші країни-сусіди, як Польща та Угорщина. Так, в ході реформування Цивільного кодексу Польщі було прийнято рішення про інкорпорування передових положень PECL, як-от: можливість укладення договору шляхом обміну стандартними умовами (ст. 385), можливість відкликання оферти та її акцептування зі змінами (ст. 662, 681), обов'язок дотримання режиму

¹ Модельные правила европейского частного права / пер. с англ.; науч. ред. Н. Ю. Расказова. М. : Статут, 2013. 989 с.

² Гармонизация договорного права / Белоусов Ю. В., Бек Ю. Б., Дыминская Е. Ю. и др. ; под ред. У. Хелльманна, С. А. Балашенко, Ю. В. Белоусова. Хмельницкий : Хмельницкий университет управления и права, 2015. С. 95.

³ Moslein F. Legal Innovation in European Contract Law: Within and Beyond the (Draft) Common Frame of Reference. EUI Working Paper RSCAS 2009/07. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2009. P. 1–2. URL: http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/10687/1/EUI_RSCAS_2009_07.pdf. (дата звернення 30.06.2021).

конфіденційності інформації, отриманої на стадії переговорів між потенційними контрагентами (ст. 721) тощо. А в Концепції оновлення Цивільного кодексу Угорщини прямо вказувалося, що при підготовці нової редакції Цивільного кодексу особлива увага повинна звертатися на рішення, пропонувані PECL і Принципами УНІДРУА, оскільки ці документи отримали світове визнання та зробили серйозний вплив на законодавство і судову практику¹.

Як видається, при оновленні цивільного законодавства України загалом та договірною зокрема, доцільність використання цього апробованого підходу не викликає сумніву. Більше того, у цьому напрямі не слід залишати поза увагою положення DCFR, що містять не тільки норми договірної права, а й уніфіковані положення директив ЄС, а також норми, що регулюють позадоговірні відносини. Цілком слушною є відображена в юридичній літературі теза, що цей документ набуває особливої значущості для нових країн ЄС, враховуючи обов'язок імплементації всіх директив ЄС при вступі в Європейський Союз, адже досить стислі строки, що відводяться для виконання цього обов'язку, часто не дозволяють новим членам ЄС належним чином проаналізувати внутрішнє законодавство і забезпечити належну інтеграцію положень директив в уже діючі нормативно-правові акти². З цього приводу в європейській правовій доктрині наголошується, що інкорпорація положень директив ЄС на підставі єдиного документа, положення якого об'єднані загальною логікою та містять уніфіковані поняття, дозволить уникнути подібної проблеми³, що служить засобом правової інтеграції європейського законодавства і втілює метод «уніфікації через гармонізацію» шляхом запозичення положень PECL⁴.

¹ Kisfaludi A. The Influence of Harmonisation of Private Law on the Development of the Civil Law in Hungary. *Juridica International*. Vol. XIV. Tartu 2008. P. 135.

² Гармонизация договорного права / Белоусов Ю. В., Бек Ю. Б., Дыминская Е. Ю. и др. ; под ред. У. Хелльманна, С. А. Балашенко, Ю. В. Белоусова. Хмельницький : Хмельницький університет управління и права, 2015. С. 101.

³ Tacoff C. The Present State of Harmonization of Bulgarian Private Law, and Future Perspectives: Historical Development and Scope of the Private Law – Compliance with European Private Law. *Juridica International*. Vol. XIV. Tartu, 2008. P. 120–121.

⁴ Lando O. Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium. *Scandinavian Studies In Law*. 2000. № 40. P. 367.

Так, в Угоді про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами закріплено обов'язок України гармонізувати своє законодавства і перелік сфер, охоплених цим зобов'язанням. Натомість Європейський Союз зобов'язався забезпечити Україну технічною допомогою в цьому напрямі шляхом обміну експертами, спеціальним інформуванням про введення відповідного законодавства, організацією семінарів, навчанням фахівців, допомогою в перекладі законодавства ЄС у відповідних секторах економіки¹.

Отже, рекодифікація зобов'язального права загалом та договірного зокрема повинна відбуватися на основі положень основних документів з уніфікації європейського приватного права, у яких закріплено систему принципів, на основі яких і відбувається зближення приватноправових підходів до договірного права країн-членів ЄС. Імплементация у цивільне законодавство України багатьох закріплених у цих документах правових моделей могла б сприяти вирішенню низки гострих проблем, які постали останнім часом у договірному регулюванні цивільних відносин. Зокрема, право сторін договору обрати різні правопорядки, що застосовуватимуться до різних частин договору; можливість мовчазного вибору права; відсутність вимоги про необхідність зв'язку між обраним правом і договором між сторонами; розмежування питань дійсності домовленості про вибір права та основного договору; можливість сторін обрати недержавне право, якщо тільки право держави суду не передбачає інше; правило про відсутність вимоги до форми угоди про вибір права тощо².

Основними принциповими положеннями, що повинні бути імплементовані в договірне законодавство України, є нові для вітчизняного законодавства принципи: 1) необов'язковості письмової форми договору (укладення договору може бути підтверджено будь-якими засобами,

¹ Закон України «Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» від 16.09. 2014 року № 1678-VII. *Відомості Верховної Ради*. 2014. № 40. Ст. 2021.

² Крупчан О., Гриняк А., Пленюк М. Договірне регулювання приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні. *Право України*. 2019. № 2. С. 27.

у тому числі і показами свідків); 2) можливості відзиву оферти до її акцепту за виключенням випадків, коли в оферті передбачено її безвідкличний характер або встановлено час для її акцепту; 3) можливості закріплення в договорі особливих (непойменованих) способів правового захисту в разі його порушення; 4) можливості звільнення від відповідальності за невиконання умов договору; 5) можливості зміни або припинення договору в разі виникнення труднощів при його виконанні (сторона може вимагати звільнення від виконання надмірно обтяжливих умов договору); 6) добросовісної та чесної ділової практики при укладенні та виконанні договорів; 7) захисту від недобросовісних умов у договорах (не обмежується лише договорами між суб'єктами підприємництва і споживачами, а поширюється на всі договори); 8) допустимості уступки вимоги, переведення боргу тощо до всіх договірних відносин; 9) посилення захисту прав слабшої сторони у споживчих правовідносинах (розкриття необхідної інформації споживачу як про відповідний товар, послугу чи результат робіт, так і про відповідні умови договору); 10) розширення сфери розрахунків за договорами (підтвердження отримання коштів, виправлення помилок при розрахунках, зменшення ціни, момент переходу ризику від продавця до покупця) тощо.

Зосереджуючись на здобутках в цьому напрямі ЄС, слід пам'ятати, що у договірному регулюванні приватноправових відносин існує генетичний взаємозв'язок кожної певним чином формально визначеної приватноправової засади з різними складовими глобального за своїм юридичним значенням принципу верховенства права. У наведеній складовій важко переоцінити той внесок, що робить у інтерпретацію цього принципу Європейський суд з прав людини та Європейська комісія «За демократію через право (Венеційська комісія)». Однак, попри наявність відповідного законодавчого припису в договірному регулюванні приватноправових відносин, ще належить укорінити практику ЄСПЛ як повноцінного джерела вітчизняного права (приватного, зокрема)¹, у тому числі в частині застосування його тлумачень

¹ Гриняк А. Судова практика як джерело правового регулювання договірних відносин. Приватне право і підприємництво / редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. Вип. 13. К. : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, 2014. С. 114.

щодо домовленостей, форми договору, його змісту тощо. Переконані, що всі дотичні до приватного права новели повинні бути пронизані ідеями всебічного сприяння реалізації цивільних прав та суб'єктивних обов'язків, а в разі їх порушення – доступності ефективних засобів юридичного захисту та справедливого судочинства тощо¹.

Сьогодні в доктрині приватного права поняття «договір» використовується в значенні: згоди; правовідношення; документа, у якому викладені умови договору як правовідношення; регулятора відносин, що виникли між сторонами. За правилом ст. II – 1:101 DCFR поняття «договір» включає в себе не лише розуміння згоди як підстави виникнення прав і обов'язків контрагентів, а й згоду на зміну інших правових цілей. Наприклад, згоду на зміну умов існуючого договору чи припинення існуючих зобов'язань між сторонами. Тобто, договір не просто формує правила та регулює зв'язки, що виникли на його ґрунті (передусім зобов'язального характеру), а безперервно впливає на них, керує та управляє ними. Домовленість не зникає з моменту виникнення зобов'язальних правовідносин, і лише її існування продовжує дію договірних зобов'язань². Договір не обмежується тільки тим, що впливає на динаміку цивільних правовідносин (породжує, змінює або припиняє їх), а й відповідно до вимог законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності і справедливості визначає зміст конкретних прав та обов'язків учасників договірної зобов'язання. У цьому розумінні договір є засобом договірної регулювання поведінки сторін у цивільних правовідносинах³.

Більше того, оскільки однією з необхідних ознак будь-якої домовленості є відсутність можливості в кожній зі сторін нав'язувати іншій свої умови, укладення договору можливо виключно в разі, коли кожен із контрагентів вважає договірні умови справедливими для себе. За такої домовленості сторони орієнтуються на те розуміння справедливості,

¹ Крупчан О, Гриняк А, Пленюк М. Договірне регулювання приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні. *Право України*. 2019. № 2. С. 26.

² Мілаш В. Нові підходи до визначення договору в господарському праві. *Право України*. 2007. № 9. С. 34.

³ Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб. 2-ге вид., стер. К. : Юрінком Інтер, 2001. С. 15.

що є загальновизнаним у суспільстві. Фактично саме цивільно-правовий договір є одним зі способів об'єктивації тих імперативів, які становлять сутність природного права в суспільстві. У цьому розумінні договір виступає засобом правового регулювання поведінки сторін у цивільно-правових зобов'язаннях, адже в договірних умовах закріплюється воля сторін; відповідно, такі умови стають для контрагентів обов'язковими.

Тобто, у сфері приватноправових відносин можемо констатувати зміщення акцентів із законодавчого регулювання правовідносин між їх учасниками в сторону договірної їх визначення. При цьому договір слід розглядати не загальнообов'язковим нормативним актом, а похідною від закону домовленістю, що зобов'язує лише осіб, які домовилися. Іншими словами, правові норми, що визначають зміст договірної правовідносини, не трансформуються в договірні умови, а впливають на договірне правовідношення (визначають його зміст) безпосередньо, саме як правові норми, оскільки вони здатні визначити зміст договірних прав та обов'язків самостійно, не перетворюючись в договірні умови, які виражають волю сторін договору, а не законодавця¹. Водночас договір має відповідати обов'язковим для сторін правилам, що встановлені нормативно-правовими актами і діють в момент його укладання. Так, законодавець у абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України наголошує на об'єктивному верховенстві імперативних норм закону над договором.

Зважаючи на наведене, робимо висновок, що договір є формою права, оскільки джерелом права є суспільні відносини, що потребують правового регулювання, а формою права, як зазначалось вище, є способи об'єктивації його вимог. Суть законотворчої діяльності полягає в пошуку та відборі визнаних у суспільстві правил поведінки і закріплення останніх у законодавчих актах. Саме такий процес спостерігається при укладанні цивільно-правового договору, адже потенційні контрагенти виражають свою волю, зважаючи на існуючі

¹ Договірне регулювання приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні : монографія / за заг. ред. академіка НАПрН України О. Д. Крупчана; наук. ред. А. Б. Гриняк. К., 2017. С. 20.

соціальні норми, соціальні регулятори, звичаї, традиції тощо, і закріплюють її у специфічному акті – договорі, який і є формою закріплення їх суб'єктивних цивільних прав та обов'язків. Як приклад, можемо навести закріплені в ЦК України імперативні вимоги щодо форми договору, яка є зовнішнім відображенням вольових актів сторін договору, а її недотримання призводить до визнання його недійсним (ст. 203 ЦК), за винятком визначених законодавчо випадків конвалідації правочинів (ст. 220 ЦК).

Водночас в актах гармонізації договірної права ЄС закріплено кардинально інший підхід, що свідчить про відхід від імперативів у сфері формалізації вимог до форми договору. Так, у ст. 11. – 1:106 DCFR відображено на рівні норми-принципу відсутність формальних вимог для контракту або іншого юридичного акту. Спеціальна форма договору може бути передбачена для конкретних видів договорів, але за загальним правилом обов'язковість письмової форми договору, його реєстрації або ж ідентифікації нотаріусом не вимагається.

Зазначене положення знайшло своє відображення в змісті Гаазьких Принципів вибору права в міжнародних комерційних договорах (далі – Гаазькі Принципи), схвалених Комісією Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) 29 червня – 16 липня 2015 р., у ст. 5 яких закріплено відмову від формальних вимог до угоди про вибір права, за якою домовленість про вибір права може бути досягнута в будь-якій формі. Аналізуючи це нововведення, слід наголосити на можливості його сприйняття у вітчизняному законодавстві (Закон України «Про міжнародне приватне право») шляхом закріплення такої можливості на кшталт Гаазьких Принципів, а саме: *«домовленість про вибір права не підлягає жодним формальним вимогам, якщо тільки сторони не домовилися про інше»*¹.

Більше того, правило, за яким наявність письмової форми договору може бути доведено за допомогою будь-яких сучасних засобів зв'язку,

¹ Гриняк А. Б. Новітні підходи до закріплення автономії волі сторін у комерційних правовідносинах. Нью-Йоркська конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень: 60-річна історія успіху : збірник доповідей і статей до V Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І. Г. Побірченка. К. : 2019. С. 42–43.

якщо вони містять запис необхідної інформації, яка може бути відтворена в письмовій формі, закріплено в більшості країн-членів Європейського Союзу (Франція, Швеція, Німеччина, Італія, Австрія тощо). В оновленому законодавстві Польщі принцип формалізації укладення договору є похідним від принципу свободи договору¹. Однак із цього загального правила існують і винятки. Так, у договорах пожертви прямо передбачено обов'язковість письмової форми цього договору, зважаючи на потребу формального закріплення переліку майна, що передається як жертва, а також призначення жертви та можливості контролю за її використанням. Іншим випадком закріплення у положеннях DCFR винятку із загального правила є вимоги щодо форми споживчих договорів як своєрідної гарантії особистої безпеки споживача, де закріплено положення, що всі умови контракту з безпеки повинні бути в текстовій формі на матеріальному носії.

Таким чином, вважаємо за доцільне імплементувати цей апробований часом підхід щодо закріплення повної свободи сторін щодо вибору форми договору, крім випадків, прямо зазначених або в самих актах гармонізації, або в національному законодавстві, що, на нашу думку, спростить процедуру укладання цивільно-правових договорів.

Цікавим в межах дослідження питань імплементации гармонізованих підходів у регулюванні договірних відносин є можливість врегулювання відносин між суб'єктами зобов'язання за допомогою звичаю, поширення якого вони можуть погодити між собою в договірному порядку. За таким підходом можна було б і вирішувати питання укладеності/неукладеності договору, коли в межах загальних положень про зобов'язання доцільно було б передбачити положення, за яким факт усвідомленості особи, яка брала участь в укладенні, виконанні договору про відповідні наслідки вступу в договірні відносини приписується стороні. Зазначене повністю відповідає такому принципу договірного права, як добросовісність (*good faith*), оскільки виступає основою вимог контрагентів не лише при виконанні договірних умов, а й в момент їх

¹ Гармонизация договорного права / Белоусов Ю. В., Бек Ю. Б., Дыминская Е. Ю. и др. ; под ред. У. Хелльманна, С. А. Балащенко, Ю. В. Белоусова. Хмельницкий : Хмельницкий университет управления и права, 2015. С. 125.

формування, та свідчить про обов'язковість для сторін укладеного між ними договору та обов'язок дотримуватися засад сумлінності й чесної ділової практики. Тобто, звичаєве правило фактично виступає умовою договору і не залежить від його нормативного закріплення, коли сторони, використовуючи звичай, врегульовують між собою відносини без застосування диспозитивних норм права. Водночас зміст відповідного звичаю ділового обороту не повинен фіксуватися в змісті договору, адже це, як слушно наголошується в юридичній літературі, призведе до зміни правової суті звичаю, коли останній отримає форму випадкової договірної умови¹.

При з'ясуванні питання укладання цивільно-правових договорів заслугоує на увагу відображений в актах гармонізації договірного права підхід, за яким в якості загального правила передбачено можливість відкликання оферти у певних випадках, а саме: поки договір не укладено, оферта може бути відкликана оферентом, якщо повідомлення про відкликання буде одержано адресатом оферти до відправлення ним акцепту (ст. 2: – 202 PECL). Однак і з цього загального правила існують винятки, коли в оферті зазначено, що вона є безвідкличною або ж якщо для адресата оферти було розумним розглядати оферту як безвідкличну і адресат оферти діяв відповідно. Таким чином, у національному законодавстві доцільно закріпити аналогічне положення, відповідно до якого оферта може бути відкликана до моменту укладення договору, за винятком випадків, визначених у законодавстві, або коли це не впливає із суті оферти або обставин, за яких вона була вчинена.

Щодо акцепту як згоди на вступ у договірні відносини, на нашу думку, у ЦК України слід передбачити положення, що відповідь на оферту, яка містить додаткові умови, що істотно не змінюють умов оферти, є акцептом, якщо тільки оферент після ознайомлення з ними негайно не заперечуватиме проти них. Якщо він цього не зробить, то умовами договору будуть умови оферти зі змінами, що містяться в акцепті.

¹ Гармонизация договорного права / Белоусов Ю. В., Бек Ю. Б., Дыминская Е. Ю. и др. ; под ред. У. Хелльманна, С. А. Балашенко, Ю. В. Белоусова. Хмельницкий : Хмельницкий университет управления и права, 2015. С. 149.

Аналізуючи питання виконання цивільно-правових договорів, можна дійти висновку про відсутність у більшості кодифікованих актів цивільного законодавства європейських країн загальних положень про виконання зобов'язань, натомість значна увага акцентується на наслідках невиконання чи неналежного їх виконання. Водночас в актах гармонізації договірного права ЄС загальні положення про виконання зобов'язань виокремлено в окремих статтях та книгах. Так, зміст Книги III DCFR присвячено загальним підходам до виконання як договірних, так і недоговірних зобов'язань. Схожий підхід відображено в частині III PECL.

Особливістю виконання договірних зобов'язань є покладення на сторони договору обов'язку щодо взаємного співробітництва, відповідно до якого боржник і кредитор зобов'язані співпрацювати один з одним в напрямі належного виконання зобов'язання боржником (обов'язок повідомляти контрагента про всі можливі ризики виконання, допомагати в отриманні ліцензій або дозволів, від яких залежить виконання основного зобов'язання тощо). Доцільно також враховувати й вироблені практикою ЄС наднаціональні принципи виконання зобов'язань, що закріплені у вищенаведених документах уніфікації контрактного права. До елементів виконання договору в DCFR, PECL, Принципах УНІДРУА, Принципах Acquis віднесено: 1) суб'єкти виконання; 2) предмет виконання; 3) строк виконання; 4) місце виконання; 5) спосіб виконання.

На підставі аналізу найбільш поширених способів захисту учасників договірних відносин, що визначені в актах гармонізації договірного права ЄС, у їх числі можна виділити такі: 1) повідомлення про встановлення додаткового строку виконання (протягом додаткового строку кредитор призупиняє виконання взятих на себе зустрічних зобов'язань до моменту відновлення виконання своїх обов'язків боржником та має право на відшкодування завданих цим збитків, однак не вправі скористатися іншими способами захисту); 2) звільнення від відповідальності у зв'язку з настанням перешкоди непереборного характеру (війна як оголошена, так і не оголошена, громадянська війна чи інший збройний конфлікт, інтервенція з боку одного або декількох держав, терористичний акт, саботаж або піратство, страйк

чи бойкот, нещасні випадки, пожежі, вибухи, епідемії, природні катаклізми тощо); 3) повідомлення про невиконання (коли кредитор повідомляє боржника про неможливість виконання зобов'язання і таке повідомлення надіслано або зроблено належним чином); 4) право на зупинення виконання зустрічного обов'язку (кредитор, який зобов'язаний надати зустрічне виконання одночасно або після того, як боржник надасть виконання, має право призупинити виконання зустрічного обов'язку); 5) примушування до виконання зобов'язань (кредитор має право вимагати стягнення грошових сум, що підлягають сплаті, а також передання майна, виконання робіт чи надання послуг в натурі); 6) усунення недоліків боржником (боржник може запропонувати кредитору нове належне виконання або ж виправити недоліки протягом розумного строку); 7) припинення договору (кредитор, який припиняє договір, зберігає за собою право на відшкодування збитків); 8) відшкодування збитків (збитки включають в себе як реально понесені витрати, так і упущену вигоду). На нашу думку, більшість з них (повідомлення про встановлення додаткового строку виконання, повідомлення про невиконання тощо) могли б бути імплементовані в оновлене цивільне законодавство України.

Підсумовуючи викладене, можна констатувати, що за сучасних умов гармонізація підходів у ЄС відбувається шляхом розширення меж правового регулювання за рахунок використання договору як основного регулятора приватноправових відносин. Водночас гармонізовані європейські підходи засвідчують схожість проблем договірної регулювання приватноправових відносин як у праві ЄС, так і України, що проявляється у:

- 1) постійному ускладненні економічного обороту і диференціації договірних зобов'язань на комерційні та споживчі, появі нових (непойменованих) договірних конструкцій, комплексних (змішаних) і нетипових договірних взаємозв'язків;
- 2) підвищенні ролі договору як основного регулятора приватноправових відносин та зміщення акцентів з нормативного в бік індивідуального їх регулювання;
- 3) прагненні до уніфікації договірної права шляхом використання модельних конструкцій як альтернативи національним

підходам (Регламент про введення факультативного документа з Європейського договірної права);

- 4) посиленні тенденцій ефективного правового захисту інтересів слабкої сторони договірної зобов'язання (споживачів, вкладників, боржників за споживчими кредитами, туристів, страховальників тощо), що відображається у формальному відступі від основоположного принципу цивільного права – юридичної рівності учасників цивільно-правових відносин (у сфері договірної споживчої права (*consumer contract law*) Європейського Союзу вже прийнято більше 10 нормативно-правових актів, у яких закріплено більш високий рівень захисту прав споживачів, що пояснюється значною лібералізацією та інтернаціоналізацією споживчих відносин. Безумовно, технологічний прогрес загалом є позитивним аспектом у контексті розвитку людини, суспільства, компаній, держав, однак повинен відбуватися з дотриманням прав та інтересів фізичних осіб-споживачів, оскільки вони є найбільш вразливим суб'єктом споживчих відносин).

5.3. ВДОСКОНАЛЕННЯ МЕХАНІЗМІВ РЕГУЛЮВАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ВІДНОСИН І СУДОВА ПРАКТИКА

Історичний досвід розвитку людства переконливо доводить, що лише у відкритому суспільстві з пануванням притаманних йому цінностей можуть вільно розвиватися наукова думка та створюватися умови для плідної творчості особистості та впровадження інновацій. Саме відкриті суспільства демонструють свої переваги над закритими невеликими суспільствами, які в довгостроковій перспективі завжди програвали демократичним політичним режимам. Домінуючою рисою таких суспільств є відкриття кордонів для людей, товарів, послуг, капіталу і даних. Важливе місце в забезпеченні цих процесів посідає цивільне право. Отже, основне завдання Цивільного кодексу полягає в забезпеченні створення умов для розвитку кожної окремої приватної особи, реалізації її творчості, розквіту її здібностей та можливостей.

Прийняття Цивільного кодексу України 16 січня 2003 року (далі – ЦК України) і подальше набрання ним чинності стало тим рішучим кроком, який визначив напрямок розвитку усєї правової системи України в бік цивілізованого розвитку¹. Український ЦК кардинальним чином змінив парадигму правового регулювання цивільних відносин. Якщо до набуття ним чинності основною (якщо не єдиною) моделлю правового регулювання таких відносин було їх зовнішнє регулювання державою з допущенням лише дозованого, так званого автономного регулювання, здійснюваного учасниками таких відносин, то з набранням чинності ЦК України акценти розставлені по-іншому. Тлумачення частини другої статті 6 ЦК України дає підстави для висновків про те, що правила цього Кодексу містять саме диспозитивні норми, якщо протилежне не впливає зі змісту акта цивільного законодавства, а також у разі, якщо імперативний характер певного положення впливає з його змісту або із суті відносин між сторонами². Залучення договірних засобів до регулювання цивільних відносин відкрило широкі можливості для удосконалення цивільного права та загалом підвищення ефективності механізму правового регулювання цивільних відносин, підвищило роль договору в цивільному праві в статусі регулятора цивільних відносин, розширило свободу договору, увімкнуло ініціативу як рушійну силу розвитку відкритого суспільства³.

У контексті наведеного потрібно підтримати та визнати надзвичайну користь від започаткованої на офіційному рівні дискусії про шляхи і напрямки осучаснення чинного в Україні цивільного законодавства, першим результатом якої стало опрацювання Концепції оновлення Цивільного кодексу України (далі – Концепція оновлення ЦК України)⁴.

¹ Цивільний кодекс України : Закон України № 435-IV, від 16.01.2003. Сайт ВРУ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

² Hryniak, A., Kot, O., Pleniuk, M. Regulation mechanism of private legal contracting relations in civil law. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 2018, 21 (Special Issue 1).

³ Оновлення договірного регулювання приватноправових відносин в Україні : монографія / за заг. ред. А. Б. Гриняка, О. О. Кота, М. Д. Пленюк. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020. 500 с.

⁴ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.

Вочевидь, сучасні процеси оновлення цивільного законодавства в Україні пов'язані передусім з уніфікацією приватного права в Європейському Союзі (далі – ЄС). При цьому варто зважати на те, що кодифікація завжди пов'язана із практичними питаннями. Оновлення чинних кодексів завжди пов'язане з прецедентним правом, практикою застосування положень закону учасниками правовідносин та судом. Підтримуючи загалом пропозиції з оновлення зобов'язального права, напрацьовані розробниками зазначеної Концепції оновлення ЦК України, потрібно визнати як їх надзвичайно корисні та продовжити роботи з деталізації й конкретизації цих пропозицій з удосконалення положень ЦК України. На цьому етапі законотворчої роботи потрібно запропонувати конкретні шляхи щодо розвитку сформульованих у ній ідей, навести власне бачення окремих проблемних питань, що потребують нагального врегулювання в цивільному законі.

Нововведення, що мають удосконалити ЦК України, повинні захищати вільне функціонування майнового обігу, надаючи справедливую охорону інтересам кредитора з врахуванням таких, що заслуговують на повагу, інтересів боржника, з такою метою, аби був віднайдений справедливий та розумний баланс між їх інтересами, що не призведе до надмірного втручання в майновий обіг.

Вбачається, що поважаючи права власника, потрібно відійти від надмірної абсолютизації надання захисту права власності в тому випадку, коли він сам веде справи не як добрий господар.

Аналіз судової практики свідчить про наявність у механізмі правового регулювання цивільних відносин численних колізій, прогалин та прикладів неефективного або несправедливого правового регулювання тих чи інших відносин. Такі колізії та недоліки правового регулювання мають бути усунуті.

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

Підсумовуючи напрями власного дослідження, наголосимо на тому, що надзвичайну важливістю має належна та повна регламентацію зобов'язальних, у тому числі договірних, відносин, що опосередковують майновий обіг та забезпечують його вільне функціонування.

Практика застосування цивільного законодавства, яка виявилася надзвичайно плідною останнє десятиріччя, на прикладі досвіду правозастосування Верховного Суду унаочнила наявність численних колізій у чинному ЦК, які створюють неабиякі труднощі в судовій практиці.

Услід за світоглядним вибором українського суспільства та поверненням країни до спільної європейської спадщини, необхідно гармонізувати правові приписи ЦК із врахуванням європейських і світових стандартів.

I. Загальні положення зобов'язального права: щодо структури книги П'ятої ЦК України

Потрібно вирішити, чи є доцільним збереження в книзі П'ятій «Зобов'язальне право» Розділу I «Загальні положення про зобов'язання» для вирішення спорів, що виникають із договірних та недоговірних зобов'язань. Вочевидь, переважна частина нормативного матеріалу цього розділу стосується виключно регулювання договірних зобов'язань, які за своєю правовою природою і змістом не можуть бути застосовані до недоговірних зобов'язань. Відповідно варто передбачити більш жорстку диференціацію правил із загальних положень зобов'язального права із визначенням, які з них можуть бути застосовані лише до договірних зобов'язань, а які – до недоговірних зобов'язань.

Якщо запозичити ідею, втілену в Книзі 6 ЦК Нідерландів, то можливо залишити в цій Книзі положення щодо визначення зобов'язання як такого; щодо множинності сторін у зобов'язанні; щодо альтернативних, умовних зобов'язань; щодо виконання зобов'язань; наслідки невиконання зобов'язань; положення про зміну осіб у зобов'язанні; деліктні зобов'язання; квазіделіктні та квазідоговірні зобов'язання; загальні положення про договори¹.

¹ Nederlands Burgerlijk Wetboek. Burgerlijk Wetboek Boek 6. Geldend van 01-07-2020 t/m heden. De website Overheid.nl. URL: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005289/2020-07-01>

У разі прийняття такого підходу в розділі про зобов'язання мають бути залишені лише ті норми, що регулюють правила, застосовні до усіх видів зобов'язань, як договірних, так і недоговірних.

Альтернативним рішенням до наведеного буде залишення в книзі П'ятій ЦК України виключно правил про договірні зобов'язання з виділенням в окрему книгу правил про зобов'язання щодо відшкодування шкоди, завданої іншій особі у недоговірних відносинах.

Незалежно від того, яке з двох окреслених рішень вибере законодавець, потрібно здійснити більш глибоку диференціацію цивільних договірних та недоговірних зобов'язань.

При цьому потрібно враховувати, що для регулювання деліктних зобов'язань притаманна більша імперативність правових норм, меншою є свобода сторін у виборі можливих варіантів поведінки. Зобов'язання про відшкодування шкоди у багатьох аспектах зберігають свою до певної міри публічно-правову природу, оскільки за своєю генезою походять від давньоримського *delictum*¹. Саме обмежений характер застосування диспозитивних засад зумовлює необхідність автономного правового регулювання.

II. Проблема «користування чужими грошима» та «грошового зобов'язання»

2.1. Неустойка. Розташування нормативного матеріалу

Враховуючи, що неустойка в сучасному законодавстві виконує не стільки забезпечувальну функцію, а переважно функцію покарання за порушення цивільного зобов'язання, доцільно розглянути питання про можливість перенесення цього нормативного матеріалу до глави ЦК України про відповідальність за невиконання зобов'язань. Для прикладу, у ЦК Нідерландів положення про неустойку розміщено в книзі 6, главі 9, яка визначає наслідки невиконання зобов'язання². Відповідно до статті 91 § 4 ЦК Нідерландів неустойкою є будь-яка умова, якою встановлено, що боржник, якщо він не виконує зобов'язання, зобов'язаний заплатити суму грошей або виконати інше зобов'язання,

¹ Покровский И. А. История римского права. М. : Статут. 2004. С. 389, 392.

² Nederlands Burgerlijk Wetboek. Burgerlijk Wetboek Boek 6. Geldend van 01-07-2020 t/m heden. De website Overheid.nl. URL: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005289/2020-07-01>

незалежно від того, чи служить це відшкодуванням збитку або лише спонуканням для прискорення виконання зобов'язання.

Вимога про стягнення трьох відсотків річних за прострочення обов'язку здійснити на користь кредитора платіж, що за своєю правовою природою та способом обрахування є законною неустойкою, проте досить умовно визнана Верховним Судом України як самостійний вид відповідальності, передбаченої законом, має набути саме такого розуміння на практиці. Так, у постанові від 06 червня 2012 року у справі № 6-49цс12 Верховний Суд України зазначив, що аналіз правових норм, зокрема статей 536, 549, частини другої статті 625 ЦК України дає підстави для висновку про те, що проценти (за статтею 625 ЦК України) та неустойка є різними правовими інститутами, обмеження можливості одночасного застосування яких законом не встановлена¹.

Визначаючи інші недоліки правового регулювання інституту неустойки, відзначимо, що передбачені законодавцем підстави зменшення неустойки судом є не конкретизованими: тлумачення конструкції істотного перевищення неустойки розміру збитків викликає чимало запитань під час його застосування та є надто складною і неоднозначною на практиці. Нерідко на практиці факт такого перевищення розміру збитків визначається шляхом обрахування загального обсягу виконання зобов'язання в грошовому вимірі, що, вочевидь, не може співпадати із розміром збитків.

У процесі рекодифікації необхідно систематизувати норми законодавства про неустойку, зокрема, необхідно включити до тексту ЦК України загальні правила про законні неустойки, що містяться в окремих законодавчих актах, конкретизувати їх для потреб правозастосовчої практики.

2.2. Проценти за користування «чужими грошима»

Залишається неоднозначним правове регулювання відносин, пов'язаних із користуванням чужими грошима. Сама конструкція «користування чужими грошима» є суперечливою: гроші як платіжний засіб не є річчю з індивідуальними ознаками, тому їх правомірне передання, зазвичай, призводить до виникнення в отримувача права

¹ Постанова Верховного Суду України від 06 червня 2012 року у справі № 6-49цс12. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/24976442>

власності стосовно них, а тому не можна користуватися як чужими тими речами, які належать особі, яка ними користується як власними. Відповідно цією правовою конструкцією охоплюються випадки як прострочення здійснення платежу на користь кредитора у зобов'язанні, так і загальна для цивільного права заборона користування чужими грошовими коштами без здійснення оплати за таке користування, починаючи з моменту, коли у відповідній особи виник обов'язок з їх повернення.

Формулювання статті 536 ЦК України зумовлює неоднозначне її розуміння на практиці. Це положення тлумачиться як плата за користування чужими коштами, як санкція за невчасне виконання зобов'язання, як компенсація за невиконане зобов'язання. Застосування норм статті 536 ЦК України може створити певну колізію щодо застосування статті 625 ЦК України.

Так, у пункті 5.15 постанови Касаційного господарського суду Верховного Суду від 09 липня 2020 року сформульований такий правовий висновок. За змістом статті 536 ЦК України у договорі може бути передбачена умова для боржника у вигляді плати за користування чужими коштами, розмір якої у вигляді процентів може визначатися у договорі. Підставами для застосування до сторін правовідносин статті 536 ЦК України є, по-перше, факт користування чужими коштами, по-друге, встановлення розміру відповідних процентів договором або чинним законодавством¹.

В іншій постанові Верховного Суду зазначено, що «аналіз приписів частин другої, третьої статті 692, частини третьої статті 693 ЦК України дозволяє дійти висновку, що на покупця покладено обов'язок сплатити продавцеві повну ціну переданого товару, а в разі прострочення оплати товару продавець має право вимагати оплати товару і сплати процентів за користування чужими грошовими коштами. Водночас за умови, якщо покупець був зобов'язаний здійснити попередню оплату, то на суму попередньої оплати нараховуються проценти відповідно до статті 536 ЦК України від дня, коли товар мав бути переданий,

¹ Постанова Касаційного господарського суду Верховного Суду від 09 липня 2020 року (справа № 910/14180/18) // Електронний ресурс: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/90439687>

до дня фактичного передання товару покупцеві або повернення йому суми попередньої оплати. Отже, при здійсненні поставки товару, законодавцем передбачено стягнення процентів за нездійснену на умовах поставки передплату за поставлений товар, які відповідно до статті 536 ЦК України визначені законодавцем як плата за користування чужими грошовими коштами»¹.

У пунктах 6.20, 6.21 постанови Великої Палати Верховного Суду від 23 травня 2018 року сформульовано такий висновок. Термін «користування чужими грошовими коштами» (стаття 536 ЦК України) може використовуватися у двох значеннях. Перше – це одержання боржником (як правило, за плату) можливості правомірно не сплачувати кредитору борг протягом певного часу. Друге значення – прострочення виконання грошового зобов'язання, коли боржник повинен сплатити гроші, але неправомірно не сплачує їх. Відповідно до частини першої статті 1048 ЦК України позикодавець має право на одержання від позичальника процентів від суми позики, якщо інше не встановлено договором або законом; розмір і порядок одержання процентів встановлюються договором; якщо договором не встановлений розмір процентів, їх розмір визначається на рівні облікової ставки Національного банку України. Тобто положеннями цієї законодавчої норми врегульовано правовідносини щодо сплати процентів за правомірне користування чужими грошовими коштами, коли боржник одержує можливість законно не сплачувати кредитору борг протягом певного часу»². Таку саме позицію підтримала Велика Палата Верховного Суду у постанові від 25 травня 2021 року³.

Погодимось, прострочення платежу боржником у цивільному зобов'язанні, незалежно від причин його виникнення та вини зобов'язаної особи, повинно призводити до виникнення в такої особи певних

¹ Постанова Об'єднаної палати Касаційного господарського суду Верховного Суду від 05 червня 2020 року (справа № 922/3578/18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89910829>

² Постанова Великої Палати Верховного Суду від 23 травня 2018 року (справа № 910/1238/17, провадження № 12-83rc18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74809461>

³ Постанова Великої Палати Верховного Суду у постанові від 25 травня 2021 року, справа № 149/1499/18, провадження № 14-48цс21.

додаткових стимулюючих зобов'язань, що мають на неї накладатися з волі кредитора у спрощеному порядку та бути не надто обтяжливими в розмірах.

Саме така функція має полягати у трансформації правил, вміщених у статтях 536 та 625, у новому правилі, що варто запровадити під час оновлення ЦК України. Правові приписи щодо нарахування процентів повинні бути максимально точно викладені, не допускаючи їх поширення на виконання інших обов'язків, не пов'язаних зі здійсненням виплати грошових сум.

2.3. Щодо розуміння та тлумачення поняття «грошове зобов'язання»

Визначаючи шляхи удосконалення наведених правових положень ЦК України, висловимо пропозицію відмовитися від застосування як у тексті цього Кодексу, так й інших актів цивільного законодавства категорії «грошове зобов'язання», оскільки вона виявилася недостатньо конкретизованою для її однозначного застосування. Переважно ця правова категорія застосовується тоді, коли йдеться про прострочення виконання обов'язку зі сплати грошової суми.

Неконкретизованість її змісту та відсутність законодавчого визначення поняття грошового зобов'язання в ЦК України стала передумовою мінливої судової практики, якою, зокрема, до видів грошових зобов'язань віднесено й зобов'язання з виконання судового рішення про стягнення грошової суми з відповідача у певному спорі. Проілюструємо розвиток судової практики щодо тлумачення положень частини другої статті 625 ЦК України.

Спочатку Верховний Суд України, застосовуючи правила статті 625 ЦК України, розумів грошові зобов'язання як такі, що виникають з договірних відносин, зокрема в постанові від 20 січня 2016 року у справі № 6-2759цс15¹ зазначено: «Стаття 625 ЦК України розміщена в розділі «Загальні положення про зобов'язання» книги 5 цього Кодексу і визначає загальні правила відповідальності за порушення грошового зобов'язання та поширює свою дію на всі види зобов'язань, якщо

¹ Постанова Верховного Суду України від 20 січня 2016 року у справі № 6-2759цс15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/55253290>

інше не передбачено спеціальними нормами, що регулюють суспільні правовідносини з виникнення, зміни чи припинення окремих видів зобов'язань.

Частиною другою статті 625 ЦК України встановлено, що боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом. При розгляді справ про передбачену статтею 625 ЦК України відповідальність за порушення грошового зобов'язання потрібно з'ясувати: чи існує зобов'язання між сторонами, чи це зобов'язання є грошовим, чи доведено наявність прострочення у виконанні зобов'язання, чи існують спеціальні норми, що регулюють ці правовідносини та виключають застосування цієї статті.

Передбачена статтею 625 ЦК України норма не застосовується до трудових правовідносин (заборгованості із заробітної плати, відшкодування шкоди працівникові внаслідок трудового каліцтва), сімейних та інших правовідносин, які регулюються спеціальним законодавством. Правовідносини, які виникають з приводу виконання судових рішень, врегульовані Законом України «Про виконавче провадження», до них не можуть застосовуватися норми, що передбачають цивільно-правову відповідальність за невиконання грошового зобов'язання (стаття 625 ЦК України)».

В іншій постанові Верховного Суду України від 02 березня 2016 року¹ викладено правовий висновок, відповідно до якого: «Статтею 625 ЦК України визначено загальні правила відповідальності за порушення грошового зобов'язання, її дія поширюється на всі види грошових зобов'язань, якщо інше не передбачено спеціальними нормами, що регулюють суспільні відносини з приводу виникнення, зміни чи припинення окремих видів зобов'язань. Дія статті поширюється на порушення грошового зобов'язання, яке існувало між сторонами до ухвалення рішення суду. При цьому частина п'ята статті 11

¹ Постанова Верховного Суду України від 02 березня 2016 року у справі № 6-2491цс15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56309766>

ЦК України, у якій ідеться про те, що у випадках, встановлених актами цивільного законодавства, цивільні права та обов'язки можуть виникати з рішення суду, не дає підстав для застосування положень статті 625 ЦК України в разі наявності між сторонами деліктних, а не зобов'язальних правовідносин. З рішення суду зобов'язальні правовідносини не виникають, оскільки вони виникають з актів цивільного законодавства, про що й зазначено в статті 11 ЦК України, адже рішення суду лише підтверджує наявність чи відсутність правовідносин і вносить у них ясність та визначеність».

Відступаючи від наведених висновків Верховного Суду України, Велика Палата Верховного Суду в постанові від 16 травня 2018 року¹ зазначила, що правила статті 625 ЦК України поширюються як на договірні, так і недоговірні (деліктні) зобов'язання: «Стаття 625 ЦК України розміщена в розділі I «Загальні положення про зобов'язання» книги 5 ЦК України. Приписи розділу I книги 5 ЦК України поширюються як на договірні зобов'язання (підрозділ 1 розділу III книги 5 ЦК України), так і на недоговірні (деліктні) зобов'язання (підрозділ 2 розділу III книги 5 ЦК України). Отже, у статті 625 ЦК України визначені загальні правила відповідальності за порушення будь-якого грошового зобов'язання незалежно від підстав його виникнення. Приписи цієї статті поширюються на всі види грошових зобов'язань, якщо інше не передбачено договором або спеціальними нормами закону, який регулює, зокрема, окремі види зобов'язань».

У постанові від 11 квітня 2018 року Велика Палата Верховного Суду² дійшла висновків про можливість застосування правил статті 625 ЦК України до правовідносин, що виникли за участі суб'єкта владних повноважень, зокрема: «Відповідач має грошове зобов'язання перед позивачем, що підтверджує постановою Київського апеляційного адміністративного суду від 24 січня 2013 року про перерахунок і виплату

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 травня 2018 року у справі № 686/21962/15-ц (провадження № 14-16цс18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74838873> (пункти 44-45 цієї постанови).

² Постанова від 11 квітня 2018 року Велика Палата Верховного Суду у справі № 758/1303/15-ц (провадження № 14-68цс18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73469624> (пункти 19-20 цієї постанови).

одноразової грошової допомоги в сумі 250 632,00 грн, призначеної відповідно до статей 9 і 16 Закону України «Про соціальний та правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей». *З огляду на те, що відповідач порушив грошове зобов'язання з виплати одноразової грошової допомоги в сумі 250 632,00 грн, у позивача виникло право на застосування наслідків такого порушення у вигляді стягнення інфляційних втрат і трьох процентів річних відповідно до статті 625 ЦК України».*

У постанові Великої Палати Верховного Суду від 19 червня 2019 року¹ зроблено висновок, що правила статті 625 ЦК України поширюються на правовідносини з відшкодування шкоди, яка підтверджена рішенням суду: «Зобов'язання не є таким, що виникло з рішення суду. Це зобов'язання з відшкодування шкоди, у якому рішенням суду визначено конкретний розмір завданої шкоди та констатовано про наявність зобов'язання між сторонами. Оскільки відшкодування шкоди можливе і в грошовій формі, то в цьому разі між сторонами виникло грошове зобов'язання, оскільки одна сторона зобов'язана сплатити певну, визначену грошову суму стягувачу».

Отже, з огляду на наявність прогалин у правовому регулюванні відносин виконання грошового зобов'язання, Велика Палата Верховного Суду розширила можливості застосування норм статті 625 ЦК України і під час врегулювання питань щодо невиконання судових рішень.

В аналітичних документах судді з'ясовують, чи не виникає в силу певного судового рішення нове грошове зобов'язання в сторони спору. Потрібно в цьому випадку враховувати, що захист існує в межах механізму правового регулювання цивільних відносин, а не окремим правовим явищем поза межами цього механізму. З точки зору цивільного права застосування судового захисту не створює нових цивільних відносин й, відповідно, не створює нового цивільного зобов'язання, окрім того, щодо порушення прав та інтересів в якому застосовано судовий захист.

Рішення суду – це акт застосування державою примусу задля захисту цивільних прав та інтересів особи в певних суспільних

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 19 червня 2019 року у справі № 703/2718/16-ц (провадження № 14-241цс19). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82997469>

відносинах. Рішення суду як акт правосуддя є інститутом публічного права і за його невиконання може наступати певна відповідальність, вид якої має бути визначений спеціальним законом. Невиконання судового рішення особою як факт перебуває в площині публічних відносин, і на таку особу можуть бути накладені додаткові зобов'язання в силу застосування самої процедури примусового виконання судового рішення.

Отже, правило статті 625 ЦК України виявилось настільки «гнучким», що спочатку було поширено на договірні зобов'язання, потім на усі зобов'язальні цивільні відносини, надалі цю норму права суд застосував не тільки до цивільних відносин, поширивши його дію на випадки невиконання судового рішення.

Застосовуючи статтю 625 ЦК України, варто враховувати положення статті 1 цього Кодексу, у якій визнається, що цим законодавчим актом регулюються саме цивільні відносини, тобто відносини, які мають відповідати певним зазначеній у цій нормі критеріям.

Заповнюючи прогалини в чинному законодавстві, судова практика фактично змінила зміст норми права, поширивши її дію на ті відносини, для врегулювання яких вона не була розрахована. Представляється обґрунтованим відмовитися загалом від категорії «грошове зобов'язання», запозичивши конструкцію стягнення відсотків за прострочення здійснення оплати грошової суми (DCFR III. – 3:708).

Стимулюючим механізмом до обов'язкового та своєчасного виконання судового рішення може стати астрент, який § 5.3 Концепції запропоновано впровадити в ЦК України.

2.4. Доповнення судовою практикою механізму правового регулювання кредитних відносин

Верховний Суд розтлумачив застосування статей 1048, 1050 ЦК України в разі пред'явлення кредитором у кредитному зобов'язанні вимоги про дострокове повернення несплаченої позики.

Велика Палата Верховного Суду в постановах від 28 березня 2018 року у справі № 444/9519/12 (провадження № 14-10цс18)¹, від

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 28 березня 2018 року у справі № 444/9519/12 (провадження № 14-10цс18). URL: <http://reestr.court.gov.ua/Review/74838904>

04 липня 2018 року у справі № 310/11534/13-ц (провадження № 14-154цс18)¹ дійшла висновку, що право кредитодавця нараховувати передбачені договором проценти за кредитом припиняється після спливу визначеного договором строку кредитування чи у разі пред'явлення до позичальника вимоги згідно з частиною другою статті 1050 ЦК України. При цьому суд зазначив, що кредитор має право на отримання гарантій належного виконання зобов'язання, відповідно до частини другої статті 625 ЦК, а не у вигляді стягнення процентів та неустойки.

На практиці тривалий час було спірним питання, чи вправі банк після пред'явлення такої дострокової вимоги продовжувати нараховувати відсотки за користування кредитом, пеню за несвоєчасне його повернення та пред'являти інші вимоги, передбачені у кредитному договорі.

Отже, з викладенням правових висновків у зазначених постановках Верховного Суду фактично відбулося доповнення норми права в результаті акта судової правотворчості, що є абсолютно виправданим у цій ситуації та відповідає критерію справедливості у цивільних відносинах.

III. Договір як загальноцивільістична категорія

3.1. Категорія договору

Для науки цивільного права вже є загальновизнаним розуміння цивільно-правового договору в чотирьох різних аспектах: як угоди (правочину, домовленості), документа, правовідношення та регулятора. Відповідно договір може бути визнаний судом недійсним як правочин через наявність у ньому певного дефекту. Недотримання певної форми договору як документа з певними обов'язковими реквізитами має своїм наслідком недійсність договору як правочину в тих випадках, які безпосередньо застережені як такі в законі. На відміну від наведеного прикладу, у разі наявності дефекту волі сторони правочину договір оцінюється в першу чергу як домовленість.

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 04 липня 2018 у справі № 310/11534/13-ц (провадження №14-154цс18). URL: <http://reestr.court.gov.ua/Review/75287282>

На практиці в конкретних правовідносинах потрібно чітко диференціювати, у якому аспекті договір розуміється. Яскравим прикладом нерозрізнення договору в різних аспектах є постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 червня 2020 року у справі № 145/2047/16-ц (провадження № 14-499цс19). Як представляється, у пункті 7.24 цієї постанови відбулося ототожнення договору виключно з документом, який має бути підписаний його сторонами; втім, сама лише відсутність підпису сторони в тексті договору не завжди може свідчити про відсутність між сторонами такого договору як такої домовленості щодо виникнення, зміни або припинення певних цивільних прав та обов'язків. Безумовно, у наведеному прикладі є факт недотримання письмової форми договору, проте чи завжди формальне недотримання письмової форми договору має наслідком його недійсність (частина перша статті 218 ЦК України).

Такий наслідок настає лише в тому разі, якщо відсутність підпису сторони в тексті договору свідчить про відсутність домовленості такої сторони з приводу усіх істотних умов договору, й саме в силу відсутності домовленості зазначений договір не створює жодних правових наслідків для сторони, яка його не погоджувала, тобто не може розглядатися як відповідний юридичний факт.

Якщо ж сторона (яка дійсно фактично не підписала договір) тривалий період сама виконувала умови такого договору, приймала від іншої сторони належне виконання його умов, то така поведінка може свідчити, що договір як певна юридично значима домовленість між уповноваженими сторонами дійсно мала місце, проте в укладеному правочині наявний дефект (тут – вада форми). Подібний спір може бути вирішений судом у залежності від конкретних обставин, проте за будь-яких умов суд має виходити з доведеності існування між сторонами дійсної домовленості з приводу певних прав та обов'язків, що відповідають змісту договірного зобов'язання.

Очевидно, що наведене має бути враховане для удосконалення норм ЦК України про правові наслідки недодержання вимоги щодо письмової форми договору.

3.2. Недоліки правового регулювання договору приєднання в ЦК України

Договір приєднання було запроваджено в законодавство України із ухваленням ЦК України. Згаданий договір є одним з легальних видів

обмеження принципу свободи договору. Як правило, договір приєднання застосовується до стандартних умов, складених в односторонньому порядку однією стороною. Але правила про договір приєднання також можуть застосовуватися до договору, який був складений для конкретного випадку, але його умови не підлягають обговоренню. Судова практика Верховного Суду виявила істотні недоліки механізму правового регулювання інституту договору приєднання.

Договір приєднання неодноразово ставав предметом вивчення Верховного Суду, зокрема в рішенні Першої судової палати Касаційного цивільного суду в складі Верховного Суду від 24 липня 2019 року у справі № 755/20484/15-ц (провадження № 61-6992свп18) суд зробив такі висновки: «У переважній більшості випадків застосування конструкції договору приєднання його умови розроблює підприємець, організація, що здійснює підприємницьку діяльність з метою отримання прибутку, та є професійним учасником ринку надання кредитно-фінансових послуг (у цьому випадку – Банк).

Оскільки умови договорів приєднання розробляються банком, тому вони повинні бути зрозумілі усім споживачам і доведені до їх відома, у зв'язку з чим банк має підтвердити, що на час укладення відповідного договору діяли саме ці умови, а не інші. Тому з огляду на зміст статей 633, 634 ЦК України можна вважати, що другий контрагент (споживач послуг банку) лише приєднується до тих умов, з якими він ознайомлений.

Сенс договору приєднання полягає у тому, що його умови визначені однією зі сторін у формулярах або інших стандартних умовах та можуть бути прийняті іншою стороною не інакше ніж шляхом приєднання до запропонованого договору в цілому. Тобто дійсно вільною в цьому випадку є воля виключно однієї сторони – тієї, яка пропонує для укладення договору саме формуляр (тобто банк). Інша сторона виявляє волю до укладення цього договору лише на стадії висловлення власної волі прийняття умов такого договору в цілому. Проте не повинно виникати сумнівів у тому, чи дійсно та які саме умови, викладені у формулярі або іншій стандартній формі, приймає позичальник. У ситуації, коли є сумніви в тому, чи прийняті та які саме умови прийнято споживачем-позичальником, умови не можуть вважатися такими, що прийняті ним в цілому.

Конструкція договору приєднання, викладена у частині першій статті 634 ЦК України, полягає не в тому, що споживач зобов'язаний самостійно ознайомитися з умовами і правилами надання послуг, пропонуваними однією стороною, а в тому, що споживач може лише до них приєднатися, не маючи можливості обговорювати умови договору приєднання, пропонуючи свої зміни тощо. Проте сама воля споживача на приєднання до певних умов такого договору має бути однозначною та свідчити про певне її спрямування на досягнення згоди саме на певних умовах, запропонованих банком.

У заяві позичальника про приєднання до умов і правил банківських послуг відсутні умови договору про встановлення відповідальності у вигляді неустойки (пені, штрафів) за порушення зобов'язання у вигляді грошової суми та її визначеного розміру.

Банк, пред'являючи вимоги про погашення кредиту, просив, зокрема, крім суми кредиту (сума, яку фактично отримав у борг позичальник), стягнути складові його повної вартості, пеню і штрафи за несвоєчасну сплату кредиту і проценти за користування кредитними коштами.

При цьому судами також встановлено, що при зверненні до суду позивачем долучено до позовної заяви копію Умов, які не містять підпису позичальника, де передбачено, що клієнт зобов'язується погашати заборгованість за кредитом у повній сумі, сплатити нараховані за весь період користування кредитом відсотки, винагороду та неустойку (штраф, пеню), не пізніше дати, зазначеної в повідомленні банку, передбаченому підпунктами Умов.

Разом з тим, виходячи зі змісту наданих Умов, Верховний Суд визнає неможливим встановити дату їх схвалення, момент набрання ними чинності та орган управління юридичною особою, уповноважений приймати та затверджувати зазначений локальний нормативний акт, що унеможливує з'ясувати, чи діяли Умови та в якій саме редакції на момент укладання кредитного договору, з огляду на відсутність відомостей про те, з якими саме Умовами ознайомлений та погодився відповідач.

Велика Палата Верховного Суду у постанові від 03 липня 2019 року у справі № 342/180/17-ц (провадження № 14-131цс19) зробила висновок, що без наданих підтверджень про конкретні запропоновані відпові-

дачці Умови та правила банківських послуг, відсутність в анкеті-заяві домовленості сторін про сплату відсотків за користування кредитними коштами, пені та штрафів за несвоєчасне погашення кредиту, надані банком Витяг з Тарифів та Витяг з Умов не можуть розцінюватися як стандартна (типова) форма, що встановлена до укладеного із відповідачкою кредитного договору, оскільки достовірно не підтверджують зазначених обставин. Надані позивачем Правила надання банківських послуг Банку, з огляду на їх мінливий характер, не можна вважати складовою кредитного договору й щодо будь-яких інших встановлених ними нових умов та правил, чи можливості використання банком додаткових заходів, які збільшують вартість кредиту, чи щодо прямої вказівки про збільшення прав та обов'язків кожної із сторін, якщо вони не підписані та не визнаються позичальником, а також, якщо ці умови прямо не передбачені, як в даному випадку – в анкеті-заяві позичальника, яка безпосередньо підписана останньою, і лише цей факт може свідчити про прийняття позичальником запропонованих йому умов та приєднання як другої сторони до запропонованого договору.

З огляду на наведене, суди першої та апеляційної інстанцій, встановивши, що наявні у матеріалах справи Умови не містять підпису позичальника, а тому їх не можна вважати складовою частиною укладеного між сторонами договору, врахував, що в матеріалах справи відсутні інші достовірні підтвердження щодо випадків та порядку нарахування і сплати визначеної суми пені та штрафу за укладенням між сторонами кредитним договором».

Отже, Верховний Суд, оцінивши практику застосування положень статей 633 та 634 ЦК України, сформулював правову позицію, за змістом якої без надання підтверджень про конкретні запропоновані позичальнику Умови та правила надання банківських послуг надані банком Умови та Правила надання банківських послуг позичальнику, з огляду на їх мінливий характер, не можна вважати складовою кредитного договору так само, як і будь-які інші встановлені ним нові умови та правила.

Не вдаючись до глибокого порівняльно-правового аналізу, з'ясуємо, яким чином вирішують подібні проблемні правові ситуації в інших країнах.

Подібним до інституту договору приєднання в Україні в близькій до нашої правовій системі Німеччини є інститут загальних умов угод, який первинно врегульовувався Законом про загальні умови угод, ухваленим у 1977 році (Загальні положення та умови). У Законі було уніфіковано зміст найбільш масових договорів (купівлі-продажу, замовлення-виконання робіт, здачі-найму квартири та ін.), а також закріплено умови таких законодавчо не врегульованих договорів, як договори фінансової оренди та факторингу¹. Загальні положення та умови було ухвалено з метою захистити права споживачів як «слабшої» сторони договору (покупця, клієнта, замовника). У Законі містилися положення про порядок включення Загальних умов у зміст договору і про неприпустимість його окремих умов. По суті Загальні положення та умови – це завчасно сформульовані договірні умови, застосовні до великої кількості випадків, які одна сторона (користувач) надає іншій стороні при укладенні договору.

Головна перевага Загальних положень та умов для особи, яка ініціювала договір, у тому, що вони роблять правову позицію цієї сторони більш вигідною, ніж передбачено законодавством. Саме тому Загальні положення та умови укладання торговельних угод так поширені в цивільному обороті. За допомогою Загальних положень та умов регулювалися такі питання як порядок укладення договору, спосіб і місце виконання договору, порядок розрахунків за договором, утримання як спосіб забезпечення виконання зобов'язання, обов'язки споживача, відповідальність сторін, порядок вирішення спорів.

Водночас фактична свобода застосування Загальних положень та умов ініціатором договору обмежена нормами § 307-309 BGB з тим, щоб з урахуванням інтересів клієнта забезпечити в достатньому обсязі правомочність договору. Якщо положення договору порушували хоча б одну з перерахованих у згаданих параграфах BGB заборон, то такий договір вважався недійсним.

Зауважимо, що до введення в дію в 1977 році умови договорів перевірялися в судах на предмет їх відповідності положенням § 242 BGB (добро-

¹ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 15.12.1976 (Aufgehoben durch Gesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) m.W.v. 01.01.2002). DEJURE.ORG. URL: <https://dejure.org/gesetze/AGBG>

совісність виконання). Однак вже тоді стало зрозуміло, що лише прецедентне право не може запобігти юридичній невизначеності і правовій двозначності у сфері загальних умов за допомогою § 242 BGB. Принципи контролю загальних умов договорів, розроблені прецедентним правом, стали частиною змісту закону без будь-яких істотних змін¹.

У процесі реформ відповідно до згаданого Закону про модернізацію зобов'язального права від 26 листопада 2001 року до BGB було включено положення директив Ради Європи, а також низку законів, що врегулювали договірне право. Норми Закону про загальні умови угод стали частиною § 305–310 BGB.

Відповідно до § 305 BGB загальні умови угод стають складовою частиною договору лише тоді, коли при укладенні договору використовує їх сторона: 1) укаже на них іншій стороні прямо або, якщо пряма вказівка у зв'язку з характером укладення договору тягне неспівмірні труднощі, за допомогою оголошення, ясно помітного в місці укладення договору, і 2) надасть іншій стороні договору можливість ознайомитися з їх змістом прийнятним для неї способом, з огляду на відомі стороні, що використовує загальні умови, фізичні недоліки іншої сторони, і коли інша сторона згодна з їх застосуванням.

Крім питань включення до договору загальних умов угод, книга 2 BGB про зобов'язальне право містить також низку положень щодо включення загальних умов угод до договору в особливих випадках, переваги індивідуально узгоджених умов, несподіваних і неоднозначних умов, правових наслідків незастосування та недійсності загальних умов угод тощо.

Потрібно зазначити, що наведене тлумачення статті 634 ЦК України, викладене у правових позиціях Великої Палати Верховного Суду та Першої судової палати Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду, в окремих аспектах збігається з відповідними положеннями BGB про загальні умови угод у німецькому

¹ Bettina Kraft. Allgemeine Geschäftsbedingungen in Unternehmen am Beispiel der Automobilzuliefererbranche. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Würde eines doctor iuris der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Schillingsfürst, 2015. Seite 7. Online Publication Service of Würzburg University. URL: https://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de/opus4wuerzburg/frontdoor/deliver/index/docId/13688/file/Kraft_Bettina_Dissertation_20160802.pdf

праві. Проте без запровадження відповідних змін в українському законодавстві неможливо на належному рівні захистити слабшу сторону договору в разі застосування загальних умов при укладанні договору від зловживання своїм становищем іншою стороною, яка пропонує такі загальні умови (*дали* – ініціатор договору). Очевидно, що такі контрагенти, як споживачі, потребують особливого правового захисту.

Отже, викладене доводить, що правове регулювання договору приєднання в ЦК України виявилось неефективним та потребує свого удосконалення.

Використовуючи окремі ідеї з положень щодо регулювання загальних умов у BGB, пропонуємо такі зміни та доповнення до ЦК України. У чинній в Україні моделі правового регулювання відносин із застосуванням договору приєднання потрібно:

- обмежити певним чином свободу договору зі сторони ініціатора договору, зобов'язати цю сторону вичерпним та належним чином ознайомлювати споживача з пропонуваними загальними умовами, і лише отримання усвідомленої згоди споживача на приєднання до загальних умов свідчитиме, що такі умови є складовою договору зі споживачем;
- забезпечувати мінімальний баланс інтересів сторін, гарантуючи дотримання інтересів слабшої у таких відносинах сторони;
- надати споживачу послуг можливість пропонувати ініціатору договору окремі індивідуальні умови договору і, в разі їх прийняття ініціатором, передбачити перевагу таких індивідуальних умов над загальними умовами;
- потрібно напрацювати та запровадити універсальне правило тлумачення змісту таких загальних умов, а також передбачити особливості способів захисту прав споживача (як слабшої сторони) у таких відносинах та наслідки визнання загальних умов недійсними повністю або частково.

Цілком доречними є правила про випадкові застереження, передбачені у нормах BGB щодо загальних умов договорів, які є настільки незвичними, що контрагент ініціатора може не покладатися на них, відповідно, вони не визнаються складовою частиною договору, а також

правило про надання індивідуально узгодженим умовам перевагу над загальними умовами (§ 305, 305b, (1)§ 305c).

За чинною в Україні правовою конструкцією регулювання договору приєднання взагалі не передбачається можливості для споживача запропонувати ініціатору договору будь-які індивідуальні умови, відмінні від загальних (стандартних) умов.

Доречно також, на нашу думку, взяти за взірець положення (2) § 305c BGB, якими передбачено, що сумніви при тлумаченні загальних умов угод вирішуються проти сторони, що використовує ці умови.

3.3. Запровадження вимог до визначення належного виконання договору

Сторони у своїх взаємних стосунках зобов'язані діяти, виходячи із засад справедливості, добросовісності та розумності. Ці критерії є визначальними в оцінці повного та належного виконання зобов'язання.

Принципам добросовісності, безпеки, справедливості та ефективності виконання договору приділено увагу в DCFR. Їх розробники відзначають, що: «Договірна безпека однієї сторони збільшується очікуванням від іншої сторони, що вони співпрацюватимуть і діятимуть відповідно до вимог добросовісності та чесності. Для договірної безпеки немає нічого згубнішого за партнера по договору, який цього не робить: шахрайський і неблагонадійний партнер, і навіть партнер, що не співпрацює, може бути гіршим за ситуацію відсутності партнера взагалі»¹.

Зауважимо, що сторони договору повинні застосовувати стандарт добросовісності і чесності на всіх етапах договірних відносин – під час переговорів, укладення, виконання та тлумачення положень договору.

3.4 Валюта зобов'язання та валюта виконання зобов'язання

Пропонується переглянути пропозицію об'єднати зміщені у статтях 524 та 533 ЦК України правила щодо валюти зобов'язання, валюти виконання зобов'язання, викладену в § 5.8 Концепції.

Первісно логіка такого розташування нормативного матеріалу полягає в тому, що традиційно в науці цивільного права розрізняються

¹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). 2009 by sellier, european law publishers GmbH, Munich. P. 14. URL: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf

такі категорії, як валюта боргу та валюта платежу. Відповідно, у статті 524 ЦК України йдеться про валюту боргу, а у статті 533 – про валюту виконання зобов’язання, тобто валюту платежу.

З чим необхідно погодитися з авторами Концепції, так з окресленої нагальною потребою внесення змін в обидві згадані статті.

Відзначимо, на які моменти пропонується звернути увагу законодавця під час удосконалення статті 524 ЦК України:

- по-перше, підвищення авторитету національної валюти, заборона використання іноземної валюти як засобу платежу між резидентами України;
- по-друге, визначення критеріїв використання іноземної валюти як засобу платежу, що є очевидно виправданим, проте не у всіх випадках: зокрема, надання кредитів в іноземній валюті фізичним особам на споживчі цілі, на наше переконання, є неприпустимим. Водночас, на неспоживчі цілі (з метою ведення комерційної діяльності) кредити в іноземній валюті, як і раніше, мають надаватися, обґрунтованість надання таких кредитів має визначатися кредитною установою в кожному випадку.

Частину другу статті 533 ЦК України пропонується доповнити правилами про виконання частинами зобов’язання сплатити суму грошей, врахувавши або відкинувши правовий висновок Верховного Суду.

Велика Палата Верховного Суду в постанові від 30 травня 2018 року у справі № 750/8676/15-ц (провадження № 14-79цс18) зазначила, що курсова різниця – різниця, яка є наслідком відображення однакової кількості одиниць іноземної валюти в національну валюту України при різних валютних курсах. Курсові різниці визначаються за монетарними статтями балансу. Виходячи з поняття «курсва різниця», можна виділити чотири періоди, за які здійснюється перерахунок заборгованості в іноземній валюті для визначення курсових різниць. Це періоди між: датою відображення операції в бухгалтерському обліку і датою фактичного здійснення розрахунків; датою відображення операції в бухгалтерському обліку і датою складання бухгалтерської звітності за звітний період; датою складання бухгалтерської звітності за попередній звітний період і датою фактичного здійснення

розрахунку; датою складання бухгалтерської звітності за попередній звітний період і датою складання бухгалтерського звіту за звітний період. Курсові різниці розраховуються за положеннями (стандартами) бухгалтерського обліку. «Курсова різниця» жодним чином не може бути упущеною вигодою, оскільки кредитор міг і не отримати такі доходи. Коливання курсу валют, що призвело до курсової різниці, не можна розцінювати як неправомірні дії боржника, що призвели до позбавлення кредитора можливості отримати прибуток.

На наше переконання, «курсва різниця» не є категорією, що має будь-яке істотне правове значення. Грошове зобов'язання має виконуватися у валюті, визначеній у відповідному договорі або за вимогами закону. Рішення суду про стягнення суми боргу не змінює зміст договірної зобов'язання, оскільки застосування судового захисту порушеного цивільного права та інтересу знаходиться в структурі механізму правового регулювання цивільного правовідношення. Відповідно, виконання грошового зобов'язання особою в іншій валюті платежу, ніж це передбачено договором, має бути враховано як виконання існуючого зобов'язання за офіційним курсом Національного банку України станом на день кожного платежу.

IV. Особливості захисту прав та інтересів учасників зобов'язальних відносин

4.1. Загальні тенденції розвитку інститутів захисту прав та інтересів осіб у зобов'язальних відносинах

Аналіз судової практики дає приклади того, що мають місце непоодинокі випадки поширення на договірні відносини способів захисту, які є речово-правовими за своєю правовою природою. Наведемо приклад вирішення справ про виселення¹.

Обраний підхід заслуговує на критику такого характеру. Як відомо, відносини з користування приміщеннями громадського житлового фонду виникають на підставі договору найму житлового приміщення. У наймача такого житлового приміщення виникають певні договірні

¹ Так, Велика Палата Верховного Суду визнала негаторним позов про виселення з житла (див. постанови Великої Палати Верховного Суду від 04 липня 2018 року у справі № 653/1096/16-ц (провадження № 14-181цс18), від 13 жовтня 2020 року у справі № 447/455/17 (провадження № 14-64цс20).

відносини з його власником (або уповноваженим органом), наймач регулярно зобов'язаний сплачувати за користування таким житлом, може бути з нього виселений у зв'язку з порушенням умов договору найму житла (стаття 110 ЖК Української РСР).

З усіма іншими особами наймач у відносинах з приводу реалізації прав на займане житло виступає як титульний володілець і його права володіння захищаються так само і такими самими способами, як і права його власника. Проте останнє не впливає на характер відносин наймача і власника житла: такі відносини, безумовно, є договірними. Відповідно, позов про виселення наймача та/або членів його сім'ї за своєю правовою природою є способом захисту особи у договірних відносинах, що має на меті досягнення двох цілей: розірвання договору найму житла за вимогою наймодавця та фактичне виселення наймача разом з членами його сім'ї з попередньо наданого житла.

Враховуючи, що таке житло перебуває у володінні та користуванні наймача (та членів його родини), тут не йдеться про усунення перешкод у користуванні та розпорядженні майном, а саме про повернення житла, яке перебувало у віданні наймача, у фактичне володіння власника (чи уповноваженого ним органу). Подібність до негативного позову в такому разі виключається, оскільки в речових відносинах він застосовується тільки тоді, коли власник продовжує фактично володіти таким спірним майном.

Лише в тому випадку, коли позов про виселення адресований особі, яка самовільно зайняла житлове приміщення та не пов'язана з власником житла договором про його найм, позов про виселення набуває ознак речово-правового способу захисту.

Тобто під час обрання та застосування способів захисту прав власника житла (тобто наймодавця) потрібно виходити з однозначного визначення правової природи відносин між сторонами спору; відповідно виключити можливість застосування речово-правових способів до захисту договірних (зобов'язальних) прав та інтересів осіб.

Певну небезпеку становить довільне й несистемне тлумачення категорії «ефективний спосіб захисту», що дозволяє застосовувати до певних правових відносин способи захисту, що не відповідають їх природі. Фактично в процесуальні кодекси (зокрема, стаття 5

ЦПК України) запроваджено норму матеріального права, яка дає правову підставу судові застосувати такий спосіб захисту, який не передбачений ані законом, ані договором, але про прийнятність якого наголошується позивачем у його позовній заяві в судовому спорі.

Відповідно, про такий, не передбачений законом чи договором спосіб захисту повинна йтися мова не тоді, коли такий спосіб захисту викладений в законі (договорі) та за змістом підлягає застосуванню до певних правовідносин, а коли сторона просить його застосувати до інших відносин, на які такий спосіб захисту не був первинно розрахований.

Ефективний спосіб захисту не повинен означати такий спосіб захисту, що не відповідає природі цивільних відносин, та підміняти собою той, що передбачений законом (договором) саме для таких відносин.

У наведеному прикладі позов про виселення наймача є спеціальним способом захисту порушених прав у договірних відносинах, що відповідним чином впливає й на можливість обрахунку та застосування до них позовної давності.

Помилкове віднесення такого позову до різновидів негаторного позову є свідченням помилкового застосування до згаданих відносин дієвого способу захисту замість правомірного способу захисту, що має на меті обхід правил про позовну давність.

Відповідно, вимога про виселення особи з житла може бути як договірним, так і речово-правовим способом захисту, характер якого визначається правовою природою тих відносин, що виникли між власником житла та його користувачем/особою, до якої пред'явлено таку вимогу, що не може не впливати на особливості застосування таких заходів примусового впливу.

4.2. Визнання недійсними, незаконними актів, протоколів (рішень) сторони договірних відносин

У процесі оновлення ЦК України потрібно визначити, наскільки прийнятним є оскарження в судовому порядку особою дій, рішень, актів, що вчинені/складені однією стороною, у договірних відносинах.

Визнання недійсними, незаконними актів, протоколів (рішень), складених стороною договору, зокрема у сфері надання комунальних послуг, банківських послуг, коли складання такого акта слугує

правовою підставою вимоги для нарахування суми заборгованості, штрафних санкцій, пені тощо, а також для наступного пред'явлення відповідної претензії.

Розглянувши цивільну справу, Велика Палата Верховного Суду в постанові від 06 лютого 2019 року зазначила, що обраний позивачем спосіб захисту прав шляхом подання позову про скасування протоколу засідання комісії щодо розгляду акта про порушення Правил користування електричною енергією та визнання дій комісії щодо розгляду зазначеного акта неправомірними сам по собі не сприяє ефективному відновленню порушеного права. Такі вимоги не підлягають розгляду не лише в порядку цивільного судочинства, але й узагалі не підлягають судовому розгляду. Складений працівниками електропостачальної організації акт про порушення Правил користування електричною енергією є лише фіксацією такого порушення, що було виявлено під час проведення перевірки дотримання цих Правил, тому оскарження лише факту складення такого акта, який не встановлює для споживача будь-яких обов'язків і є різновидом претензії, не передбачено чинним законодавством як спосіб захисту прав. Зазначений акт може бути визнаний як доказ із наданням йому відповідної оцінки судом під час вирішення іншого спору, зокрема щодо відшкодування матеріальних збитків, при вирішенні якого суд зобов'язаний дати оцінку щодо дійсності цього акта¹.

В іншій справі Велика Палата Верховного Суду вважала, що вимога про скасування рішення комісії електропередавальної організації про визначення обсягу недоврахованої електричної енергії та її вартості є способом захисту прав та інтересів, установленим законом, оскільки таке рішення комісії, оформлене протоколом з розгляду акта про порушення ПКЕЕ, безпосередньо впливає на права та обов'язки відповідного суб'єкта господарювання в контексті його відносин з електропередавальною організацією, встановлює обсяг і вартість недоврахованої електроенергії та створює загрозу припинення електропостачання відповідного споживача. З огляду на викладене, Велика Палата Верхов-

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 06 лютого 2019 року у справі № 522/12901/17-ц (провадження № 14-503цс18).

ного Суду дійшла переконання, що висновки судів першої та апеляційної інстанцій щодо задоволення позовних вимог про скасування рішення комісії енергопостачальної організації, оформленого відповідним протоколом, ґрунтуються на правильному застосуванні норм матеріального права¹.

Зробимо застереження, суд вправі давати оцінку правомірності складення та змісту таких актів (протоколів) під час вирішення спору про стягнення заборгованості, нарахованої на підставі таких актів, проте до моменту звернення до суду з таким позовом, зазвичай, споживач є обмеженим у доступних для нього правових заходах з метою оспорення правомірності дій (рішень), зокрема організацій, які надають житлово-комунальні послуги. Водночас існування такого нарахованого боргу надає можливість надавачу певних послуг вжити стосовно споживача таких послуг односторонні дії: самостійно обмежити споживача в їх отриманні, так само надавач послуг може зраховувати всі платежі, сплачені споживачем, у рахунок оспорюваної заборгованості тощо.

Переконаний, що принаймні у споживчих правовідносинах необхідно як загальне правило запровадити механізм оскарження саме отримувачем послуг дій, рішень, актів організацій, основною метою яких є саме надання таких послуг, зокрема й комунальних.

4.3. Новий порядок (форма) захисту цивільних прав

Звернення стягнення на предмет іпотеки на підставі іпотечного застереження – не судовий, а так само не нотаріальний порядок захисту прав та інтересів іпотекодержателя.

У главі 3 ЦК України (книга Перша) передбачено, що цивільні права та інтереси підлягають захисту в одному з таких порядків захисту: судовому, нотаріальному, адміністративному та в порядку самозахисту.

Реєстратор речових прав не діє як орган державної влади або місцевого самоврядування (тобто як суб'єкт владних повноважень), проте в результаті здійснення реєстраційної дії відбувається фактично

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 14 січня 2020 року у справі № 910/17955/17 (провадження № 12- 137rc19). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87053623>

визнання певного права, зокрема за іпотекодержателем на предмет іпотеки. Тобто, відбувається застосування способу захисту, передбаченого в статті 16 ЦК України, у порядку, визначеному іпотечним договором, який містить іпотечне застереження, або договором про звернення стягнення на предмет іпотеки згідно із Законом України «Про іпотеку».

Критерії застосування такого способу захисту в порядку вчинення реєстраційних дій визначені, для прикладу, у постанові Верховного Суду від 11 вересня 2019 року. За висновками суду, відповідно до пункту першого частини третьої статті 10 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» (у редакції, чинній на момент вчинення реєстраційної дії) державний реєстратор встановлює відповідність заявлених прав і поданих документів вимогам законодавства, а також відсутність суперечностей між заявленими та вже зареєстрованими речовими правами на нерухоме майно та їх обтяженнями, зокрема: відповідність обов'язкового дотримання письмової форми правочину та його нотаріального посвідчення у випадках, передбачених законом; відповідність повноважень особи, яка подає документи для державної реєстрації прав; відповідність відомостей про речові права на нерухоме майно та їх обтяження, що містяться в Державному реєстрі прав, відомостям, що містяться в поданих документах; наявність обтяжень прав на нерухоме майно; наявність факту виконання умов правочину, з якими закон та/або відповідний правочин пов'язує можливість виникнення, переходу, припинення речового права, що підлягає державній реєстрації.

На нотаріуса як державного реєстратора під час вчинення такої реєстраційної дії законом покладено обов'язок не тільки формально перевірити наявність поданих документів за переліком, передбаченим пунктом 57 Порядку державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 25 грудня 2015 року № 1127 (у редакції, чинній на момент вчинення реєстраційної дії), необхідних для державної реєстрації права власності на підставі договору іпотеки, а й передусім встановити відповідність заявлених прав і поданих документів вимогам

законодавства. Такий обов'язок покладено на нотаріуса як державного реєстратора згідно з правилом частини третьої статті 10 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»¹.

Отже, державний реєстратор діє як одноособовий юрисдикційний орган, наділений повноваженнями не тільки вносити певні відомості до відповідних державних реєстрів на підставі укладених учасниками цивільних відносин договорів, а й застосовувати певні способи захисту, реалізація яких має на меті надання захисту прав та інтересів кредитора у відповідних цивільних відносинах. Йдеться при цьому, не про новий спосіб захисту таких прав передусім, а про новий порядок (форму) захисту, яка не може бути віднесена до інших форм захисту, згадуваних у статтях 16–19 ЦК України.

Наведене викликає потребу в імплементації таких змін серед положень глави 3 книги першої ЦК України «Захист цивільних прав та інтересів».

4.4. Проблема визнання договорів укладеними/неукладеними

Верховний Суд України свого часу в постанові від 22 квітня 2015 року у справі № 6-48цс15 сформулював таку правову позицію – (з приводу визнання договорів укладеними) судами під час розгляду справи встановлено, що спірний договір, укладений від імені позивача, підписаний не ним, а іншою особою. Таким чином спірний договір був укладений без волевиявлення ОСОБА_1, а тому суди дійшли правильного висновку про недійсність спірного договору на підставі частини третьої статті 203 та частини першої статті 215 ЦК України).

Так само Верховний Суд України окреслив повноваження суду визнавати угоди недійсними. Це не є універсальним способом захисту цивільних прав та інтересів, а є спеціальним способом захисту, що застосовується виключно до відносин та за умов, визначених у законі.

В інших випадках, коли такий спосіб захисту для відповідної ситуації не передбачений, його застосування не допускається.

¹ Постанова Верховного Суду від 11 вересня 2019 року у справі № 755/7423/17 (провадження № 61- 48776св18). Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84305276>

Визнання правочину укладеним не є тим способом захисту, що передбачений ЦК України.

Велика Палата Верховного Суду зазначила, що: «Відповідач заявив у зустрічному позові дві окремі вимоги: про визнання договору підряду укладеним та про стягнення 51 000 грн як різниці між перерахованим позивачем авансом і вартістю фактично поставлених брусів. Велика Палата Верховного Суду вважає, що задоволення вимоги про стягнення різниці між перерахованим позивачем авансом і вартістю поставлених йому відповідачем брусів за результатами часткового виконання вже укладеного сторонами договору підряду було ефективним способом захисту права відповідача. Отже, Велика Палата Верховного Суду вважає, що суди, встановивши фактичні обставини та зміст спірних правовідносин, помилково дійшли висновку про необхідність задоволення вимоги відповідача про визнання укладеним 3 серпня 2016 року договору підряду»¹.

В іншій справі Верховний Суд зазначив, що «заявлені в цій справі вимоги про визнання договору банківського вкладу укладеним та визнання (позивача) вкладником ПАТ «КБ «Хрещатик» за своєю природою є вимогами про встановлення юридичних фактів, підставами для обґрунтування звернення з позовом у спорі щодо права на отримання коштів (чи то як гарантованого відшкодування, чи визнання кредитором в межах реєстру акцептованих вимог), що не підлягають окремому розгляду в порядку позовного провадження в судах (цивільних, господарських чи то адміністративних)»².

Представляється, що визнання судом правочинів укладеними є втручанням у динаміку договірних відносин приватних осіб, отже є неприйнятним для цивільного обороту. Виключення можливості застосування такого способу впливу належить законотворцю під час оновлення ЦК України.

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 05 червня 2018 року у справі № 338/180/17 (провадження № 14-144цс18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74963905>

² Постанова Великої Палати Верховного Суду від 13 жовтня 2020 року у справі № 369/10789/14-ц (провадження № 14-703цс19). Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92747345>.

4.5. Особливості захисту інтересів кредитора у договірних відносинах

У судовій практиці Верховного Суду зроблено кілька кроків до захисту інтересів кредитора в договірних відносинах.

Так, Суд визнав, що посилання на неправомірну мету під час укладення оспорюваного правочину є достатньою підставою для відмови в наданні судового захисту. Неправомірна мета та недобросовісна поведінка сторони договору позбавляють її права на судовий захист.

Верховний Суд у постанові від 16 січня 2019 року у справі № 521/17654/15-ц (провадження № 61-2858св18) зазначив, що неправомірна мета та недобросовісна поведінка позбавляють сторону права посилатися на такі обставини як на підставу та умови надання захисту судом. Верховний Суд, переглядаючи справу в касаційному порядку, враховував конкретні обставини справи щодо наявності обставин, визначених частинами другою та третьою статті 13 ЦК України, застосовував загальні засади цивільного права – принципи справедливості, добросовісності та розумності, а також керувався однією з аксіом цивільного судочинства: «Placuit in omnibus rebus graecipuum esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem», що означає: «У всіх юридичних справах правосуддя й справедливість мають перевагу перед строгим розумінням права». У результаті перегляду справи, Верховний Суд застосував положення частини третьої статті 16 ЦК України та відмовив стороні в захисті цивільного права та інтересу, яким особа зловживала¹.

Іншим прикладом захисту прав кредиторів у договірних відносинах та запобігання недобросовісної поведінки є визнання недійсними подібних правочинів. Верховний Суд виходив з того, що дії сторони договірних відносин, метою яких є штучне настання стану неплатоспроможності боржника або поручителя в кредитних правовідносинах, є неправомірними, а правочини, за допомогою яких досягалися такі цілі, є недійсними.

Верховний Суд у постанові від 24 липня 2019 року зазначив, що, вирішуючи питання про наявність підстав для визнання недійсним правочину внаслідок укладення договору, зміст якого суперечить ЦК України,

¹ Постанова Верховного Суду у від 16 січня 2019 року у справі № 521/17654/15-ц (провадження № 61-2858св18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81020254>

необхідно врахувати що: 1) відповідач відчужив майно після пред'явлення до нього позову про стягнення заборгованості; 2) майно відчужене на підставі безвідплатного договору; 3) майно відчужене на користь близького родича; 4) після відчуження спірного майна у відповідача відсутнє інше майно, за рахунок якого він може відповідати за своїми зобов'язаннями перед кредитором. Сукупність наведених обставин доводить той факт, що відповідач діяв недобросовісно, зловживаючи своїми цивільними правами на шкоду правам інших осіб, оскільки відчуження належного йому майна відбулося з метою уникнення звернення стягнення кредитором на його майно як боржника.

За висновками Верховного Суду в цій справі будь-який правочин, вчинений боржником у період настання в нього зобов'язання із погашення заборгованості перед кредитором, внаслідок якого боржник перестає бути платоспроможним, має ставитися під сумнів у частині його добросовісності та набуває ознак фродакторного правочину. При цьому та обставина, що правочин із третьою особою, за яким боржник відчужив майно, реально виконаний, не виключає тієї обставини, що він направлений на уникнення звернення стягнення на майно боржника та, відповідно, може бути визнаний недійсним на підставі загальних засад цивільного законодавства. Поручитель, який став солідарним боржником у зв'язку з невиконанням позичальником свого обов'язку в кредитному зобов'язанні, що виникло первинно з його волі та згідно з його бажанням, не є абсолютно вільним в обранні варіантів власної поведінки, його дії не повинні призводити до такого стану, у якому він ставатиме неплатоспроможним перед своїми кредиторами. В обранні варіанта добросовісної поведінки боржник зобов'язаний піклуватися про те, щоб його юридично значимі вчинки були економічно обґрунтованими. Також поведінка боржника повинна відповідати критеріям розумності, що передбачає, що кожне зобов'язання, яке правомірно виникло, повинно бути виконано належним чином, а тому кожний кредитор вправі розраховувати, що всі існуючі перед ним зобов'язання за звичайних умов будуть належним чином та своєчасно виконані. Тому усі боржники повинні мати на меті добросовісне виконання усіх своїх зобов'язань, а в разі неможливості такого виконання – надати справедливе та своєчасне задоволення прав та правомірних

інтересів кредитора. Угоди, що укладаються учасниками цивільних відносин, повинні мати певну правову та фактичну мету, яка не має бути очевидно неправомірною та недобросовісною. Угода, що укладається «про людське око», таким критеріям відповідати не може¹.

V. Окремі проблеми регулювання недоговірних зобов'язань

5.1. Необхідність розмежування правил про відшкодування шкоди за нормами договірної і недоговірної права

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

Книга VI DCFR присвячена позадоговірній відповідальності, що виникає в результаті шкоди, заподіяної іншій особі. Деякі правила Книги VI про позадоговірну відповідальність за шкоду, завдану іншій особі, захищають від такої поведінки, яка є шкідливою для суспільства взагалі. Багато з цих правил також можна розглядати як приклади правил, що сприяють безпеці². Правила DCFR регулюють інші приватні права і обов'язки у сфері свого застосування, навіть якщо вони виникли не з договору. Зокрема, вони охоплюють права і обов'язки, що виникають у результаті безпідставного збагачення, заподіяння шкоди іншій особі або дії в чужому інтересі без доручення. Також вони поширюються на обов'язки, які можуть бути покладені на особу, наприклад, у силу того, що вона володіє активами, обтяженими реальним забезпеченням, або є довірчим власником. Отже, DCFR охоплює позадоговірні зобов'язання більшою мірою, ніж Principles on European Contract Law (PECL)³.

5.2. Проблема відшкодування шкоди в публічно-правових відносинах

Аналіз книги VI DCFR та іноземного законодавства свідчить, що шкода, завдана публічними особами при здійсненні публічних

¹ Постанова Верховного Суду від 24 липня 2019 року у справі № 405/1820/17 (провадження № 61-2761св19). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/83387308>

² Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). 2009 by sellier. European law publishers GmbH, Munich. P. 15. URL: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf

³ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). 2009 by sellier. European law publishers GmbH, Munich. P. 23. URL: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf

функцій, не може регулюватися загальними правилами і положеннями цивільного законодавства.

У публічно-правових відносинах застосування і розуміння критеріїв законності, вини, шкоди мають відмінний характер, ніж у приватно-правових.

Діяльність держави та її посадових осіб іноді пов'язана із застосуванням заходів примусу, що відбувається досить часто всупереч волі особи, до якої такі заходи застосовуються. Погоджуючись з тим, що чинне правове регулювання має на меті захистити від типів поведінки, шкідливої для суспільства загалом, все ж вважаємо, що такий захист є малоефективним.

Для прикладу наведемо рішення у справі про відшкодування майнової шкоди, завданої в період проведення антитерористичної операції. Велика Палата Верховного Суду в постанові від 04 вересня 2019 року у справі № 265/6582/16-ц (провадження № 14-17цс19) дійшла висновків, що «відсутність у законодавстві України відповідних приписів щодо відшкодування власникові шкоди, заподіяної його об'єкту нежитлової нерухомості терористичним актом, не перешкоджає особі, яка вважає, що стосовно її права власності на таке майно певний позитивний обов'язок не був виконаний, вимагати від держави компенсації за це невиконання на підставі статті 1 Першого протоколу до Конвенції. Проте залежно від змісту порушення та зумовлених ним наслідків для потерпілого означена компенсація з огляду на практику ЄСПЛ може суттєво відрізнятися: у разі встановлення факту порушення державою позитивних обов'язків розробити компенсаційні механізми за втручання, зокрема у право мирного володіння майном, і провести об'єктивне й ефективне розслідування факту втручання в це право, відсутні підстави для висновку про те, що така компенсація має передбачати відшкодування реальної вартості пошкодженого (знищеного) майна; тоді як за порушення негативного обов'язку не втручатися у вказане право держава може бути зобов'язана відшкодувати шкоду, завдану майну, у повному обсязі.

Вирішуючи питання про стягнення з держави відповідної компенсації, суд має керуватися вимогами Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, інших актів національного законодавства та

зادля ефективного захисту конвенційного права встановити, зокрема, за порушення якого виду конвенційних обов'язків позивач вимагає від держави компенсацію і чи обґрунтованим відповідно до цього порушення є її розмір» (пункти 71, 72 цієї постанови)¹.

У іншій справі, про відшкодування шкоди в результаті незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, Велика Палата Верховного Суду в постанові від 15 грудня 2020 року у справі № 752/17832/14-ц (провадження № 14-538цс19) дійшла висновків, що: «Внаслідок незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, що підтверджується закриттям кримінального провадження у зв'язку з відмовою прокурора від підтримання державного обвинувачення, позивач має право на відшкодування майнової та моральної шкоди, і право на таке відшкодування виникає в силу прямої вказівки закону, а саме: статті 1176 ЦК України, Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду». Отже, не ґрунтуються на вимогах закону доводи касаційної скарги представника СБУ про те, що позивачем не доведено незаконності дій з боку СБУ, причинного зв'язку між завданою моральною шкодою і діями слідчого ГСУ СБУ, оскільки правилами статті 1176 ЦК України, Закону про відшкодування шкоди визначені спеціальні підстави відповідальності за шкоду, завдану органом державної влади, зокрема, органами, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органами досудового розслідування, прокуратури або суду. Такі підстави характеризуються особливостями суб'єктного складу завдавачів шкоди та особливим способом завданої шкоди.

Сукупність зазначених умов є підставою покладення цивільної відповідальності за завдану шкоду саме на державу. Так, завдана шкода відшкодовується в повному обсязі незалежно від вини посадових осіб органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудове

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 04 вересня 2019 року у справі № 265/6582/16-ц (провадження № 14-17цс19). Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86310215>

розслідування, прокуратури і суду (частина друга статті 1 Закону про відшкодування шкоди). Право на відшкодування шкоди в розмірах і порядку, передбачених цим Законом, виникає у випадках, зокрема: закриття кримінального провадження за відсутністю події кримінального правопорушення, відсутністю в діянні складу кримінального правопорушення або невстановленням достатніх доказів для доведення винуватості особи в суді і вичерпанням можливостей їх отримати (стаття 2 Закону про відшкодування шкоди)»¹.

Правила ЦК України суди не повинні застосовувати в спорах про відшкодування шкоди в трудових відносинах, а так само шкоди, завданої в процесі трудового конфлікту.

В оновленому ЦК України має бути враховане обмеження можливості отримання відшкодування немайнової шкоди, завданої у зв'язку з порушенням майнових прав та інтересів приватної особи.

У договірних відносинах можливість застосування такого способу захисту може допускатися виключно у відносинах за участю споживача та за умови застереження про такий вид відповідальності в законі та/або договорі.

Загальні висновки

Великий обсяг практики Верховного Суду з найрізноманітніших сфер правозастосування дає питому вагу для подальшого удосконалення чинного законодавства, висвітлює недоліки запровадженого законодавцем правового регулювання тих чи інших цивільних відносин (у разі виявлення неефективності існуючого механізму правового регулювання), надає приклади судової правотворчості і заповнення існуючих прогалин у чинному законодавстві.

З іншої сторони, окремі варіанти вирішення спірних правових ситуацій, які, за висновком законодавця та науковців, не є вдалими та не відповідають потребам держави і суспільства, підлягають виправленню шляхом зміни їх законодавчого регулювання або запровадження додаткового регулювання цих відносин з метою усунення

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 15 грудня 2020 року у справі № 752/17832/14-ц (провадження № 14-538цс19). Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95177479>. (Пункти 60-62).

можливого їх викривлення, а так само унеможливлення небажаного тлумачення певних норм права.

5.4. ОНОВЛЕННЯ НОРМАТИВНОГО МАСИВУ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ДОГОВОРІВ ПІДРЯДУ

Незважаючи на значне оновлення цивільного законодавства України в 2004 році, найбільшу за обсягом частину якого становить зобов'язальне право, що регламентує і зобов'язання з виконання робіт, його не можна охарактеризувати як таке, що забезпечує належне та ефективне їх регулювання. Зокрема, у договірних зобов'язаннях з виконання робіт широко застосовуються, крім поймаєнованих, також і непоймаєновані договори, які без відповідного теоретичного осмислення можуть спричинити негативні наслідки, а відтак потребує з'ясування питання щодо можливості застосування загальних положень про тип договірних зобов'язань з виконання робіт до таких договорів. Цим пояснюється потреба у встановленні проявів договірного регулювання зобов'язань з виконання робіт як на теоретичному, так і правозастосовчому рівнях.

Сьогодні назріла нагальна потреба в оновленні окремих підходів до правового регулювання підрядних відносин, що зумовлено інтеграцією ринків України та країн-членів Європейського Союзу. Результатом зближення підходів у регулюванні підрядних відносин є розробка міжнародними неурядовими організаціями (Європейська економічна комісія ООН, Комісія ООН з права міжнародної торгівлі (UNCITRAL), Міжнародна федерація інженерів-консультантів (FIDIC), Інститут цивільних інженерів (ICE)) типових (модельних) форм підрядних контрактів.

Такі типові форми підрядних контрактів виконують дві важливі функції. По-перше, вони спрямовані на подолання відмінностей національного законодавства шляхом розробки уніфікованих і визнаних на міжнародному рівні правил. По-друге, вони спрямовані на створення гнучких практичних рекомендацій, на підставі яких сторони формують загальні положення конкретних підрядних

договорів, поглиблюючи їх власними спеціальними положеннями¹. Яскравим прикладом вироблення уніфікованих і визнаних на міжнародному рівні правил є типові контракти FIDIC (контракт на спорудження об'єктів цивільного будівництва, контракт на поставку обладнання, проектування і будівництво для електромеханічних та пусконаладжувальних робіт, контракт для проведення дренажних робіт тощо)².

Крім зближення підходів у регулюванні підрядних відносин України та ЄС, нагальною на сьогодні є потреба в усуненні дублювань та розбіжностей, які існують у регулюванні підрядних відносин за Цивільним і Господарським кодексами. Крім того, має бути проведена значна робота з оновлення масиву нормативно-правових актів у сфері законодавства з виконання робіт щодо його застосування в договірній та судовій практиці, зокрема оновлення розуміння договору підряду як юридичного факту, його регулятивного характеру, істотних умов тощо. Так, аналіз положень про договір будівельного підряду за ЦК (ст. 875) та ГК (ст. 318) України свідчить про існування істотних розбіжностей, коли за порушення зобов'язань за договором будівельного підряду винна сторона сплачує неустойку, встановлену договором або законом, та відшкодовує збитки в повному обсязі (ст. 883 ЦК), натомість за такі ж самі порушення договору підряду на капітальне будівництво винна сторона сплачує штрафні санкції, а також відшкодовує другій стороні збитки в сумі, не покритій штрафними санкціями (ст. 322 ГК).

Як видається, розгляд питань виявлення передумов та перспектив оновлення глави 61 ЦК України, присвяченої договорам підряду, доцільно розпочати саме із систематизації договорів, що опосередковують зобов'язання із виконання робіт. З цього приводу одразу ж слід наголосити на логічній послідовності розміщення правових норм, що регулюють підрядні відносини, у межах цієї глави. Так, у гл. 61 ЦК України спершу закріплено норми, що становлять правовий

¹ Гуцуляк В. К. Договір підряду на проведення пошукових робіт за цивільним законодавством України : монографія. Київ, 2017. С. 41.

² FIDIC Book Collections. URL: <http://fidic.org/bookshop/collections> (дата звернення 27.07.2021).

інститут підяду, у який включено загальні положення про підряд та такі його різновиди, як: договір побутового підяду; договір будівельного підяду; договір підяду на проектні та пошукові роботи. Відображений у гл. 61 ЦК України перелік підрядних договорів свідчить на користь висновку про складну внутрішньо-організовану структуру таких договорів у межах договірної типу зобов'язань із виконання робіт на основі їх ієрархічного поділу на види та різновиди, яка відображає їх диференціацію та взаємопов'язаність¹.

Разом з тим, однією з особливостей ЦК України є відмежування від договорів підрядного типу договорів на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт (далі – НДРДКТР) як таких, що закінчуються створенням об'єкта права інтелектуальної власності. Така диференціація, в основі якої лежить юридико-технічний критерій, надала змогу створити спеціальний правовий режим, який дозволяє відмежувати відносини з виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт від типових зобов'язань з виконання робіт. Це обумовлюється тим, що науково-дослідні, дослідно-конструкторські та технологічні роботи, на відміну від робіт, що виконуються за договорами підяду, мають творчий характер, а це пов'язано з ризиком досягнення саме того результату, на який розраховує замовник. Тому, якщо вказані роботи будуть виконані з досягненням іншого результату або виконавець стикнеться з неможливістю вирішення того завдання, що ставить перед ним замовник, ризик виконання робіт лягає не на підрядника, як це передбачено договором підяду, а на замовника².

Отже, в основу поділу підрядних договорів на певні види покладено два критерії – предмет договору та суб'єктний склад учасників договірних відносин. Так, за договором побутового підяду виконується робота, яка призначена для задоволення побутових та інших

¹ Гриняк А. Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України : монографія. К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. С. 76.

² Цивільне право: підручник: у 2-х т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. Х. : Право, 2011. Т. 2. С. 357.

особистих потреб замовника, що не пов'язані зі здійсненням ним підприємницької діяльності (споживчі відносини).

Якщо ж замовник укладає договір з метою подальшого використання результату виконаної роботи з підприємницькою метою – до таких відносин застосовуватимуться загальні положення про підряд. У договорі будівельного підряду або договорі на проведення пошукових, проектних робіт замовником можуть бути як фізичні, так і юридичні особи¹. Щодо договору побутового підряду, то підрядником завжди виступає юридична або фізична особа-підприємець, а замовником – тільки фізична особа. Така ознака є визначальною при кваліфікації побутових підрядних відносин. Похідною від зазначеної ознаки є економічна нерівність учасників цих зобов'язань.

У свою чергу Закон України «Про захист прав споживачів»² фізичну особу називає споживачем, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника. Споживач у системі ринкових відносин є слабшою ланкою в ланцюзі товарообігу. У чинному законодавстві про захист прав споживачів існує умовний поділ на дві групи, де перша – регулює відносини, у яких споживач виступає як безпосередній учасник та визначає порядок укладення договорів; до другої – відносяться норми, які регулюють відносини, у яких споживач не бере безпосередньої участі. До першої групи, як правило, належать нормативно-правові акти, що містять регламентацію відносин з договорів роздрібної купівлі-продажу, прокату, побутового підряду тощо. До другої – нормативні акти, що забезпечують державний і суспільний захист прав споживачів за допомогою створюваних органів виконавчої влади в інтересах невизначеного кола споживачів. До неї відносять акти, що регламентують діяльність державних органів і передбачають основні вимоги стосовно продукції (товарів, робіт, послуг), які спря-

¹ Цивільне право України. Академічний курс: підручник: у 2-х т. / за ред. Я. М. Шевченко. Т. 2. Особлива частина. К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С. 238.

² Закон України «Про захист прав споживачів». *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 30. Ст. 379 (в редакції від 05.06.2014 р.).

мовані на забезпечення безпеки життя, здоров'я споживачів, охорони навколишнього середовища тощо.

Як відомо, положення Закону України «Про захист прав споживачів» спрямовані на нівелювання нерівності взаємовідносин підрядника за договором побутового підряду, з одного боку, і замовника-споживача, з іншого. На імперативному рівні підрядник наділений й деякими додатковими обов'язками, наприклад, надати інформацію щодо якості результату робіт тощо, натомість споживачу законодавчо гарантується позасудовий та судовий захист прав, а також компенсація моральної шкоди тощо.

Таким чином, частково приведений у відповідність до стандартів Європейського Союзу Закон України «Про захист прав споживачів» загалом враховує вимоги Європейського Союзу щодо рівня забезпечення захисту прав споживачів. Його положення поширюються на всіх споживачів, які знаходяться на території України під час придбання, замовлення або використання товарів (робіт, послуг) для задоволення власних побутових потреб тощо. Споживач у цій сфері відносин наділений особливими якостями. Так, наприклад, за ст. 169 Договору про функціонування Європейського Союзу передбачено, що з метою сприяння інтересам споживачів і забезпечення високого рівня їхнього захисту Союз робить свій внесок в охорону здоров'я, безпеки й економічних інтересів споживачів, а також у розвиток їхнього права на інформацію, освіту й самоорганізацію для захисту своїх інтересів. Загальною метою цієї сфери є захист здоров'я, безпеки та економічних інтересів споживачів, забезпечення їх права на інформацію, освіту, а також можливість забезпечення створення органів самоорганізації для захисту власних інтересів.

Сучасні акти Європейського Союзу у сфері забезпечення дієвих механізмів захисту прав споживачів містять Директиву «Про захист споживачів стосовно певних аспектів контрактів з таймшер (право володіння майном протягом відведеного часу), довгостроковими продуктами, пов'язаного з відпусткою, повторного продажу та обміну»¹,

¹ Муравйов В. І. Проблеми гармонізації законодавства держав-членів та третіх країн в контексті європейської інтеграції. Український щорічник міжнародного права. К. : Видавничий дім «Промені», 2010. С. 286–319.

Рекомендацію Комісії «Про принципи діяльності позасудових органів, залучених до компромісного розв'язання суперечок за участю прав споживачів»¹, Директиву «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема електронної комерції на внутрішньому ринку»², Директиву «Про дистанційний маркетинг споживчих фінансових послуг та внесення змін до Директиви Ради 90/619/ЄС та Директив 97/7/ЄС та 98/27/ЄС»³, Директиву «Про універсальну послугу та права користувачів стосовно електронних мереж зв'язку і послуг (Директива про універсальну послугу»⁴). Відповідно до Директиви про дистанційні договори інформація може бути надана в необхідний строк у процесі виконання чи, у крайньому випадку, у момент передачі товару. При здійсненні електронної торгівлі на внутрішньому ринку повинна бути надана інформація щодо дій, яких необхідно вжити до укладення договору та відносно існуючого кодексу поведінки.

Наголошуючи на спеціальному суб'єктному складі сторін договору побутового підряду, законодавець визначає й ряд спеціальних вимог щодо підрядника, серед яких, окрім статусу особи, виділяються й вимоги кваліфікованого спеціаліста у сфері виконання робіт. Наприклад, це передбачено Директивою 94/47/ЄС та Директивою 90/314/ЄС. У випадку надання послуг чи виконання робіт – Директива про захист персональних даних та Директива про дистанційні договори під час дистанційної торгівлі, виділяють принцип надання явно вираженої згоди, яка надається споживачем з метою укладення такого договору.

¹ Директива «Про захист споживачів стосовно певних аспектів контрактів з таймшер (право володіння майном протягом відведеного часу), довгостроковими продуктами, пов'язаного з відпусткою, повторного продажу та обміну». Міністерство юстиції, 2009. № 2008/122/ЄС. URL: <http://old.minjust.gov.ua/45878> (дата звернення 26.07.2021).

² Директива «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема електронної комерції на внутрішньому ринку». Міністерство юстиції, 2000. № 2000/31/ЄС. URL: <http://old.minjust.gov.ua/45878> (дата звернення: 26.07.2021).

³ Директива «Про дистанційний маркетинг споживчих фінансових послуг та внесення змін до Директиви Ради 90/619/ЄС та Директив 97/7/ЄС та 98/27/ЄС». Міністерство юстиції, 2009. № 2008/122/ЄС. URL: <http://old.minjust.gov.ua/45878> (дата звернення: 26.07.2021).

⁴ Директива «Про універсальну послугу та права користувачів стосовно електронних мереж зв'язку і послуг (Директива про універсальну послугу)». Міністерство юстиції, 2002. № 2002/65/ЄС. URL: <http://old.minjust.gov.ua/45878> (дата звернення: 26.07.2021).

Відповідно до наведеної Директиви, право споживача на інформаційний захист полягає в наданні (у нашому випадку – підрядником) чіткої і зрозумілої інформації та її змін у письмовому вигляді. Саме тому до моменту укладення договору побутового підряду повинна бути надана не лише інформація, включаючи ціну, інформацію про товар, але й повне інформування про порядок припинення договору.

Отже, законодавство і практика Європейського Союзу, слідуючи вимогам часу, зосереджують свою увагу на більш широкому колі питань, які потребують регулювання. Не є винятком і договір побутового підряду, адже він має такі особливості, які виокремлюють його з-поміж інших договорів підрядного типу та відносять до категорії споживчих. Серед основних особливостей договору побутового підряду можна виділити такі: 1) обмежене коло суб'єктного складу та спеціальний правовий статус; 2) надання одним суб'єктам (споживачам) додаткових суб'єктивних цивільних прав, способів захисту та гарантій; 3) встановлення додаткових обов'язків для інших суб'єктів, які виконують, серед яких відшкодування збитків та компенсація моральної шкоди, завданої неякісними результатами робіт.

У консьюмерському законодавстві України звертається увага не тільки на якість виконаних робіт, а й на обслуговування. Зокрема, Постановою Кабінету Міністрів України від 16.05.1994 року № 313 затверджено Правила побутового обслуговування населення (далі – Правила). Вони спрямовані на забезпечення основних вимог щодо побутового обслуговування населення і регулювання відносин між замовником та виконавцем у наданні побутових послуг на території України.

Що ж до предмету договорів підряду, слід зазначити, що його становить матеріалізований результат роботи підрядника, що набуває форми, придатної для оцінювання. Визначення предмету підрядних договорів є істотною умовою. Водночас привертає увагу непослідовність законодавця при визначенні предмета таких договорів, оскільки в одних випадках вказується тільки робота як предмет договору, в інших – і робота, і її результат. Така ж тенденція спостерігається при регулюванні окремих видів договору підряду (ст. 876, 887 ЦК тощо).

Про таку непослідовність законодавця свідчить і редакція ч. 1 ст. 837 ЦК України, зі змісту якої випливає, що істотною умовою

договору підряду є умова про роботу, виконану підрядником для замовника за договором. Натомість у ст. 855 ЦК України йдеться про розрахунки між контрагентами в разі випадкового знищення результату робіт як предмета договору підряду або неможливості закінчення роботи. Тут законодавець передбачив неможливість стягнення плати за договором із замовника, якщо предмет договору підряду до здачі його замовникові був випадково знищений. З чого можемо зробити висновок, що предметом договору підряду є результат виконаної роботи – річ, яку створив підрядник і якої ще не існує в момент укладення договору. У свою чергу предмет договору побутового підряду охоплює результат роботи – річ, що створена підрядником, і забезпечує споживчі потреби замовника.

Таким чином, існує потреба в гармонізації підходів до розуміння предмета договорів підряду, адже законодавець в одних випадках зазначає про роботу як предмет договору, а в інших – про її результат. Не вдаючись до дискусії з цього приводу¹, яка має давню історію, одразу ж зазначимо про доцільність використання при оновленні положень глави 61 ЦК України унітарної (єдиної) концепції розуміння предмета договору підряду як матеріалізованого результату створення, перетворення, поновлення і навіть ліквідації речей виробничого, споживчого та науково-культурного призначення. У договорах побутового підряду саме матеріалізований результат наведених робіт задовольняє побутові потреби замовника і охоплюється поняттям «обслуговування».

Зазначений висновок обґрунтовується й тим, що договір підряду як юридичний факт є підставою виникнення складних зобов'язальних правовідносин. З боку підрядника виникає зобов'язання з проведення робіт, наслідком яких завжди є передача конкретного матеріалізованого результату замовникові, а з боку останнього виникає грошове зобов'язання сплатити визначену договором суму. Тобто, оплата за договором підряду вчиняється виключно за досягнутий підрядником результат роботи, а в деяких випадках і для задоволення споживчих

¹ Ринг М. П. Договоры на научно-исследовательские и конструкторские работы. М., 1967. С. 86.; Азимов Ч. Н. Договорные отношения в области научно-технического прогресса. Х. : Вища школа. 1981. С. 24.

потреб. Іншими словами, предметом договору підряду є індивідуалізований результат праці підрядника, який набуває конкретної форми, оскільки робота виконується з матеріалів сторін і здається у вигляді, придатному для оцінки та/або для задоволення споживчих потреб.

Конститутивною ознакою договору підряду є його ризиковий характер. Ризики за випадкове знищення результату роботи покладаються на підрядника. Тобто при правовому регулюванні підрядних відносин законодавець чітко визначає питання розподілу ризиків між контрагентами, де підрядник до моменту передачі результату робіт знаходиться в не вигідному становищі¹. Наприклад, за змістом ст. 841 ЦК України підрядник несе відповідальність за втрату або пошкодження майна замовника, яка, зазвичай, підпорядкована принципу вини. В оновленій редакції ЦК України необхідно чітко відмежовувати правові наслідки випадкового знищення результату робіт від випадкового знищення чи пошкодження матеріалів, із використанням яких виконується робота. Питання відмежування цих правових наслідків слід вирішувати, опираючись на відому ще римському праву формулу: ризик випадкової загибелі речі несе її власник. Відповідно до ст. 839 та 840 ЦК України кожна зі сторін договору підряду може надавати як матеріал, так і устаткування для виконання робіт. Однак ніхто з них не захищений від настання під час виконання підрядних робіт несприятливих наслідків, які можуть призвести до знищення матеріалу, устаткування або й готової речі.

Таким чином, в оновленій редакції змісту § 1 гл. 61 ЦК України необхідно закріпити положення, що моментом переходу ризику від підрядника до замовника буде момент досягнення результату виконаної роботи. Тоді ризик випадкового пошкодження або випадкової загибелі переданих матеріалів розподілиться так: з моменту передання матеріалів і протягом усього процесу виконання робіт до досягнення результату виконаної роботи ризик лежить на підряднику, з моменту досягнення результату виконаної роботи до його прийняття замовником

¹ Договори з виконання робіт в цивільному праві України: проблеми теорії і практики : монографія / за заг. ред. А. Б. Гриняка, К. : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. С. 52.

ризик також нестиме підрядник, а потім після приймання результату виконаної роботи ризик переходить до замовника.

Цей загальний підхід доцільно відобразити й при оновленні редакції ст. 880 ЦК України «Ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження об'єкта», у якій варто звернути увагу на питання про настання правових наслідків випадкового знищення (пошкодження) об'єкта будівництва і, зокрема, вплив цього ризику на можливість належного виконання зобов'язання. Загальний правовий наслідок випадкового знищення або випадкового пошкодження об'єкта будівництва полягає у тому, що сторона, на яку покладено цей ризик, відшкодовує іншій стороні заподіяні цим збитки. Випадкове знищення (пошкодження) такої юридично незамінної речі, як, наприклад, будівля, унеможливорює виконання зобов'язання та призводить до його припинення. У наведених двох прикладах випадкової загибелі результату роботи йдеться про припинення зобов'язання неможливістю його виконання, оскільки така неможливість виникає у зв'язку з обставиною, за яку жодна зі сторін не відповідає (ч. 1 ст. 607 ЦК).

Разом з тим необхідно відмежовувати правові наслідки випадкового знищення об'єкта будівництва як результату робіт від випадкового знищення чи пошкодження матеріалів, із використанням яких виконується робота. У цьому контексті доцільно закріпити правило, що моментом переходу ризику випадкового знищення або випадкового пошкодження об'єкта будівництва буде момент досягнення результату будівельних робіт.

Окремо в межах загальних положень про підряд передбачено загальне правило, за яким у договорі підряду повинні бути визначені або ціна виконуваної роботи, або ж способи її визначення. З цього приводу варто наголосити, що законодавець у межах ЦК України закріпив і загальне правило, присвячене визначенню ціни (ст. 632 ЦК), і спеціальне, що регламентує ціну саме в договорі підряду (ст. 843 ЦК). Виходячи зі змісту ч. 1 ст. 843 ЦК України, у договорі підряду повинні бути визначені або ціна виконуваної роботи, або ж способи її визначення. За відсутності таких вказівок на визначення ціни звертаємося до ч. 4 ст. 632 ЦК України, відповідно до якої, якщо ціна у договорі не встановлена і не може бути визначена, виходячи з його умов, вона

визначається з врахуванням звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору.

Тобто ціна договору підряду – це грошова сума, належна підрядникові за виконану роботу, яка включає в себе компенсацію витрат підрядника та належну йому винагороду. У ЦК України допускається вираження грошового зобов'язання в іноземній валюті, але його виконання відповідно до чинного законодавства здійснюється у валюті України. Отже, визнання гривні єдиним законним платіжним засобом дає підставу для висновку, що замовник вправі виконати взяті на себе зобов'язання з оплати проведених робіт у гривнях незалежно від небажання підрядника прийняти такий платіж¹. Крім того, на сьогодні спостерігається скорочення готівкових розрахунків між сторонами підрядних договорів на користь безготівкових, що створює додаткові обов'язки щодо укладення договору банківського рахунку та вкладу.

Статтею 844 ЦК України передбачено, що ціна в договорі може бути визначена в кошторисі, який за певних умов стає частиною договору. До таких умов слід віднести: а) складення кошторису підрядником; б) погодження складеного підрядником кошторису замовником. Тобто за дотримання цих умов кошторис виступає способом визначення ціни договору підряду. Як видається, саме такий підхід повинен бути збережений в оновленій редакції гл. 61 ЦК України (шляхом визначення ціни робіт та кошторису в окремих статтях), адже зазначені категорії не є ідентичними. Кошторис – це один із способів вираження ціни, тобто документ, який містить відомості про неї. Ціна ж може бути зафіксована в договорі без складання кошторису та є грошовою сумою, що належить до виплати підряднику за виконану ним роботу.

Водночас при здійсненні розрахунків за окремими видами договорів підряду (договір побутового підряду, договір будівельного підряду, договір на проведення проектних та пошукових робіт) поширеною є практика використання авансових платежів. Зокрема, у змісті договору передбачається розмір, порядок виплати, а також і відповідальність за несвоєчасність виплати авансу за кожен етап робіт.

¹ Окремі види договорів у сучасному законодавстві України : колективна монографія / за заг. ред. О. С. Кізлової, О. С. Кужко, Л. В. Діденко. Одеса : АйС-Принт, 2017. С. 104.

Це насамперед спрямовано на забезпечення належного виконання зобов'язань за договором, оскільки замовник вправі не оплачувати не завершений етап робіт, чим може стимулювати підрядника до дотримання строків та встановлених вимог щодо якості.

Разом з тим щодо виконання побутових робіт звертаємо увагу на те, що договір побутового підряду належить до публічних договорів (ч. 2 ст. 865 ЦК)¹. Публічний договір є узагальненою правовою конструкцією цивільно-правових договорів, які спрямовані на забезпечення потреб широкого кола споживачів у сферах роздрібної торгівлі, перевезення транспортом загального користування, надання послуг зв'язку, медичного, готельного, банківського обслуговування тощо².

Як відомо, підписання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони³ ухвалення інших документів, які визначають правові засади співпраці європейських структур з нашою державою, створило належні передумови для гармонізації українського законодавства з правом Євросоюзу, зокрема у сфері публічних договорів, які включають в себе й побутові зобов'язання. Отже, взявши на себе обов'язок поступової адаптації національного законодавства до *acquis* Європейського Союзу, свого перегляду (оновлення) та забезпечення ефективного виконання потребує й сфера публічних договорів, які послугують споживчі потреби.

Аналізуючи загальні засади договірної регулювання, звертаємо увагу на застосування окрім загальних принципів, які встановлені ст. 3 ЦК України, також принципу свободи вибору форми договору. Так, зокрема, у параграфі (1) ст. II. – 1:106 DCFR⁴ (так само як і в ст. 2:101(2)

¹ Термін «публічний договір» в ЦК України був введений вперше, оскільки ні ЦК УРСР 1963 року, ні ЦК 1922 року не містили такої його характеризуючої ознаки.

² Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності : навч. посіб. 2-ге вид., перев. і допов. К. : Юрінком Інтер, 2008. С. 57.

³ Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text (дата звернення 29.07.2021).

⁴ Draft Common Frame of Reference (DCFR). URL: https://www.trans-lex.org/400725/_/outline-edition-/ URL: (дата звернення: 29.07.2021).

PECL, ст. 1:303 Acquis Принципів¹, ст. 1.2. Принципів УНІДРУА²) закріплено відсутність формальних вимог для контракту чи іншого юридичного акту. Спеціальна форма договору може бути передбачена для конкретних видів договорів, але за загальним правилом немає жодної необхідності в письмовій формі договору, його реєстрації, чи ідентифікації нотаріусом. Наведені формальності можуть істотно затримувати виконання зобов'язань, особливо при укладенні міжнародних договорів. Виходячи з наведеного, а також з вимог, встановлених в ЦК України, Законі України «Про захист прав споживачів»³, доходимо висновку, що квитанція про оплату є підтвердженням факту укладення договору побутового підряду. При цьому відсутність у замовника цього документа не позбавляє його права залучати свідків.

Щодо виконання будівельних робіт окремим питанням є можливість розмежування етапу забезпечення будівництва та оплати робіт (ст. 879 «Забезпечення будівництва та оплата робіт»). Як видається, необхідно внести окремі уточнення в цій статті § 3 гл. 61 ЦК України, що дозволить зосередити увагу також на особливостях проведення розрахунків в іноземній валюті. Так, у межах цієї окремої статті доцільно деталізувати відображене у ст. 533 ЦК України загальне правило, за яким допускається використання іноземної валюти, а також платіжних документів в іноземній валюті при здійсненні розрахунків на території України за зобов'язаннями. Водночас, передбачивши спеціальне правило, що замовник вправі виконати взяті на себе зобов'язання із оплати проведених робіт у гривнях незалежно від небажання підрядника прийняти такий платіж.

Окремо в межах гл. 61 ЦК України підлягає збереженню закріплений у ст. 846 ЦК загальний підхід щодо визначення строків виконання робіт. Так, законодавець у ст. 846 ЦК України цілком слушно не встановлює вимоги про тривалість зазначених строків, оскільки

¹ Акти *acquis* Європейського Союзу URL: <https://www.kmu.gov.ua/diyalnist/ yevropejska-integraciya/pereklad-aktiv-acquis-yes>. URL: (дата звернення: 29.07.2021).

² Принципи міжнародних комерційних договорів (принципи УНІДРУА). URL: (дата звернення: 29.07.2021).

³ Закон України «Про захист прав споживачів». *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 30. Ст. 379 (в редакції від 05.06.2014 р.).

договором підряду охоплюється широке коло діяльності, кожен з видів якої має свою тривалість. З цієї причини цілком виправданим є віднесення визначення строків виконання роботи до дискреції сторін договору підряду, які мають узгоджувати їх зі своїми економічними інтересами, реалізуючи принцип свободи договору. Якщо ж сторони не визначили в договірному порядку строки виконання робіт, то відповідно до ч. 2 ст. 846 ЦК України підрядник зобов'язаний виконати роботу, а замовник має право вимагати її виконання в розумні строки відповідно до суті зобов'язання, характеру та обсягів роботи та звичаїв ділового обороту.

Відповідно до ст. 874 ЦК України, у разі нез'явлення замовника за одержанням виконаної роботи або іншого ухилення замовника від її прийняття, підрядник має право, письмово попередивши замовника, зі спливом двох місяців від дня такого попередження продати предмет договору побутового підряду за розумну ціну, а суму виторгу, з вирахуванням усіх належних підрядникові платежів, внести в депозит нотаріуса нотаріальної контори на ім'я замовника.

Колізія щодо строків попередження замовника є очевидною, адже якщо Правилами побутового обслуговування населення надається строк у шість місяців¹, то нормою ЦК України – у два місяці. Відповідно на практиці часто виникають спірні ситуації, у яких підрядник, не маючи чітких законодавчих вказівок, знаходиться у безвихідній ситуації. Вважається, що врегулювання відносин сторін за договором побутового підряду повинно здійснюватися за нормами споживчого законодавства та ЦК України.

ЦК України передбачив можливість кожній особі звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу (ст. 16 ЦК). Універсальність встановлених у наведеній статті способів захисту цивільних прав та інтересів полягає в тому, що вони застосовуються незалежно від виду та характеру самих прав та інтересів. Носій абсолютного права застосовує встановлені способи захисту

¹ Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження правил побутового обслуговування населення» від 16 травня 1994 р. № 313. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/313-94-%D0%BF#Text> (дата звернення 30.07.2021).

проти всіх і кожного, хто порушує його право, у тому числі й при порушенні підрядних відносин.

Аналізуючи ситуації, коли сторони не виконують належним чином своїх обов'язків, доцільно зазначити, що в сучасних умовах цивільно-правова відповідальність має зберігати своє значення вирішального чинника превентивного правового впливу на поведінку його сторін.

Оскільки ж цивільна відповідальність покликана забезпечити дотримання встановленого правопорядку, то справедливим буде твердження про те, що саме в захисті суб'єктивних цивільних прав учасників підрядних відносин і полягає призначення цивільно-правової відповідальності. Ефективність цивільно-правової відповідальності залежить передусім від її застосування до конкретних учасників підрядних правовідносин, винних у порушенні умов договору підряду. Керуючись принципом диспозитивності, потерпіла сторона самостійно вирішує, застосовувати чи не застосовувати міри відповідальності до правопорушника. Тобто застосування майнових і немайнових санкцій, у тому числі мір відповідальності, за чинним законодавством є правом, а не обов'язком суб'єктів цивільних правовідносин¹.

Відповідно при оновленні приписів гл. 61 ЦК України вочевидь існує об'єктивна потреба нормативно закріпити такий механізм цивільно-правової відповідальності сторін у підрядних зобов'язаннях, який, з одного боку, передбачав би засоби впливу на боржника, а з іншого – визначав би оптимальний порядок застосування вказаних правових засобів. Складовими цього механізму можуть бути: а) встановлені законом форми примусового застосування мір цивільно-правової відповідальності до боржника в підрядному зобов'язанні (у судовому порядку або шляхом вчинення виконавчого напису нотаріусом) та можливість добровільного виконання відповідного обов'язку; б) визначення правовими актами або договором підстав та умов такої відповідальності (зокрема, з виключенням у певних

¹ Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності : навчальний посібник. К. : Юрінком Інтер, 1999. С. 68.

встановлених у законі чи передбачених договором підяду випадках вини зі складу спеціальних умов відповідальності); в) передбачені в законодавстві особливості видів і конкретних мір цивільно-правової відповідальності (відшкодування збитків, стягнення неустойки, залишення завдатку чи сплата його подвійної суми; компенсація моральної шкоди); г) закріплення як загального правила відповідальності за дії третіх осіб (субпідрядників); ґ) утвердження принципу повного відшкодування збитків у підрядних зобов'язаннях як основоположної засади цивільно-правової відповідальності.

Наведені складові нівелюють існуючу проблему встановлення мір відповідальності в окремих видах підрядних договорів. Так, особливість відповідальності підрядника за договором підяду на проведення проектних та пошукових робіт полягає у відсутності конкретних санкцій, адже наведена стаття стосується питань відшкодування збитків виключно за недоліки, допущені підрядником при проведенні проектних та пошукових робіт. Зі змісту ст. 891 ЦК України випливає, що особливістю відповідальності підрядника є те, що він несе відповідальність після приймання-передачі результатів робіт за договором, у тому числі в ході будівництва, а також у процесі експлуатації об'єкта, створеного на підставі даних проектних та пошукових робіт. При виявленні недоліків у результатах таких робіт підрядник на вимогу замовника зобов'язаний безоплатно здійснити необхідні додаткові роботи, а також відшкодувати замовникові завдані збитки, якщо законом або договором не встановлено інше. Тобто законодавець по-іншому в порівнянні із загальними положеннями про підряд підходить до вирішення питання про відповідальність підрядника за договорами підяду на проведення проектних та пошукових робіт. Основна відмінність тут вбачається в тому, що підрядник відповідає як за недоліки результату робіт, виявлені згодом у ході будівництва, так і в процесі експлуатації цього об'єкта в майбутньому.

Така триваюча в часі можливість притягнення до цивільно-правової відповідальності підрядника дає підстави для висновку про особливі умови відповідальності останнього за завдані збитки, викликані допущеними недоліками в результатах проектних та пошукових робіт. Зважаючи на це, законодавець цілком доречно не передбачає

можливості обмеження відповідальності підрядника за допущені недоліки, адже останні можуть призвести до серйозних, навіть катастрофічних наслідків для життя і здоров'я населення, виробничих об'єктів, навколишнього природного середовища тощо. Цілком обґрунтовано з цього приводу пропонується до цивільної відповідальності підрядника за завдані збитки, викликані допущеними недоліками, застосовувати строки позовної давності за аналогією з ч. 3 ст. 322 ГК України, а саме: 10 років – у разі, якщо недоліки не могли бути виявлені в ході будівництва; 30 років – щодо відшкодування збитків, завданих замовникові чи третім особам протиправними діями підрядника, що призвели до руйнувань чи аварій¹.

Крім того, оскільки зміст цивільно-правової відповідальності полягає в покладенні на боржника певних обтяжень, безоплатне здійснення необхідних додаткових робіт, відповідно, не є додатковим обов'язком підрядника. Тому безоплатне здійснення таких робіт за цими різновидами договору підряду не слід розглядати як міру відповідальності. На підтвердження цього можна зазначити, що оскільки зобов'язання відповідно до ст. 526 ЦК України має виконуватися належним чином, то безоплатне перероблення проектно-кошторисної документації не є мірою відповідальності та потребує виключення з ч. 2 ст. 891 ЦК України. Більш того, ця стаття присвячена лише відповідальності підрядника за допущені недоліки у виготовленій документації, залишаючи поза увагою передбачення наслідків інших порушень зобов'язань.

Водночас у § 4 гл. 61 ЦК України також містяться окремі положення, що закріплюють можливість притягнення замовника до цивільно-правової відповідальності (за не передання або прострочення передання підрядникові технічних завдань та інших вихідних даних, використання результатів пошукових робіт на цілі, не передбачені договором, передання результатів робіт іншим особам тощо), що дозволяє підтримати висловлені в юридичній літературі міркування про доцільність доповнення § 4 гл. 61 ЦК України статтею

¹ Окремі види договорів у сучасному законодавстві України : колективна монографія / за заг. ред. О. С. Кізлової, О. С. Кужко, Л. В. Діденко. Одеса : Айс-Принт, 2017. С. 148.

про відповідальність замовника за допущені порушення договірних зобов'язань¹.

Підсумовуючи наведене, можемо констатувати, що підрядні правовідносини упорядковуються як на нормативному, так і на індивідуальному рівнях. За сучасних умов євроінтеграції шляхом індивідуального регулювання приватноправових відносин здійснюється розширення меж правового регулювання підрядних відносин за рахунок передання ініціативи їх учасникам. Превалювання індивідуального регулювання підрядних відносин обумовлено передусім застосуванням диспозитивного методу цивільно-правового регулювання. Саме тому переважна більшість норм гл. 61 ЦК України має диспозитивний характер, що в кінцевому рахунку спрямовано на збільшення питомої ваги індивідуального (договірного) регулювання. Відповідно підрядні правовідносини регулюються низкою цивільно-правових норм, які в сукупності доповнюють одна одну, що забезпечує їх функціональний зв'язок, зважаючи на можливість сторін взагалі відступити від закріплених правил та врегулювати зазначені відносини на власний розсуд.

5.5. СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ НЕДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ У ГАРМОНІЗОВАНИХ АКТАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА ТА ОСНОВНІ НАПРЯМИ УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ НЕДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН У ПРОЦЕСІ РЕКОДИФІКАЦІЇ ЦК

Сучасний мультирівневий процес уніфікації норм приватного права зумовив появу принципово нових моделей регулювання недоговірних зобов'язань. Йдеться про регламентацію відповідних відносин

¹ Лукасевич-Крутник І. С. Договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Львів, 2011. С. 169; Гуцуляк В. К. Договір підряду на проведення пошукових робіт за цивільним законодавством України : монографія. Київ, 2017. С. 216; Діба О. В. Договір підряду на проведення проектних робіт за цивільним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2018. С. 169.

як на міжнародному та національному рівнях, так і на рівні джерел «м'якого» права.

Механізм запровадження європейських стандартів у публічне та приватне право істотно відрізняється. Якщо в публічно-правовій сфері ці процеси характеризуються здебільшого імперативним характером, то в приватному праві вони здійснюються на інших засадах. У такому контексті важливу роль у формуванні загальних підходів до адаптації приватноправової системи України до права ЄС відіграють такі міжнародні організації як UNIDROIT, UNCITRAL, Гаазька конференція з міжнародного права та інші. Розроблені цими організаціями документи є важливим орієнтиром у подальшому вдосконаленні національних законодавств¹.

Серед міжнародних документів, які містять уніфіковані матеріальні норми щодо недоговірних зобов'язань, найбільший вплив на уніфікаційні та гармонізаційні процеси в Європі мають Принципи європейського деліктного права (Principles of European Tort Law – PETL).

Водночас проблематику недоговірних зобов'язань неможливо досліджувати у відриві від системоутворюючих інститутів приватного права – передусім інституту цивільно-правової відповідальності. Саме тому значний інтерес у контексті переосмислення усталених підходів до недоговірних зобов'язань становлять також Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (UN Convention on Contracts for International Sale of Goods – CISG), Принципи міжнародних комерційних контрактів UNIDROIT (Principles of International Commercial Contracts – PICC, Принципи UNIDROIT), Принципи європейського контрактного права (Principles of European Contract Law – PECL, Принципи Ландо), Принципи, визначення та модельні правила європейського приватного права. Проект Загальної системи координат (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference – DCFR).

Всі названі уніфікаційні документи справили значний вплив на національних законодавців Європи. Ідеї CISG, PICC, PETL, PECL, DCFR

¹ Кузнєцова Н. С. Стан та перспективи розвитку українського приватного права: вплив сучасних європейських тенденцій. Тенденції розвитку цивільного права у країнах Європи. Інформаційні матеріали. К. : ТОВ «Білоцерківдрук», 2018. С. 10.

були реалізовані, зокрема, в угорському, чеському та румунському цивільних кодексах. Так, наприклад, ЦК Угорщини в питаннях відшкодування шкоди в договірних зобов'язаннях дотримується положень CISG (ст. 79), Принципів UNIDROIT (ст. 7.1.7(1)), Принципів Ландо (ст. 8:108(1)), DCFR (ст. III – 3:104); у ньому закріплені положення названих міжнародних інструментів стосовно передбачення наслідків порушення договору (ст. 9:503 Принципів Ландо, ст. III – 3:703 DCFR і ст. 7.4.4 Принципів UNIDROIT). На положеннях Принципів Ландо та інших уніфікаційних міжнародних актів базується Проект реформи ЦК Латвії. На цих же позиціях формується концепція кодифікації та проект ЦК Словаччини¹.

Враховуючи наведені чинники, доречно розглядати проблему вдосконалення норм, які регламентують недоговірні зобов'язання, саме з позицій сучасних європейських підходів, передусім закріплених у PETL.

Сфера недоговірних зобов'язань є унікальною для приватного права, оскільки базується на непритаманних йому засадах імперативності. Таким чином, оновлення відповідного нормативного масиву потрібно здійснювати виважено, з використанням релевантного правового інструментарію.

Розглядаючи PETL як один із загальноєвропейських стандартів деліктного права, екстраполюючи його на українські правові реалії, необхідно визначитися, які положення PETL можуть бути використані при проведенні рекодифікації ЦК України.

За таких умов запозичення відповідних положень уніфікаційних актів до національного законодавства не повинно зводитися до «сліпого копіювання» заради бажання «бути в європейському тренді». Проведення рекодифікації за сучасним європейським сценарієм передбачає виважену рецепцію найкращих практик, які насправді полегшать процес правозастосування та якісно покращать національне цивільне законодавство.

Зауважимо, що в процесі оновлення нормативного масиву, присвяченого регламентації недоговірних відносин, повинні переслідуватися як концептуальні, так і менш «масштабні» цілі.

¹ Довгерт А. С. Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники і передумови для старту. *Право України*. 2019. № 1. С. 34–35.

Найважливішим концептуальним завданням удосконалення правового регулювання недоговірних відносин є перехід до пандектної системи деліктного права¹.

§ 5.39 Концепції оновлення ЦК України передбачає ґрунтовний перегляд норм § 1 Глави 82 ЦК «Загальні положення про відшкодування шкоди»².

Важко не погодитися з розробниками Концепції, що саме глава 82 ЦК відіграє визначальну роль у масиві норм, присвячених регламентації недоговірних зобов'язань.

На нашу думку, пандектна модель деліктного права в ЦК України дозволить врахувати запитову позицію національних судів та спростити процеси застосування та тлумачення відповідних правових норм.

Викладене дозволяє дійти висновку про обґрунтованість імплементації до § 1 Глави 82 ЦК окремих положень PETL, присвячених визначенню шкоди, що підлягає відшкодуванню (*Protected interests*, ст. 2:102); шкоди, яка не підлягає відшкодуванню (*Legitimacy of damage*, ст. 2:103); превентивним витратам (*Preventive expences*, ст. 2:104); доказуванню завдання шкоди (*Proof of damage*, ст. 2:105). Перспективним є закріплення в новій редакції ЦК безпосереднього причинно-наслідкового зв'язку та інших умов відповідальності (*Conditio sine qua non*, ст. 3:101; *Concurrent causes*, ст. 3:102; *Alternative causes*, ст. 3:103; *Potential causes*, ст. 3:104; *Uncertain partial causation*, ст. 3:105; *Uncertain causes within the victim's sphere*, ст. 3:106).

Апробованими часом та фундаментальними науковими дослідженнями є також положення Розділу III PETL – Загальні підстави відповідальності за завдану шкоду (*Bases of Liability*).

У контексті побудови принципово нової, пандектної системи деліктного права на рівні ЦК України зазначимо, що **подальша європеїзація національного цивільного законодавства передбачає кардинальний**

¹ Пандектна система є принципом побудови нормативно-правових актів, що передбачає виокремлення загальної та особливої частини в самостійні структурні підрозділи. При цьому загальна частина містить положення, які застосовуються до усіх інститутів. Пандектна система деліктного права передбачає наявність у законодавстві низки загальних понять: шкода, причинно-наслідковий зв'язок, вина тощо.

² Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртеК», 2020. С. 49.

перегляд низки теоретичних конструкцій, які є засадничими для сучасної української цивілістики. Безумовно, одним з таких «форпостів» є інститут цивільно-правової відповідальності.

Можемо констатувати, що PECTL спонукає переглянути усталені підходи до підстав деліктної відповідальності. Так, *підхід, реалізований у PECTL, не може співіснувати з конструкцією «склад цивільного правопорушення».*

Наведений підхід вбачається виправданим та науково обґрунтованим для сфери деліктного права. Термін «склад» означає взаємопов'язану комбінацію елементів, де відсутність принаймні одного елемента руйнує відповідний склад. Саме в такому значенні застосовується термін «склад кримінального правопорушення»: у науці кримінального права він визначається як сукупність об'єктивних і суб'єктивних ознак, що дозволяють кваліфікувати діяння як конкретне кримінальне правопорушення. Всі без виключення елементи «складу» є необхідними для такої кваліфікації.

Що ж стосується цивільно-правових деліктів, аналіз законодавства та судової практики свідчить про те, що деліктна відповідальність може мати місце у випадках правомірного завдання шкоди або незалежно від вини особи-правопорушника. Отже, навряд чи у наведеному контексті можна говорити про «склад»¹.

На окрему увагу заслуговує *питання розмежування мір відповідальності та мір захисту.* Так, спільним між мірами відповідальності та мірами захисту є одна з умов їх застосування – проти-правна поведінка особи. Особливістю мір відповідальності є те, що для їх покладення на правопорушника необхідно, аби його поведінка з суб'єктивної сторони характеризувалася виною. Щодо мір захисту, то їх покладення на правопорушника не пов'язується із суб'єктивним моментом².

¹ Отраднава О. О. Принципи Європейського деліктного права (PECTL) та їх вплив на «європеїзацію» деліктного законодавства України. Спогади про Людину, Вченого, Цивіліста (до 90-річчя від Дня народження професора Діни Василівни Бобрової); за заг. ред. Р. О. Стефанчука. К. : АртЕК, 2019. С. 229-230.

² Красавчиков О. А. Категории науки гражданского права. Избранные труды: в 2 т. Т. 2. М. : Статут, 2005, 494 с. (Классика российской цивилистики). С. 262.

Водночас наведений підхід викликає зауваження. Вочевидь, розуміння вини, притаманне публічному праву, не можна екстраполювати на сферу приватноправового регулювання. Виходячи з основної функції приватного права – компенсаційної, головним його завданням є поновлення порушеної сфери потерпілої особи (майнової або особистої немайнової). У цьому контексті визначення вини як психічного ставлення особи-правопорушника до наслідків своєї протиправної поведінки деякою мірою суперечить компенсаційній функції, не сприяє її ефективній реалізації. Для особи-кредитора (потерпілої особи) не має значення психічне ставлення боржника (особи-правопорушника) до наслідків протиправної поведінки. Основним питанням для кредитора є можливість повного та своєчасного відшкодування завданої майнової шкоди та компенсація моральної шкоди. При цьому поділ вини на форми – умисел та необережність також втрачає для приватного права сенс. Умисел береться до уваги в поодиноких випадках (наприклад, умисел потерпілого при вирішенні питання щодо відшкодування завданої йому шкоди – ч. 1 ст. 1193 ЦК України).

Зазначимо, що у PECTL реалізована об'єктивна концепція вини. Необережність означає не психологічне (внутрішнє) ставлення, а порушення «необхідного стандарту поведінки». Стаття 4:102 PECTL встановлює, що загальноновизнаними нормами поведінки вважаються стандарти поведінки розумної людини в конкретних обставинах.

Отже, визначення вини через поняття «загальноновизнані норми поведінки» більшою мірою відповідає духу цивільного права, ніж суб'єктивна концепція вини. Цивільне право, на відміну від кримінального, позбавлене механізму доказування психологічного (внутрішнього) ставлення. Таким чином, судді у цивільних справах можуть діяти лише за об'єктивними фактами та стандартами¹.

На увагу заслуговує і **співвідношення понять «вина» та «протиправність»**. Так, зарубіжна правова наука інакше підходить до визначення підстави та умов цивільно-правової відповідальності. Зокрема, французька доктрина загалом не сприймає виокремлення такої умови цивільно-правової відповідальності як протиправність. Зазвичай

¹ Отраднова О.О. Вказ. праця. С. 233.

протиправність включається до складу вина. Натомість у вітчизняній цивілістиці усталеним вважається вчення про склад цивільного правопорушення, складовими якого є і вина, і протиправність.

Наведена невідповідність пов'язується з підходами до визначення правової природи цивільно-правової відповідальності, зокрема до такої її ознаки як державний осуд. Інакше кажучи, якщо йдеться про обов'язок відшкодування шкоди, завданої третіми особами (наприклад, відшкодування шкоди, завданої малолітніми, неповнолітніми особами), то не може йтися про цивільно-правову відповідальність (у такому випадку йдеться про застосування мір захисту). Цивільно-правова відповідальність може наступати лише за вину.

Загалом у західноєвропейській правовій доктрині відсутній точний термінологічний еквівалент поняття «міра захисту». Водночас зарубіжні правопорядки передбачають спеціальні режими відшкодування шкоди. Більше того, майже усі міри впливу на правопорушника охоплюються поняттям «відповідальність».

У французькому цивільному праві будь-яка дія особи, що завдає шкоди, спричиняє обов'язок з її відшкодування. Для притягнення до відповідальності необхідно довести наявність вина, шкоди, причинно-наслідкового зв'язку. Вина може бути встановлена як при дії, так і при бездіяльності. Такий же критерій використовується в англійському праві. При цьому для французького цивільного права та правозастосовної практики не має кваліфікуючого значення усвідомлення суб'єктом деліктності своєї дії або бездіяльності, на відповідача також не покладається обов'язок доводити вжиття запобіжних заходів.

Таким чином, визначення умовами цивільно-правової відповідальності і протиправності, і вина обтяжує процес правозастосування та вносить низку неузгодженостей до цивілістичної доктрини. На нашу думку, категорія вина в розумінні приватного права (як модель належної поведінки учасника цивільних правовідносин) включає категорію протиправності: наявність вина особи в наведеному вище розумінні свідчить і про наявність протиправності в її діях/бездіяльності¹.

¹ Prytyka Yu., Khomenko M., Bulat Ie. The reform of Civil Legislation on Legal Liability. *Global Journal of Comparative Law*. 10 (2021). P. 105–122.

Зауважимо, що перегляд архаїчних підходів до інституту цивільно-правової відповідальності тривалий час відбувається в країнах Європи. Зокрема, після реформи французького договірної права у Франції розпочато другий етап модернізації цивільного законодавства – реформу цивільно-правової відповідальності. Трьома основними цілями реформи було визначено: 1) консолідацію законодавства; 2) врахування принципів позицій, які наразі активно обговорюються у професійному середовищі; 3) доповнення чинного законодавства низкою новел. Проект реформи по суті кодифікує принципи, напрацьовані діяльністю судів, з моменту набрання чинності ЦК Франції.

Переосмислення підходів до інституту цивільно-правової відповідальності відбулося і в Німеччині. Так, введення єдиного критерію для визначення відповідальності – «порушення зобов'язання», яке охоплює його невиконання та неналежне виконання та відповідає трактуванню «*non-performance*» у Принципах Ландо (§ 280 Німецького цивільного уложення, ст. 9:501 Принципів Ландо), дозволило реформувати німецьку систему способів правового захисту, яка раніше базувалася на численних типах порушень. Модифіковане Німецьке цивільне уложення закріпило правило уніфікаційних документів, відповідно до якого кредитор може на свій розсуд скористатися будь-яким способом правового захисту, який він вважатиме найоптимальнішим¹.

Зазначимо, що в Концепції оновлення ЦК України задекларовано доволі амбітну ціль – **змінити усталений підхід до співвідношення понять «правові наслідки порушення зобов'язання» та «відповідальність»**. Так, відповідно до § 5.22 Концепції пропонується виключити з назви Глави 51 ЦК словосполучення «відповідальність за порушення зобов'язання». Таким чином, до випадків порушення договірної зобов'язання пропонується використовувати категорію «правові наслідки невиконання зобов'язання». Водночас категорію «відповідальність» пропонується використовувати щодо випадків протиправного завдання шкоди².

¹ Довгерт А. С. Вказ. праця. С. 33.

² Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртеК», 2020. С. 43.

Ідея переходу на пандектну модель у регулюванні не лише деліктних, але й недоговірних зобов'язань загалом, передбачає **необхідність перегляду нормативних положень, присвячених підставам виникнення зобов'язань**. В аспекті викладеного слід звернути увагу на § 5.29 Концепції, згідно з яким запропоновано передбачити дві групи підстав виникнення зобов'язання: договір та інші підстави. У Концепції висловлено пропозицію закріпити відповідні правила на рівні нової Глави Книги п'ятої – «Підстави виникнення зобов'язання». При цьому необхідним та обґрунтованим є розширення переліку підстав виникнення недоговірних зобов'язань¹.

На окрему увагу заслуговує і **можливість застосування загальних положень про зобов'язання до регулювання недоговірних зобов'язань**. Так, загальним положенням про зобов'язання присвячені ст. ст. 509–625 ЦК. Водночас значна частина наведених норм (наприклад, норм про забезпечення виконання зобов'язання) не застосовуються до регламентації недоговірних зобов'язань. З метою вирішення наведеної проблеми розробниками Концепції оновлення ЦК України пропонується в ст. 509 ЦК зробити застереження про можливість застосування норм Розділу 1 Книги п'ятої до регулювання недоговірних зобов'язань, якщо інше не встановлено ЦК, договором, законом або не впливає із суті зобов'язання.

Одним з основних напрямів удосконалення правової регламентації недоговірних відносин у процесі оновлення ЦК є **визначення системи недоговірних зобов'язань**. Відповідь на питання «Чи потрібно модифікувати систему недоговірних зобов'язань в ЦК України?», на думку А. Довгерта, залежить від з'ясування правової природи та змісту окремих видів недоговірних зобов'язань, які не регламентовані в ЦК України, але присутні в зарубіжних джерелах. Зокрема, йдеться про такі недоговірні зобов'язання: використання чужого майна в інтересах інших осіб; обіцянка відшкодування збитків; шкода завдана інформацією чи порадою; недоброчесна конкуренція (ЦК Чехії); видача ордерного або на пред'явника

¹ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕК», 2020. С. 46.

цінного паперу (Німецьке цивільне уложення); *culpa in contrahendo* (Регламент «Рим II») тощо¹.

Однією з важливих проблем, яку слід вирішити за результатами рекодифікації цивільного законодавства, є **значна кількість відсилочних норм**, що регулюють недоговірні (передусім деліктні) зобов'язання.

Зазначимо, що переважна більшість законів, на які міститься посилення в ЦК, так і не були прийняті. Зокрема, Р. Стефанчук розглядає чинну редакцію ст. 1177 ЦК, відповідно до якої шкода, завдана фізичній особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення, відшкодується відповідно до закону, крізь призму «запублічення» приватного права. Таке запублічення відбувається не тільки шляхом встановлення позитивної домінанти інтересу держави, але й шляхом законодавчого розмивання обов'язків держави, яка в приватних відносинах визнається рівним учасником: замість безумовного обов'язку держави відшкодувати завдану в результаті злочину шкоду, введена ефемерна можливість відшкодувати шкоду, завдану фізичній особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення, відповідно до закону, якого, зрозуміло, немає. В результаті чого саме право на відшкодування є декларативним, а його здійснення – неможливим².

Досвід застосування ЦК національними судами свідчить про **існування проблеми в регулюванні відносин, пов'язаних із набуттям та збереженням майна без достатньої правової підстави**. Низка питань пов'язана із тлумаченням ст. 1212 ЦК (що мається на увазі під словосполученням «за рахунок іншої особи»? Яка підстава набуття майна вважається «достатньою»?). Проблеми із застосуванням норм Глави 83 ЦК виникають також і в контексті визначення правових наслідків недійсності правочину. У зв'язку з викладеним доцільним

¹ Довгерт А. С. Система недоговірних зобов'язань. *Новітні тенденції зобов'язального права (Матвеевські цивілістичні читання)* : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Київ, 26 жовтня 2018 року. К. : ТОВ «Білоцерківдрук», 2019. С. 36–37.

² Стефанчук Р. О. «Запублічення» приватного права: здані позиції та перспективні втрати. *Юридичні особи публічного права: участь у цивільному обороті (Матвеевські цивілістичні читання)* : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Київ, 8 листопада 2016 року. К. : ТОВ «Білоцерківдрук», 2016. С. 117.

вбачається урахування досвіду DCFR. Так, ст. II. – 7:303 «Наслідки нікчемності або оспорення договору» передбачає, що питання про те, чи має будь-яка зі сторін право вимагати грошової компенсації або повернення переданого або наданого на підставі договору або частини договору, який є нікчемним або оспорюваним, вирішується відповідно до правил про безпідставне збагачення. Водночас наслідки нікчемності або оспорюваності, що стосуються права власності на майно, передане на підставі нікчемного або оспорюваного договору або його частини, регулюються правилами про передачу майна. При цьому положення наведеної статті DCFR застосовуються з урахуванням права суду змінити договір або його наслідки.

В аспекті оновлення нормативного масиву, присвяченого регламентації недоговірних відносин, необхідно здійснити **перегляд системи спеціальних деліктів**, передбачених Главою 82 ЦК України. Зокрема, йдеться про необхідність доповнення чинного ЦК положеннями щодо: 1) відшкодування шкоди, завданої шкідливим програмним забезпеченням; 2) відшкодування шкоди, завданої вірусами та іншими біологічними організмами; 3) відшкодування шкоди, завданої робототехнікою та штучним інтелектом; 4) відшкодування шкоди, завданої малолітніми особами, які перебували під наглядом закладу освіти; 5) відшкодування шкоди, завданої руйнуванням будівлі або споруди, що перебувала у неналежному технічному стані; 6) відшкодування шкоди, завданої інформацією чи порадою; 7) відшкодування шкоди, завданої порушенням правил добросусідства; 8) відшкодування шкоди, завданої навколишньому природному середовищу; 9) відшкодування шкоди, завданої внаслідок зловживання правом.

Ще одним викликом, який постає перед цивілістичною спільнотою та законодавцем, можна визначити інститут колективних позовів. За нашим прогнозом, протягом найближчих 5–10 років **об'єктивація колективних позовів** у цивільних матеріальних кодексах вже не здивує нікого. Інститут колективного позову є розвиненим інструментом захисту прав та інтересів у європейському праві, впровадженню та гармонізації якого приділяється значна увага на рівні права ЄС (Рекомендації Європейської Комісії 2013/396/ЄС від 11 червня 2013 року про спільні принципи та механізми для колективних

позовів з припинення порушень та колективних позовів про компенсацію, пов'язаних з порушенням прав, що надані у відповідності до законодавства¹; Зелена книга про колективні позови споживачів²; Звіт Європейської Комісії щодо послідовного європейського підходу до колективних позовів³).

На увагу заслуговує питання **відшкодування шкоди, завданої здоров'ю при виконанні договору**. Доволі популярним трендом сучасного деліктного права у світі є положення, відповідно до якого відшкодування шкоди, завданої здоров'ю (*compensation of personal injuries*), повинно здійснюватися за правилами деліктної відповідальності, навіть якщо шкода була завдана внаслідок виконання договору. На нашу думку, відповідне правило повинно бути передбачене в ЦК України за результатами рекодифікації.

Зауважимо, що результатом рекодифікації недоговоріних зобов'язань має бути перегляд не тільки норм підрозділу 2 Розділу 3 Книги п'ятої ЦК. **Проблематику недоговоріних зобов'язань необхідно розглядати в комплексі з суміжними питаннями** (передусім з підходами до реформування інституту цивільно-правової відповідальності). Так, необхідно здійснити комплексний перегляд підходів до змісту низки статей усіх Книг ЦК.

Зокрема, у Книзі першій концептуальному переосмисленню підлягає ст. 13 «Межі здійснення цивільних прав»; ст. 16 «Захист цивільних прав та інтересів судом»; ст. 21 «Визнання незаконним правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування»; ст. 22 «Відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди»; ст. 23 «Відшкодування моральної шкоди»; Глава 11 «Відповідальність

¹ Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law (2013/396/EU). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=EN>

² Green Paper on Consumer Collective Redress. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0794&from=EN>

³ Report on 'Towards a Coherent European Approach to Collective Redress' (2011/2089(INI)). URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2012-0012+0+DOC+PDF+V0//EN>

за зобов'язаннями держави, Автономної Республіки Крим, територіальних громад»; підходи до визначення правових наслідків недійсності правочину (ст. 216). У Книзі другій слід переглянути ст. 275 «Захист особистого немайнового права»; ст. 276 «Поновлення порушеного особистого немайнового права»; ст. 277 «Спростування недостовірної інформації»; ст. 278 «Заборона поширення інформації, якою порушуються особисті немайнові права»; ст. 279 «Правові наслідки невиконання рішення суду про захист особистого немайнового права»; ст. 280 «Право фізичної особи, особисте немайнове право якої порушено, на відшкодування шкоди». У Книзі третій необхідно істотно переглянути норми Глави 29 «Захист права власності». У Книзі четвертій обґрунтованим видається перегляд ст. 431 «Наслідки порушення права інтелектуальної власності»; ст. 432 «Захист права інтелектуальної власності судом». У Книзі п'ятій системного оновлення вимагає низка норм Глави 51 «Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання»; низка норм Глави 53 «Укладення, зміна і розірвання договору» (перш за все, ст. 649 «Вирішення переддоговірних спорів» та ст. 653 «Правові наслідки зміни або розірвання договору»).

В аспекті викладеного можемо констатувати, що приписи підрозділу 2 Розділу 3 Книги п'ятої ЦК знаходяться в логічному системному зв'язку з наведеними вище нормами.

У процесі рекодифікації ЦК має бути проведена **ревізія низки актів спеціального законодавства**. Так, кардинальному перегляду підлягає Закон України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» 1994 р. та Закон України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» 1996 р.¹

На окрему увагу заслуговує **можливість закріплення в ЦК інституту переддоговірної відповідальності**. Так, забезпечення стабільності цивільного обороту, лібералізація умов ведення бізнесу та необхідність посилення захисту прав та інтересів слабкої сторони

¹ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕК», 2020. С. 53.

правовідношення вимагають імплементації до ЦК норм, які передбачали б відповідальність недобросовісного учасника на стадії до вступу у договірні правовідносини¹. Йдеться, зокрема, про відповідальність за недобросовісне ведення переговорів, забезпечення можливістю юрисдикційного захисту меморандумів, протоколів про наміри тощо. За своєю правовою природою переддоговірна відповідальність має визначитися як відповідальність за зловживання правом. Необхідно зазначити і про дуалістичну природу переддоговірної відповідальності: така міра переддоговірної відповідальності як відшкодування втрати можливості може бути ототожнена з упущеною вигодою.

У наведеному контексті обґрунтованим вбачається запозичення досвіду DCFR (норми Розділу 3 Глави 3 Книги II DCFR – ст. II. – 3:301 та ст. II. – 3:302). Йдеться про визначення переддоговірної відповідальності як відповідальності за недобросовісне та (або) нечесне ведення переговорів.

Також в аспекті викладеного значний інтерес становить досвід реформування інституту цивільно-правової відповідальності у Франції. Зокрема, чинна редакція ЦК Франції не звільняє учасника переговорів від відповідальності за збитки, завдані іншим учасникам своїми винними діями на будь-якій стадії переговорів. Водночас абз. 2 ст. 1112 ЦК Франції передбачає, що відшкодування збитків, завданих на стадії переговорів, не може мати на меті компенсацію неотримання тих доходів, які очікувалися в результаті неукладеного договору (така відповідальність має недоговірну природу, якщо лише сторони переговорів не уклали між собою угоду, що регламентує їх відносини при веденні переговорів).

¹ Інституту переддоговірної відповідальності приділяється значна увага у вітчизняній цивілістиці (див., напр.: Майданик Н. И. Преддоговорная ответственность в гражданском праве. Альманах цивилистики : сборник статей / под ред. Р. А. Майданика. Киев, 2008. Вып. 1. С. 92–118; Квіт Н. М. Переддоговірна відповідальність або «culpa in contrahendo» як перспектива для України. *Право і суспільство*. № 1. 2015. С. 80–85; Старинець К. О. Питання переддоговірної відповідальності в міжнародно-правових уніфікованих документах. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія «Право». Вип. 33. Том 1. 2015. С. 162–165; Карнаух В. С. Правове регулювання переддоговірних відносин в ЄС та Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2017. 20 с.; Каззафарова І. С., Федорко М. С. Інститут переддоговірної відповідальності в світлі рекодифікації цивільного законодавства України. *Правова держава*. № 40, 2020. С. 74–83).

Окремо зазначимо, що удосконалення правового регулювання недовірних відносин у процесі рекодифікації ЦК повинно передбачати системний підхід до низки універсальних конструкцій зобов'язального права. Як приклад можна навести **правові наслідки невиконання зобов'язання**. У наведеному контексті актуальною є імплементація положень, закріплених у Главі 3 Книги III DCFR – «Способи захисту на випадок невиконання» («*Remedies for non-performance*»), яка передбачає можливість кредитора скористатися будь-яким передбаченим в ній способом захисту, якщо зобов'язання не виконано боржником і невиконання не має виправдання (ст. III. – 3:101 DCFR). Значний інтерес також становлять підходи, закріплені у наступних статтях DCFR: III. – 3:102 «Поєднання способів захисту» («*Cumulation of remedies*»), III. – 3:106 «Повідомлення про невиконання»; III. – 3:107 «Невиконання обов'язку повідомити про недолік»; III. – 3:108 «Підприємець, який не може виконати замовлення споживача, отримане за допомогою дистанційних комунікацій». Доречно розглянути можливість імплементації до Глави 51 ЦК низки інших норм Книги III DCFR. Йдеться, зокрема, про статті III. – 3:202 «Усунення недоліків боржником: загальні положення»; III. – 3:203 «Випадки, коли кредитор не зобов'язаний надавати боржникові можливість виправити недоліки»; III. – 3:204 «Наслідки надання боржнику можливості усунути недоліки»; III. – 3:301 «Примушування до виконання грошових зобов'язань» («*Enforcement of monetary obligations*»); III. – 3:302 «Примушування до виконання негрошових зобов'язань» («*Enforcement of non-monetary obligations*»); III. – 3:303 «Збереження права на відшкодування збитків».

При перегляді усталених підходів до розрахунку розміру збитків, завданих невиконанням зобов'язання, слід також використати досвід DCFR (перш за все, положення Розділу 7 «Збитки і відсотки» Книги III). Обґрунтованою також є імплементація до ЦК України клаузули передбачуваності («*Foreseeability*»). Так, відповідно до ст. III. – 3:703 боржник за зобов'язанням, яке виникає із договору чи іншого правочину, відповідає лише за ту шкоду, яку він передбачав або міг розумно передбачити, у момент виникнення зобов'язання, як вірогідного результату його невиконання, за винятком тих випадків, коли зобов'язання було порушено умисно, а також внаслідок недбалості або грубої недбалості боржника.

На увагу при проведенні рекодифікації цивільного законодавства України заслуговує і **термінологічно-категоріальний апарат нормативно-правових актів (передусім ЦК)**. В аспекті реформування недоговірних зобов'язань обґрунтованою є відмова від термінів і категорій, характерних для тих чи інших правових систем, та використання загальноприйнятих категорій (наприклад «перешкода поза контролем» – *impediment beyond control*).

Викладене дозволяє дійти висновку, що основною рушійною силою перегляду підходів до регулювання недоговірних зобов'язань є триваючий в Україні процес рекодифікації цивільного законодавства. Аналіз численних змін і доповнень, які протягом тривалого часу вносилися до ЦК України, свідчить, що далеко не завжди вони були достатньо обґрунтованими, а здебільшого носили безсистемний характер. За таких умов має бути проведена повна ревізія внесених змін і доповнень до ЦК України і загалом здійснений аналіз його положень з точки зору сучасних потреб регламентації цивільно-правових відносин¹.

Сьогодні у світі на міжнародному та національному рівнях напрацьовані принципово нові правові документи, ідеї та модельні норми яких можуть слугувати матеріалом для удосконалення ЦК України в частині регулювання недоговірних відносин. Серед цих документів можна назвати, зокрема, нові (чи модифіковані у відповідних частинах) цивільні кодекси Франції, Чехії, Угорщини, Румунії, Молдови та інших країн, DCFR, PETL, PECL, Принципи UNIDROIT, Регламент «Рим II» тощо.

Удосконалення правової регламентації недоговірних відносин у процесі рекодифікації ЦК передбачає вирішення низки актуальних питань.

Основним завданням удосконалення правового регулювання недоговірних відносин є перехід до пандектної системи (передусім деліктного права).

Процес рекодифікації цивільного законодавства України повинен вплинути на доктринальне переосмислення низки теоретичних конструкцій, які є засадничими для сучасної української цивілістики. Викладене стосується, зокрема, конструкції «склад цивільного

¹ Кузнєцова Н. С. Вказ. праця. С. 8.

правопорушення», питання розмежування мір відповідальності та мір захисту, співвідношення понять «вина» та «протиправність».

За результатами оновлення нормативного масиву, присвяченого регламентації недоговірних відносин, повинен бути змінений усталений підхід до співвідношення понять «правові наслідки порушення зобов'язання» та «відповідальність»; здійснений перегляд нормативних положень, присвячених підставам виникнення зобов'язань; переглянута система недоговірних зобов'язань та система спеціальних деліктів; вирішена низка проблем у регулюванні кондикційних зобов'язань; здійснена ґрунтовна ревізія низки актів спеціального законодавства, що регулюють недоговірні відносини.

У процесі рекодифікації цивільного законодавства підлягають радикальному переосмисленню й інші питання, безпосередньо пов'язані з проблематикою недоговірних зобов'язань: особливості відповідальності у сфері корпоративних відносин; методика розрахунку розміру моральної шкоди; проблеми, пов'язані з об'ємом, розміром та порядком відшкодування шкоди, завданої у сфері кримінального судочинства; можливість відшкодування збитків, що виникли у випадку настання визначених у договорі обставин; основні підходи до визначення вини юридичної особи тощо.

Підсумовуючи викладене, можна констатувати, що в процесі оновлення цивільного законодавства України повинні бути максимально враховані положення міжнародних уніфікаційних документів, оскільки вони є продуктом сучасної світової приватноправової думки¹.

¹ Кузнєцова Н. С. Вдосконалення положень про цивільно-правову відповідальність у контексті гармонізації із європейським приватним правом. *Новітні тенденції зобов'язального права (Матвеевські цивілістичні читання)* : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Київ, 26 жовтня 2018 року. К. : ТОВ «Білоцерківдрук», 2019. С. 24.

Розділ 6

Регулювання корпоративних відносин цивільним законодавством

Питання про поняття, правову природу та елементи корпоративних відносин відносяться до дискусійних у правовій науці. Слід насамперед відзначити, що єдність серед науковців відсутня стосовно того, до якої галузі права належать такі відносини: до цивільного права, до господарського, чи, можливо, вони є предметом регулювання кількох галузей права.

Комплексний підхід до корпоративних відносин, коли учасники таких відносин мають різні за характером права та обов'язки, у тому числі цивільні, трудові, фінансові, адміністративні, демонструють такі науковці як В. М. Кравчук¹ та О. Р. Кібенко² У світлі такого підходу О. Р. Кібенко схильна розмежовувати внутрішні та зовнішні корпоративні відносини: якщо перші є приватноправовими, то другі можуть мати публічно-правовий характер³.

Представники доктрини господарського права наполягають на визнанні корпоративних правовідносин господарськими. До таких науковців, зокрема, можна віднести В. С. Щербину⁴, О. М. Вінник⁵,

¹ Кравчук В. М. Корпоративне право : науково-практичний коментар законодавства та судової практики. К. : Істина, 2005. С. 8–9.

² Кибенко Е. Р. Корпоративное право Украины : учеб. пособие. Х. : Эспада, 2001. С. 40–46.

³ Там само. С. 40–46.

⁴ Щербина В. С. Правова природа корпоративних відносин. *Українське комерційне право*. 2006. № 7. С. 10–14.

⁵ Вінник О. М. Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарських товариствах : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.04. К., 2004. 32 с.

С. В. Батрина¹, І. В. Лукач². Аргументами, які називаються на користь кваліфікації корпоративних відносин як господарсько-правових, є: поєднання елементів майнового та організаційного характеру; виникнення відносин не лише між самостійними суб'єктами права, а й між органами товариства; побудова корпоративних відносин за вертикаллю³. При цьому стосовно можливості участі в корпоративних відносинах органів господарських товариств як самостійних суб'єктів права в доктрині господарського права також лунають різні думки вчених. Наприклад, О. В. Гарагонич вважає, що органи акціонерного товариства, виконуючи функції з реалізації господарських прав і виконання господарських обов'язків товариства, не можуть вступати в господарські відносини як самостійні учасники⁴. Цю позицію вчений обґрунтовує тим, що орган акціонерного товариства є частиною товариства, а не самостійним суб'єктом права⁵. Натомість, на думку науковця, у корпоративні відносини з акціонерним товариством вступають не органи товариства, а суб'єкти, які виконують функції органів⁶.

Свою чергою, до представників доктрини цивільного права, які вважають корпоративно-правові відносини цивільно-правовими, належать Н. С. Кузнецова⁷, І. В. Спасибо-Фатеева⁸, Є. О. Харитонов⁹,

¹ Батрин С. В. Корпоративні правовідносини у господарському праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04. К., 2012. 20 с.

² Лукач І. В. Теоретичні проблеми правового регулювання корпоративних відносин в Україні : моногр. К. : Ліра-К, 2015. С. 117.

³ Вінник О. М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення : монографія. К. : Аттіка, 2003. С. 134.

⁴ Гарагонич О. В. Корпоративна природа правовідносин між акціонерним товариством і суб'єктами, які виконують функції його органів. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія: Право. Випуск 42. 2017. С. 113.

⁵ Там само. С. 110.

⁶ Там само. С. 113.

⁷ Кузнецова Н. С. Поняття, ознаки і класифікація корпоративних спорів. *Правовий тиждень*. URL: http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&new_sid=120329.

⁸ Спасибо-Фатеева І. В. Вчення про корпоративні права і цивільнична доктрина. *Право України*. 2014. № 6. С. 84–92.

⁹ Харитонов Є. О., Харитонова О. І. Цивільні правовідносини : навч. посіб. К. : Істина, 2008. С. 189.

О. І. Харитоновна¹. Однією з основних причин кваліфікувати корпоративні правовідносини як цивільні вважається заснованість таких відносин, як і будь-яких інших цивільних правовідносин, на юридичній рівності, майновій самостійності, вільному волевиявленні їх учасників. Як відомо, цивільні відносини ґрунтуються на таких засадах відповідно до статті 1 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України. У цьому контексті В. В. Луць відзначає, що для регулювання таких відносин застосовується цивільно-правовий метод юридичної рівності сторін². Цей аргумент на користь віднесення корпоративних відносин до ряду цивільних є одним з найосновніших, але не єдиним. Виходячи із передбаченого в статті 2 ЦК України переліку учасників цивільних відносин, є обґрунтовані підстави вважати, що до них відносяться в тому числі учасники корпоративних відносин, зокрема, учасники підприємницьких товариств, які, об'єднавшись на добровільних засадах, мають право приймати рішення щодо діяльності таких товариств. Зміст прав учасників підприємницьких товариств, у тому числі господарських товариств, розкривається в главах 7 та 8 ЦК України, що є ще одним аргументом на користь цивільно-правової природи таких відносин (прав)³.

Втім, попри існування істотних розбіжностей між поглядами науковців щодо правильного розуміння корпоративних відносин і обрання належного підходу до їх кваліфікації, у цій публікації ми не будемо обширно обговорювати питання галузевої належності корпоративних відносин, а також різноманіття доктринальних підходів до їх визначення і тлумачення. Дана публікація має на меті насамперед аналіз джерел цивільного законодавства, які регулюють корпоративні відносини, оскільки незалежно від того, який із зазначених підходів до галузевої належності корпоративних прав і корпоративних відносин обрати, безспірним залишається факт регулювання корпоративних відносин цивільним законодавством, про що свідчить, серед іншого,

¹ Харитоновна О. І. Категорія корпоративних правовідносин у контексті цивільних організаційних правовідносин. *Наукові праці НУ ОЮА*. 2011. Т. 10. С. 324–334.

² Корпоративне право України: підручник / В. В. Луць, В. А. Васильєва, О. Р. Кібенко, І. В. Спасибо-Фатєєва та ін.; за заг. ред. В. В. Луця. К. : Юрінком Інтер, 2010. С. 10.

³ Цікало В. Засади здійснення та захисту корпоративних прав: поняття й види. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 6. С. 62.

наявність глав 7 та 8 ЦК України. Дослідження розвитку, поточного стану, тенденцій та перспектив правового регулювання корпоративних відносин в Україні цивільним законодавством є актуальним з огляду на перспективи оновлення ЦК України.

Поняття та зміст корпоративних відносин за законодавством України

Натепер визначення корпоративних відносин передбачене в статті 167 Господарського кодексу (*далі* – ГК) України, яка зазначає, що корпоративні права – це права особи, частка якої визначається в статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами. Своєю чергою, під корпоративними відносинами розуміються відносини, що виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав (ч. 4 ст. 167 ГК України).

Крім ГК України, визначення корпоративних прав можна віднайти також у п. 8 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про акціонерні товариства», де поряд із вказівкою на наявні у володільців корпоративних прав правомочності (право на участь в управлінні господарською організацією, право на отримання певної частини прибутку та активів у разі ліквідації організації, інші правомочності, передбачені законом чи статутними документами), є також вказівка на характер таких прав (майновий чи немайновий), що узгоджується із розумінням корпоративних прав (правовідносин) як цивільно-правових, оскільки стаття 1 ЦК України прямо відсилає до двох видів цивільних відносин: майнових та особистих немайнових. З цього приводу слід відзначити, що в літературі також акцентується увага на наявності так званих організаційних (управлінських) ознак у корпоративних відносинах, які, хоч і не згадуються в статті 1 ЦК України, але теж поглинаються цивільними відносинами¹.

¹ Цікало В. Засади здійснення та захисту корпоративних прав: поняття й види. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 6. С. 64.

Наявність особливих організаційних ознак у корпоративних відносинах не дозволяє віднести їх до інших видів цивільних відносин, зокрема речових та зобов'язальних. Корпоративні права характеризуються, зокрема, тим, що є «правами з акції (частки)», а не «правами на акції (частки)». У зв'язку з цим, наприклад, право власності на акцію в акціонерному товаристві або право на частку в статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю не носять корпоративно-правового характеру, хоча й пов'язані зі здійсненням корпоративних прав, а також з їх набуттям та припиненням. Особливий організаційний характер корпоративних відносин, викликаний участю в корпоративних організаціях або з управлінням ними, дозволяє виокремити їх в окремий вид цивільних відносин, поряд із суто особистими немайновими відносинами щодо особистих немайнових прав, відносинами інтелектуальної власності та відносинами щодо інших засобів індивідуалізації, відносинами щодо права власності та інших речових прав, договірними та іншими зобов'язальними відносинами.

Незважаючи на те, що в термінології ЦК України безпосередньо не живається поняття «корпоративні права» чи «корпоративні відносини», заперечувати наявність в ЦК України положень, які б стосувалися корпоративних прав (відносин), видається недоречним і безперспективним.

Стаття 116 ЦК України, у якій йде мова про права учасників господарських товариств, забезпечує нормативне закріплення належних учасникам товариств корпоративних прав, у тому числі право брати участь в управлінні товариством у порядку, визначеному в установчому документі, крім випадків, встановлених законом, право брати участь у розподілі прибутку товариства і одержувати його частину (дивіденди), право вийти у встановленому порядку з товариства, право одержувати інформацію про діяльність товариства в порядку, встановленому установчим документом. З-поміж передбачених у ст. 116 ЦК України прав, не можна визнати суто корпоративним лише право здійснити відчуження частки (її частини) у статутному (складеному) капіталі товариства, цінних паперів, що засвідчують участь у товаристві, у порядку, встановленому законом. Зазначене

право відчуження частки (її частини) у статутному (складеному) капіталі товариства характеризує правомочність розпорядження і відноситься до однієї з правомочностей у тріаді права власності (ч. 1 ст. 317 ЦК України). Водночас право відчуження частки (її частини) у статутному (складеному) капіталі товариства тісно пов'язане з реалізацією корпоративних прав, а тому в судовій практиці свого часу було висловлено позицію про те, що спори про переведення на акціонерів прав та обов'язків покупця акцій у зв'язку з порушенням їхнього переважного права на придбання акцій є корпоративними¹. Із вказаним підходом не можна однозначно погодитися, оскільки відносини з купівлі-продажу частки в статутному (складеному) капіталі товариства за характером є зобов'язальними, заснованими на договорі, а не корпоративними, відтак і спори щодо переведення прав та обов'язків покупця через порушення переважного права учасника (акціонера) не можуть вважатись корпоративними.

Отже, ЦК України є одним з головних нормативно-правових актів, де закріплено перелік та розкривається зміст корпоративних прав, а також у якому міститься правове регулювання важливих аспектів корпоративних відносин. При цьому, як зазначається в ст. 4 ЦК України, ЦК України є основним актом цивільного законодавства України. Поряд з ЦК України, за змістом ст. 4 ЦК України систему цивільного законодавства України складають: інші закони України, які приймаються відповідно до Конституції України та ЦК України; акти Президента України у випадках, встановлених Конституцією України; постанови Кабінету Міністрів України; нормативно-правові акти інших органів державної влади та влади Автономної Республіки Крим.

Розвиток та поточний стан цивільного законодавства України у сфері регулювання корпоративних відносин

Умовно історію розвитку цивільного законодавства, яким регулюються корпоративні відносини, можна розділити на період до набрання чинності ЦК України та після набрання чинності ЦК України.

¹ Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 25.02.2016 № 4 «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних відносин». *Вісник господарського судочинства*. 2016. № 1. Стор. 72. П. 1.4.

До набрання чинності ЦК України, тобто до 1 січня 2004 року, діяв ЦК УРСР від 18 липня 1963 р. Глава 2 розділу 1 ЦК УРСР «Загальні положення» передбачала правове регулювання створення та діяльності юридичних осіб (статті 23–40), у тому числі поняття юридичної особи, види юридичних осіб, окремі статті, присвячені статуту (положенню) юридичної особи, правоздатності, найменуванню та органам юридичних осіб, місцезнаходженню юридичних осіб, філіям і представництвам юридичних осіб, їх відповідальності та припиненню, а також порядку використання майна, що залишилося після ліквідації державно-кооперативних, кооперативних та інших громадських організацій. На відміну від ЦК України 2003 року, ЦК УРСР передбачав меншу кількість норм, що стосувались окремих видів чи організаційно-правових форм юридичних осіб. Стаття 24 ЦК УРСР, яка окреслювала види юридичних осіб, стосувалася насамперед державних підприємств, установ та організацій, тоді як юридичні особи, у подальшому названі в ЦК України юридичними особами приватного права, прямо не згадувалися за текстом ЦК УРСР. У ЦК УРСР був відсутнім поділ на юридичні особи приватного та публічного права, юридичних осіб приватного права – на товариства і установи, товариств – на підприємницькі і непідприємницькі, а підприємницьких товариств – на господарські товариства і виробничі кооперативи.

Загалом слід відзначити, що корпоративні відносини як відносини, що стосувалися динаміки прав з акції (частки) у статутному (складеному) капіталі товариства, не були характерними для права УРСР та СРСР. Акції, що охоплювалися поняттям «фондові цінності», не перебували у вільному обігу та відповідно до статті 129 ЦК УРСР могли бути придбані лише в порядку і межах, встановлених законодавством Союзу РСР. Зародки нових корпоративних відносин почали виникати в другій половині 1980-х рр., з появою нових організаційно-правових форм юридичних осіб і відповідно руйнацією всієї системи соціалістичних відносин.

Будучи правонаступником УРСР, Україна почала офіційно існувати як незалежна і демократична держава з 24 серпня 1991 року¹.

¹ Постанова Верховної Ради Української Радянської Соціалістичної Республіки «Про проголошення незалежності України» від 24 серпня 1991 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1427-12>

У 1991 році було прийнято чимало важливих законодавчих актів, у тому числі Закони України «Про власність», «Про цінні папери та фондову біржу» та «Про господарські товариства»¹. Останній склався з 83 статей, які регулювали порядок створення та діяльність товариств з обмеженою відповідальністю, товариств з додатковою відповідальністю, акціонерних товариств, повних товариств та командитних товариств. Попри те, що закладені в Законі України «Про господарські товариства» нововведення передбачали створення нових ринкових організаційно-правових форм юридичних осіб, з часом стало зрозуміло, що закону бракувало механізмів ринкових стримувань та противаг, а керівництво новостворених товариств відповідно до закону надіялося надширокими повноваженнями².

У 1992 році було прийнято Закони України «Про приватизацію майна державних підприємств» та «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)», з набранням чинності яких пов'язується початок приватизації в Україні³. За змістом статей 22, 24, 25 Закону України «Про приватизацію майна державних підприємств», одним з основних способів приватизації державних підприємств була передача майна громадянам України за допомогою приватизаційних майнових сертифікатів. Така масова приватизація не призвела до очікуваних результатів, не принісши ані значних доходів державному бюджету, ані поліпшення корпоративного управління підприємств⁴. За таких обставин, керівники та пов'язані особи підприємств використали недоліки законодавства з тим, щоб набути контроль

¹ Закон України «Про власність» від 7 лютого 1991 року № 697-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/697-12>; Закон України «Про цінні папери та фондову біржу» від 18 червня 1991 року № 1201-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1201-12>; Закон України «Про господарські товариства» від 19 вересня 1991 року № 1576-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1576-12>

² Yefymenko AP, 'Corporate Governance under Ukraine's New Joint Stock Company Law'. URL: <http://ssrncom/abstract=1387360>

³ Закон України «Про приватизацію майна державних підприємств» від 4 березня 1992 року № 2163-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2163-12>; Закон України «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)» від 6 березня 1992 року № 2171-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2171-12>

⁴ Фролов П, «Приватизація в Україні: ретроспективи та перспективи». *Дзеркало тижня*. № 10 (17 березня-23 березня). URL: https://dt.ua/macrolevel/privatizaciya-v-ukrayini-retrospektivi-ta-perspektivi-272273_.html

над приватизованими підприємствами через розмиття акцій та непрозорі схеми викупу акцій, придбаваючи акції за ціною, нижче ринкової¹. У результаті такої політики корпоративізовані підприємства спочатку мали велику кількість акціонерів, але з часом капітал таких товариств набув ознак концентрованого. Міноритарні акціонери, які не продали свої акції, володіли недостатніми обсягами акцій, щоб мати можливість впливати на прийняття рішень у товариствах. Разом з тим, за інформацією з різних джерел, кількість таких міноритарних акціонерів була значною, досягаючи 15 мільйонів осіб².

Прийнята 28 червня 1996 року Конституція України заклала фундамент для подальшого розвитку та оновлення цивільного законодавства, у тому числі основні засади набуття та здійснення права власності (статті 13, 14, 41), свободи підприємницької діяльності (стаття 42), права інтелектуальної власності (стаття 54). Визначені в Конституції України засади здійснення цивільних прав обумовили відповідні зміни до проекту ЦК України, який було внесено до Верховної Ради України 20 грудня 1996 року³.

Після внесення до Верховної Ради України проект ЦК України впродовж 1997–2002 років зазнав численних змін в парламентських комітетах та був доопрацьований з урахуванням пропозицій Президента України. 16 січня 2003 року відбулось одночасне прийняття ЦК України та ГК України, які набрали чинності з 1 січня 2004 року.

Слід відзначити, що розробниками ЦК України неодноразово відзначалося про розбіжності між текстом законопроекту, внесеним до Верховної Ради України в грудні 1996 року⁴ та остаточним текстом ЦК України, прийнятим у січні 2003 року. Враховуючи те, що на даний момент проводиться робота щодо оновлення цивільного законодавства України, потреба у співставленні проекту 1996 року та

¹ Yefymenko AP, 'Corporate Governance under Ukraine's New Joint Stock Company Law'. URL: <http://ssrncom/abstract=1387360>

² Там само.

³ Пропозиції Президента України до Цивільного кодексу України № 0890 від 14.05.2002 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=0890&skl=5

⁴ Проект Цивільного кодексу України, одержавний Верховною Радою України 20.12.1996 р. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=12096&pf35401=21102>

ЦК України у початковій редакції, проголосованій у 2003 році, знову набула актуальності.

Як і ЦК України 2003 року, проєкт 1996 року передбачав поділ юридичних осіб на два види: юридичні особи приватного права та юридичні особи публічного права. Разом з тим, критерії для розмежування таких видів юридичних осіб у проєкті 1996 року були змістовно ширшими. Якщо ЦК України 2003 року передбачав і досі передбачає єдину підставу для відмежування юридичних осіб приватного права від юридичних осіб публічного права, а саме їх порядок створення (ч. 2 ст. 81), то проєкт 1996 року допускав існування в законодавстві інших підстав для виділення таких видів юридичних осіб. Крім того, у проєкті ЦК 1996 року поняття юридичних осіб приватного права мало ширший обсяг, оскільки вказувало не тільки на створення таких осіб приватними особами (фізичні особи та юридичні особи приватного права), але й допускало імовірність існування юридичних осіб приватного права, які лише управлялися приватними особами.

Найбільш відомою відмінністю проєкту ЦК 1996 року від ЦК України в редакції, проголосованій у 2003 році, у контексті регулювання корпоративних відносин, став перелік організаційно-правових форм юридичних осіб. Проєкт ЦК 1996 року передбачав вичерпний перелік організаційно-правових форм юридичних осіб: товариства та установи. На відміну від проєкту, стаття 83 ЦК 2003 року не передбачила вичерпного переліку організаційно-правових форм, а навпаки дозволила існування інших форм, передбачених законом. Одним із таких законів, де могли передбачатись інші організаційно-правові форми юридичних осіб, став ГК України, у першій редакції якого містилося регулювання, зокрема для приватних підприємств, підприємств колективної власності, комунальних підприємств, державних підприємств, підприємств, заснованих на змішаній формі власності, селянських (фермерських) господарств, орендних підприємств, підприємств з іноземними інвестиціями, іноземних підприємств. Слід відзначити, що для деяких із зазначених організаційно-правових форм у ГК України правове регулювання обмежувалось однією статтею. З часом деякі рудиментарні організаційно-правові форми (наприклад, орендні підприємства) було вилучено з ГК України, однак відкритий перелік організаційно-

правових форм юридичних осіб продовжує існувати і зараз, що не вберігає від ризиків можливої появи законодавчих актів, де би передбачалися нові, раніше невідомі законодавству організаційно-правові форми юридичних осіб.

Деякі принципові відмінності між проектом 1996 року і ЦК 2003 року стосувалися також особливостей управління юридичними особами. У статті проекту (у ЦК України – стаття 98), яка передбачала регулювання скликання та проведення загальних зборів учасників товариств, містилася норма, за якою допускалося прийняття загальними зборами учасників товариства рішень без скликання за умови письмової згоди всіх учасників. Така норма не потрапила в остаточну редакцію ЦК України, але в дещо видозміненому вигляді отримала відображення в конструкції заочного голосування на рівні прийнятих у майбутньому Законів України «Про акціонерні товариства» (ст. 48) та «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» (ст. 35).

Ще однією відмінністю між проектом 1996 року та ЦК України в редакції 16 січня 2003 року стало формулювання статті щодо права участі у товаристві. Проект 1996 року передбачав, що право участі у товаристві не може бути передане іншим особам і не спадкується, якщо установчими документами товариства не передбачено інше. Своєю чергою, ЦК України 2003 року передбачив дещо іншу правову природу права участі у товаристві, назвавши його особистим немайновим правом, яке не може окремо передаватися іншій особі. Іншими словами, якщо проект ЦК 1996 року допускав можливість переходу права участі у товаристві іншій особі, то ЦК 2003 року таку можливість повністю виключив, визнавши право участі у товаристві особистим немайновим. За таких обставин є підстави для висновку, що правова природа права участі у товаристві зазнала змін. Якщо називати право участі у товаристві особистим немайновим, це відповідно також означає, що кожна особа, незалежно від того, є вона учасником товариства чи ні, має право участі у товаристві. Якщо ж навіть мінімально допустити можливість успадкування права участі у товаристві, це означає, що право участі належить не всім та кожному, а лише учасникам товариства. Втім, останнє зазначене розуміння призводить до змішування поняття «право участі у товаристві» з концептами

корпоративних прав та прав учасників господарських товариств, у зв'язку з чим такий підхід до розуміння права участі у товаристві є небажаним.

Загалом слід відзначити, що ЦК України 2003 року порівняно з ЦК УРСР 1963 року істотно розширив та оновив з урахуванням специфіки ринкових відносин межі правового регулювання створення та діяльності юридичних осіб, передбачивши загальні положення щодо поняття, видів, організаційно-правових форм юридичних осіб, загальні вимоги до установчих документів, правові наслідки державної реєстрації юридичних осіб, найменування, місцезнаходження, особливості цивільної правоздатності та цивільної дієздатності юридичних осіб, положення про філії та представництва юридичних осіб, загальну характеристику управління юридичними особами та їх припинення. Окрему главу ЦК України присвятив системі підприємницьких товариств, у тому числі господарським товариствам та виробничим кооперативам. Всі види господарських товариств, попередньо відзначені в Законі України «Про господарські товариства», знайшли відображення та правове регулювання в главі 8 ЦК України.

Після набрання чинності ЦК України наступним важливим нормативно-правовим актом у сфері корпоративного управління став Закон України «Про акціонерні товариства» від 17 вересня 2008 року, що набрав чинності з 29 квітня 2009 року¹. Коли зазначений закон набрав чинності, концентрація корпоративного капіталу через приватизацію вже відбулась, у зв'язку з чим закладені в законі механізми, направлені на протидію зловживанням мажоритарних акціонерів, не набули значного практичного значення. Деякі зміни Законом України «Про акціонерні товариства» також було внесено до ЦК України, зокрема через введення на законодавчому рівні поділу на публічні та приватні акціонерні товариства, на зміну закритим та відкритим акціонерним товариствам. Також через два роки після набрання чинності Законом України «Про акціонерні товариства» втратили чинність статті Закону України «Про господарські товариства» у частині, що стосувалась

¹ Закон України «Про акціонерні товариства» № 514-VI від 17.09.2008 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17>

акціонерних товариств. Іншими словами, основним джерелом правового регулювання відносин щодо створення та функціонування акціонерних товариств з квітня 2009 року став Закон України «Про акціонерні товариства», прийшовши на зміну в цій частині Закону України «Про господарські товариства».

Слід додатково відзначити, що Закон України «Про акціонерні товариства» не у всіх випадках повторює норми ЦК України. Є деякі положення ЦК України про акціонерні товариства, які не лише носять загальний характер, але й суттєво доповнюють правове регулювання створення та діяльності акціонерних товариств. Таким положенням є, наприклад, ч. 3 ст. 155 ЦК України, яка закріплює негативні наслідки для акціонерного товариства в разі недотримання вимог про співвідношення фактичного капіталу (чистих активів товариства) та розміру мінімального розміру статутного капіталу. Зі ст. 14 Закону України «Про акціонерні товариства» відповідні положення було виключено в 2011 році¹. За таких обставин можна було спостерігати ситуацію, за якої правове регулювання корпоративних акціонерних відносин на рівні ЦК України хоч і відрізнялося за рівнем деталізації, але регламентувало важливі для акціонерних товариств питання функціонування.

Тривалий час після прийняття Закону України «Про акціонерні товариства» ЦК України в частині, що стосується корпоративних відносин, залишався відносно незмінним. Це звісно не означає, що корпоративне право та корпоративне законодавство «стояло на місці». Наприклад, у 2015 році було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів», яким було передбачено початок корпоративної реформи через перетворення квазі-публічних і де-факто приватних акціонерних товариств на де-юре приватні акціонерні товариства, що стало можливим, зокрема, за рахунок прибрання обмежень щодо максимальної кількості акціонерів у приватних акціонерних товариствах². Разом з тим

¹ Галіахметов І.А., Науменко О.С. Корпоративні відносини в акціонерному товаристві: від проблем кваліфікації до меж правового регулювання. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія Право. 2020. Випуск 60. С. 61.

² Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо захисту прав інвесторів» № 289-VIII від 7 квітня 2015 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/289-19>

такі зміни значним чином не відобразилися на ЦК України, хоч і мали історичний характер.

Важливе значення для розвитку ЦК України як джерела регулювання корпоративних відносин мало прийняття 6 лютого 2018 року Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» (*дали* – Закон про ТОВ і ТДВ)¹. Зазначений Закон в переважній частині набрав чинності 17 червня 2018 року. Ним було внесено істотні зміни до ЦК України щодо регулювання корпоративних відносин, насамперед виключено назву підрозділу 4 § 1 глави 8 «4. Товариство з обмеженою відповідальністю», а також виключено всі статті в межах відповідного підрозділу. Логіка зазначених змін, вочевидь, полягала в тому, щоб уникнути дублювання однакових норм в різних нормативно-правових актах і забезпечити уніфікацію правового регулювання корпоративних відносин за участі товариств з обмеженою відповідальністю і товариств з додатковою відповідальністю на рівні одного нормативного акту. З тих же міркувань, очевидно, було визнано таким, що втратив чинність у частині, що стосується товариств з обмеженою відповідальністю та товариств з додатковою відповідальністю, Закон України «Про господарські товариства». Тим самим законодавець при прийнятті Закону про ТОВ і ТДВ обрав підхід, відмінний від того, який було продемонстровано при прийнятті Закону України «Про акціонерні товариства» – тоді у 2008 році загальні положення стосовно акціонерних товариств у ЦК України залишилися без особливих змін. Разом з тим, обравши підхід до уніфікації правового регулювання і виключивши з ЦК України всі норми, що стосувалися товариств з обмеженою відповідальністю, законодавець тим не менше свідомо чи несвідомо прибрав звідти корисні за змістом норми, не запропонувавши їм аналогів у новому законі. Було виключено, зокрема, положення, які не допускали товариствам з обмеженою відповідальністю мати єдиним учасником інше господарське товариство, учасником якого є одна особа, а також забороняли особі бути учасником одного товариства з обмеженою відповідальністю, яке має одного учасника (зміст виклю-

¹ Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» № 2275-VIII від 6 лютого 2018 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275>

ченої ч. 2 ст. 141 ЦК України). Зазначені положення були направлені на попередження випадків унеможливлення ідентифікації кінцевих бенефіціарів юридичних осіб, а тому причини виключення таких положень з ЦК України є незрозумілими. Крім того, у ЦК України залишилися норми, що і досі відсилають до статей, виключених з ЦК України – таким є п. 3 ч. 2 ст. 137 ЦК України, який відсилає до вже виключеної ст. 147 ЦК України для визначення порядку реалізації переважного права набуття відчужуваної частки (її частини) у складеному капіталі товариства. Таким чином, попри те, що вилучення з ЦК України норм, вочевидь, мало на меті уніфікацію правового регулювання таких відносин в одному нормативному акті, у результаті із законодавства повністю зникли окремі важливі положення, направлені на запобігання корпоративним шахрайствам, а також загальні норми, що стосувалися товариств з обмеженою відповідальністю, існування яких не створювало перешкод у правовій регламентації. Саме тому повернення до ЦК України загальних положень, що стосуватимуться товариств з обмеженою відповідальністю, а також положень про заборону товариствам з обмеженою відповідальністю мати єдиним учасником інше господарське товариство, учасником якого є одна особа, а також заборону особі бути учасником одного товариства з обмеженою відповідальністю, яке має одного учасника, видаються повністю виправданими. Крім того, вищезазначені заборони, вилучені з набранням чинності Закону про ТОВ і ТДВ, відтворюють зміст Дванадцятої Директиви Ради 89/667/ЄЕС від 21 грудня 1989 року щодо компаній з обмеженою відповідальністю з одним учасником, у подальшому змінений та консолідований у Директиві 2009/102/ЄС від 16 вересня 2009 року. У зв'язку з цим повернення попередньо вилучених положень до ЦК України буде також означати імплементацію корпоративного права ЄС.

Поряд із виключенням з ЦК України положень, що стосувалися товариств з обмеженою відповідальністю та товариств з додатковою відповідальністю, Законом про ТОВ і ТДВ до ЦК України було внесено деякі інші «точкові» зміни, важливість яких також не можна применшувати. Однією з таких змін стало викладення в новій редакції статті 100 ЦК України щодо права участі у товаристві, за якими зі статті було прибрано формулювання про право участі у товаристві як особисте

немайнове право, що не може окремо передаватися іншим особам. Характер таких змін наштовхує на нові роздуми про правову природу права участі у товаристві. Виходячи з викладених вище роздумів, якщо вважати право участі у товаристві особистим немайновим, то відповідно воно може належати навіть тим учасникам цивільних відносин, які не є учасниками товариств. Втім, тоді залишається незрозумілим, з яких причин було виключено зі статті 100 ЦК України положення про особистий немайновий характер цього права. Імовірно, виключення таких положень було направлено на уникнення розбіжностей при тлумаченні статті 100 ЦК України науковцями та практиками. Якщо саме такі наміри переслідував законодавець, то такий підхід є виправданим і заслуговує на схвалення. З іншого боку, як вже попередньо відзначалося в цій публікації, якщо вважати право участі у товаристві особистим немайновим, то значної проблеми це положення не повинне становити, оскільки мова йде не про корпоративні права, які помилково визнано особистими немайнровими, а про іншу правову конструкцію – право, яке належить не лише учасникам товариств.

Після прийняття і набрання чинності Закону про ТОВ і ТДВ в експертному середовищі продовжилася робота над новими законодавчими актами у сфері корпоративних відносин, у тому числі над проектом нового Закону України «Про акціонерні товариства» та над рекодифікацією (оновленням) цивільного законодавства України¹. Зміни, які можуть принести прийняття Закону України «Про акціонерні товариства» та оновлення цивільного законодавства для правового регулювання корпоративних відносин, будуть розглянуті у наступному розділі.

Тенденції та перспективи правового регулювання корпоративних відносин цивільним законодавством України

Проект Закону України «Про акціонерні товариства» вже було прийнято у першому читанні Верховною Радою України². В разі прий-

¹ Постанова Кабінету Міністрів України № 650 від 17 липня 2019 р. «Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/650-2019>

² Проект Закону про акціонерні товариства № 2493 від 25.11.2019 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67468

няття Закону України «Про акціонерні товариства» в редакції, взятій за основу, до ЦК України може бути внесено ряд нововведень, співставних за своїм характером з новелами, попередньо передбаченими в Законі про ТОВ і ТДВ. Відповідно до Прикінцевих та перехідних положень проекту Закону передбачається, з одного боку, виключення з ЦК України положень, що стосуються акціонерних товариств, а з іншого боку, введення до ЦК України кількох статей загального характеру, які би не носили детального регулятивного потенціалу, а лише відсилали до відповідних законодавчих актів про акціонерні товариства, товариства з обмеженою відповідальністю та товариства з додатковою відповідальністю. За таких обставин, в разі прийняття проекту Закону України «Про акціонерні товариства» у такому вигляді, з усіх господарських товариств у ЦК України залишаться лише положення про повні та командитні товариства. Аналогічним чином, лише ці дві організаційно-правові форми врегульовані Законом України «Про господарські товариства».

Слід відзначити, що не лише право України вирішило слідувати підходу до регламентації відносин за участю таких організаційно-правових форм як акціонерні товариства і товариства з обмеженою відповідальністю в окремих законодавчих актах. Наприклад, у Німеччині є окремі закони, що стосуються зазначених організаційно-правових форм. Водночас є також приклади, коли на рівні виключно цивільного кодексу регламентовано діяльність таких товариств. При цьому повні та командитні товариства далеко не завжди отримують правове регулювання на рівні окремих законодавчих актів, наприклад, у Польщі та Німеччині правове регулювання для таких форм підприємницької діяльності міститься на рівні кодифікованих нормативно-правових актів¹. За таких умов видається, що по повним і командитним товариствам правове регулювання слід закріпити виключно на рівні ЦК України. З метою уніфікації правового регулювання доцільно в такій ситуації вирішити питання про скасування

¹ Cahn A., Donald D.C. Comparative Company Law. Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA. Second edition. Cambridge University Press. 2018. P. 107–115; Яценко І.С. Корпоративне право Республіки Польща: (основні положення) : наук.-практ. посіб. К. : Юрінком Інтер, 2008. С. 6.

Закону України «Про господарські товариства» і перенесення до ЦК України положень, які є корисними.

Повне вилучення положень про акціонерні товариства і товариства з обмеженою відповідальністю з ЦК України не може бути сприйнято позитивно. Як вже зазначалося раніше в цій публікації, свого часу при вилученні правил про товариства з обмеженою відповідальністю з ЦК України відбулося невинуватене усунення деяких важливих правил, які були направлені на протидію шахрайствам та на імплементацію інструментів корпоративного права ЄС. Крім того, будучи основним актом цивільного законодавства, направленим на правове регулювання порядку створення та діяльність юридичних осіб приватного права, ЦК України має передбачати загальні правила щодо створення, порядку управління та припинення таких юридичних осіб приватного права як акціонерні товариства і товариства з обмеженою відповідальністю. Більше того, корпоративному праву іноземних держав відомі приклади закріплення усіх положень про відповідні організаційно-правові форми юридичних осіб на рівні цивільного кодексу – таким є, наприклад, ЦК Королівства Нідерланди, у книзі 2 якого системно та комплексно відображено положення про різні юридичні особи приватного права, і де на рівні окремих підрозділів окрему увагу приділено створенню та підтриманню капіталу таких юридичних осіб, діяльності загальних зборів, виконавчого органу та наглядової ради (ради директорів – при однорівневій структурі корпоративного управління)¹.

Серед додаткових нововведень, які можуть бути передбачені на рівні ЦК України у відповідних розділах про акціонерні товариства і товариства з обмеженою відповідальністю, можуть бути, зокрема, норми про відповідальність головного товариства за вказівки, якими заподіяно шкоду залежному товариству. Такого роду правила діють в країнах ЄС² і відносяться до так званого корпоративного права груп компаній. При

¹ Warendorf H, Thomas R and Curry-Sumner I, *The Civil Code of the Netherlands* (Kluwer Law International 2013).

² Romashchenko I. Related Party Transactions and Corporate Groups: When Eastern Europe Meets the West. *Kluwer Law International*, 2020. P. 125–164.

цьому на рівні із загальною нормою про відповідальність головного товариства за вказівки, якими заподіяно шкоду залежному товариству, ЦК України може додатково передбачати визнання інтересу групи товариств, задоволення якого зніматиме із залежного товариства та його посадових осіб відповідальність за виконання вказівок головного товариства, яким би заподіювалася шкода такому залежному товариству.

Крім того, виходячи із проведеного дослідження досвіду прийняття ЦК України в 2003 році, існують підстави для здійснення доопрацювань загальних положень про види та організаційно-правові форми юридичних осіб. По-перше, існує необхідність в оновленні критеріїв поділу юридичних осіб на юридичних осіб приватного та публічного права – вочевидь, поділ таких юридичних осіб на два види залежно від підстави створення (розпорядчий акт чи установчі документи) є таким, що не відповідає вимогам сьогодення, оскільки юридичні особи публічного права можуть вважатись такими не лише за підставою створення, але і з причин виконання певних публічних функцій, а також виходячи з певного рівня організаційної та функціональної інтеграції¹. Крім того, надміру формальне та поверхове використання єдиного критерію поділу юридичних осіб на юридичні особи публічного та приватного права за порядком їх створення, може призводити до помилкового віднесення, наприклад, державних акціонерних холдингових компаній до юридичних осіб публічного права². У зв'язку з цим слід погодитися з членами робочої групи з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства в тому, що державні підприємства не можуть повною мірою вважатись юридичними особами публічного права³. Такі юридичні особи здійснюють свою діяльність з метою надання послуг, виконання робіт та реалізації товарів і, відповідно, отримання прибутку від

¹ Майданик Р.А. Юридичні особи публічного права: поняття та місце в системі права України. Юридичні особи публічного права: участь у цивільному обороті (Матвеевські цивільні читання) : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Київ, 8 листопада 2016 року. К. : ТОВ «Білоцерківдрук», 2016. С. 13.

² Там само. С. 15–16.

³ Честное право: Обновленный Гражданский кодекс Украины как основной акт частного права должен отвечать реальным потребностям современного общества, говорят Наталия Кузнецова и Алексей Кот. Юридическая практика № 8. URL: <https://pravo.ua/articles/chestnoe-pravo/?fbclid=IwAR08zc9F8qCwdDXIEsMhNbT9K5iH7tbPR4iXQceSkwAmIA4qkS-DnGzFg>

цієї діяльності. З такою метою та завданнями діяльності ці юридичні особи мають існувати в системі координат товариств. Саме тому оновлення цивільного законодавства може передбачати такі альтернативні шляхи продовження існування квазі-публічних юридичних осіб: або перетворення усіх державних та комунальних підприємств в інші організаційно-правові форми, або збереження форм державних та комунальних підприємств із додатковим забезпеченням для таких юридичних осіб правових засад їх функціонування. Своєю чергою, перетворення означатиме перетворення державних та комунальних комерційних підприємств на державні та комунальні підприємницькі товариства, а саме акціонерні товариства чи товариства з обмеженою відповідальністю, а казенних підприємств та комунальних некомерційних підприємства – на державні та комунальні непідприємницькі товариства. Таке перетворення має звісно здійснюватися з урахуванням інтересів держави та територіальної громади, із забезпеченням збереження за державою та територіальною громадою відповідних титулів на майно, і наданням відповідним підприємницьким та непідприємницьким товариствам можливості ефективно ним користуватися. Разом з тим у разі збереження організаційно-правових форм державних та комунальних підприємств на рівні ЦК України мають передбачатися додаткові правила, якими на таких юридичних осіб поширюватиметься правовий режим діяльності відповідних товариств, з обов'язковим зазначенням правового титулу, на якому таких юридичних особам належатиме майно, а також із вказівкою на особливості управління такими юридичними особами.

По-друге, тісно пов'язаним із питанням вдосконалення критеріїв поділу юридичних осіб на юридичні особи приватного та публічного права є питання вичерпності організаційно-правових форм юридичних осіб. Як відомо, у проекті ЦК 1996 року перелік організаційно-правових форм юридичних осіб був вичерпним, однак в остаточній редакції ЦК України було закладено можливість існування організаційно-правових форм, передбачених в певних законах. Таке становище призвело до використання деяких організаційно-правових форм, які можна було замінити більш традиційними аналогами. Наприклад, приватне підприємство, маючи підґрунтям своєї діяльності декілька

статей ГК України, могло бути перетворене в товариство з обмеженою відповідальністю. Такі зміни були б корисними для економічного обігу через більшу передбачуваність встановлення економічних відносин з тими юридичними особами, щодо яких існує більш ґрунтовне правове регулювання. За таких обставин, при оновленні цивільного законодавства існуватиме потреба у поверненні до ідеї 1996 року про вичерпний перелік організаційно-правових форм юридичних осіб (товариства та установи), із подальшим перетворенням нетрадиційних організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права у відповідні класичні аналоги, за якими вже існує належне і достатнє правове регулювання. Разом з тим, як і у випадку з державними та комунальними підприємствами, у ситуації з приватними підприємствами є різні шляхи поширення на приватні підприємства положень про товариства. Якщо першим таким шляхом є перетворення приватних підприємств у товариства з обмеженою відповідальністю, другим шляхом є більш детальне правове забезпечення діяльності таких підприємств. Враховуючи значну кількість юридичних осіб цієї організаційно-правової форм (понад 200 тис. за даними Державної служби статистики України станом на 1 липня 2021 року¹), закріплення в законодавстві обов'язку їх перетворення у товариства з обмеженою відповідальністю може викликати бурхливу соціальну реакцію та незадоволення. За таких обставин важливе значення в оновленому ЦК України матимуть перехідні положення, якими передбачатиметься модель змін ЦК України в контексті правового регулювання створення та діяльності юридичних осіб приватного права.

Насамкінець варто зазначити про важливість передбачення в ЦК України не лише поняття корпоративних прав та корпоративних відносин, але й загальних правил тлумачення корпоративно-правових термінів органами правозастосування і можливих корпоративно-правових способів захисту. Станом на сьогодні ЦК України лише передбачає правила щодо тлумачення правочинів та відповідно договорів,

¹ Кількість юридичних осіб за організаційно-правовими формами господарювання на 1 липня 2021 року. URL: http://www.ukrstat.gov.ua/edrpoj/ukr/EDRPU_2021/ks_opfg/ks_opfg_0721_ue.xls

однак у сфері корпоративного права та управління регулярно виникає потреба в з'ясуванні змісту не лише нормативно-правових актів у цій сфері, але й локальних актів, у тому числі установчих документів. Серед норм ЦК України, які вже сьогодні потребують істотних зусиль з тлумачення є, зокрема, положення ч. 3 ст. 92 ЦК України, відповідно до якої орган або особа, яка відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступає від її імені, зобов'язана діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно і розумно та не перевищувати своїх повноважень.

Висновок

ЦК України є центральним актом цивільного законодавства, у якому мають передбачатися основні засади створення та діяльності юридичних осіб приватного права. Заслугує на підтримку обраний свого часу розробниками кодексу підхід до виділення в основному акті цивільного законодавства України системи юридичних осіб приватного права, а також загальних положень про підприємницькі товариства, у тому числі про господарські товариства та виробничі кооперативи. При цьому існує потреба в поверненні до закладеної в одержаному 20 грудня 1996 року проєкті ЦК України ідеї про вичерпний перелік організаційно-правових форм юридичних осіб з подальшим перетворенням юридичних осіб квазі-публічного права в юридичні особи приватного права, або з розширенням законодавчого переліку юридичних осіб приватного права, з обов'язковим нормативно-правовим забезпеченням їх створення та діяльності, у тому числі майнової основи діяльності та особливостей корпоративного управління ними.

Також є необхідність в коригуванні критеріїв поділу юридичних осіб приватного та публічного права, з метою, по-перше, додаткового охоплення положеннями про юридичні особи публічного права тих юридичних осіб, які за рівнем організаційної та функціональної інтеграції, а також за здійснюваними ними функціями є де-факто юридичними особами публічного права, та, по-друге, для визнання юридичними особами приватного права тих юридичних осіб, які здійснюють діяльність, характерну для товариств і установ. Особливе місце в системі юридичних осіб обіймає станом на сьогодні приватне підпри-

емство – кількість таких підприємств перевищує 200 тис. в Україні, у зв'язку з чим видається, що збереження таких юридичних осіб із додатковим врегулюванням їхньої діяльності потребуватиме менше зусиль та викличе менше невдоволення серед представників підприємництва, ніж вимога про їх перетворення на загальновідомий у країнах континентальної системи права зразок приватної компанії – товариство з обмеженою відповідальністю.

З приводу нормативної регламентації відносин за участі окремих організаційно-правових форм юридичних осіб слід відзначити, що правове регулювання відносин стосовно товариств з обмеженою відповідальністю, товариств з додатковою відповідальністю та акціонерних товариств доречно залишити на рівні як відповідних окремих законодавчих актів, так і на загально-правовому рівні в ЦК України, тоді як положення про повні та командитні товариства мають передбачатися лише в ЦК України. Уніфікація правового регулювання потребує скасування Закону України «Про господарські товариства» та зосередження нормативного регулювання для повних та командитних товариств виключно на рівні ЦК України.

Зміни до цивільного законодавства можуть додатково передбачати правила щодо тлумачення корпоративно-правових норм, що містяться в джерелах корпоративного права, та можливі корпоративно-правові способи захисту цивільних прав.

Розділ 7

Розвиток окремих інститутів загальної частини ЦК України

7.1. ІНСТИТУТ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

Проблема юридичної особи (а саме поняття юридичної особи вперше було закріплено в Німецькому цивільному укладенні 1896 р. і розглядалося з позицій цільового використання майна¹) вважається однією з найскладніших проблем теоретичної юриспруденції, а наявність різних теорій щодо її сутності² не тільки не заважає, а, навпаки, допомагає обслуговуванню потреб цивільного обороту³, підсилюючи усталені погляди щодо цього інституту новою аргументацією, або, навпаки, руйнуючи їх, оскільки відомо, що форма буття юриспруденції – юридичні розбіжності.

Між тим теорія не може виступати самоціллю, а повинна враховувати реалії сучасного етапу розвитку економіки і вписуватися в ту доктрину, що запропонована стосовно розвитку соціальних відносин. Проте слід визнати, що не можна вивести універсальну формулу, шлях

¹ Алоїзій Бринц, засновник теорії «персоніфікованої мети», йдучи шляхом дослідження сутності юридичної особи через відповідь на запитання про те, кому належить майно корпорації, дійшов висновку, що воно належить ні особам, що створили корпорацію, а меті, яка стоїть перед будь-якою юридичною особою. Звідси остання – це триваючий стан управління майном, яке відділене від усього іншого майна засновників, тобто сама юридична особа і являється персоніфікованою метою.

² Більш докладно про це див.: Борисова В. И. Теории сущности юридического лица. Очерки права компаний : сборник статей. Харьков : ЧП «ЭКУС», Сообщество «Цивилистическая платформа», 2019, С. 30–48.

³ Хохлов Е.Б., Бородин В.В. Понятие юридического лица: история и современная трактовка. *Государство и право*. 1993. № 9. С. 159.

до розкриття сутності юридичної особи повинен бути диференційованим, залежно від того, про яку організаційно-правову форму і навіть про яку конкретно юридичну особу йдеться¹.

Інститут юридичної особи трансформується, змінюючи свої основні функції в залежності від тієї соціально-економічної формації, у якій він функціонує. Відомо, що правовий інститут, незалежно від того, якого б розквіту він не досяг в певний історичний момент, є лише однією з фаз в процесі послідовного розвитку відносин, що ним охоплюються, результатом попереднього розвитку, несучи в собі зародок розвитку майбутніх видозмін.

У сучасних умовах незалежно від виду та організаційно-правової форми юридична особа залишається тією правовою формою, за допомогою якої колективні утворення, що переслідують різні цілі, створюються різними способами, мають різну організаційну структуру, різні джерела фінансування, вводяться в майновий оборот як самостійні носії прав та обов'язків², отримуючи можливість стати учасниками цивільного обороту. Хоча не можна не враховувати і того, що в різних сферах діяльності, зокрема у сфері інформаційних технологій, науки, соціальних досліджень, культури, підприємництва тощо, можуть функціонувати колективні утворення на підставі об'єднання особами майна і діяльності для досягнення спільної мети, але без створення юридичної особи. Підставою для такого утворення може слугувати договір про спільну діяльність. Більш як 100 років тому І. О. Покровський зазначав, що сучасне життя далеко не вичерпується союзами, які набули якості самостійного суб'єкта права, воно кожен день створює безліч колективів, які мають характер соціальної єдності, але які не задовольняють вимогам закону про юридичні особи і часто навіть не хочуть їх задовольняти. У таких випадках для права створюється надзвичайно важке становище. З точки зору суворої послідовності належало б всі подібні колективи просто ігнорувати, трактуючи їх як прості товариства, які для третіх осіб значення не мають.

¹ Толстой Ю.К. К разработке теории юридического лица на современном этапе : сборник статей. Проблемы современного гражданского права. М. : Городец, 2000. С. 106.

² Ельашевич Б. Юридическое лицо, его происхождение и функции. СПб., 1910. С. 1.

Але така послідовність йшла б надто в розріз з могутніми вимогами життя і тому, насправді не здійснюється¹.

Враховуючи те, що з моменту прийняття Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ) у соціально-економічній сфері країни відбулися відповідні зміни, оновлення його положень є об'єктивним процесом. В Концепції оновлення ЦКУ (далі – Концепція)² було запропоновано: закріплення вичерпного переліку організаційно-правових форм юридичних осіб з одночасною відмовою від архаїчних конструкцій, передусім підприємства; об'єктивація загальних положень щодо усіх форм юридичних осіб; уточнення змісту підрозділу про участь держави, Автономної Республіки Крим та територіальних громад у цивільних відносинах, виходячи з того, що зазначені учасники цих відносин є юридичними особами публічного права.

Безумовно, зазначені проблеми знаходили висвітлення в доктрині цивільного права, формуючи підходи до їх вирішення³, однак настав час визначитись із тими змінами, які мають бути внесені в чинний ЦКУ як основний регулятор цивільних відносин, зокрема і до Розділу II «Особи».

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 158.

² Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с

³ Див.: Борисова В. І. Учення про суб'єкти цивільних відносин. Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3 Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків : Право; 2013, С. 222–263; Федюк Л. В. Особисті немайнові права юридичних осіб : монографія. Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2013; Жорнокуй Ю. М. Корпоративні конфлікти в акціонерних товариствах: цивільно-правовий аспект : монографія. Х. : Право, 2015.; Зеліско А.В. Підприємницькі юридичні особи приватного права як суб'єкти цивільних правовідносин : монографія. Івано-Франківськ, Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника. 2016; Ю.М. Юркевич Договірні форми об'єднань фізичних та юридичних осіб у цивільному праві України : монографія. Львів, ЛНУ імені Івана Франка, 2017; Кочин В. В. Правове регулювання цивільних відносин у невідприємницьких товариствах та установах в умовах адаптації до правової системи Європейського Союзу : монографія. К. : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020; Оновлення Цивільного кодексу України: формування підходів : монографія, Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2020; Матеріали ХІХ науково-практичної конференції: Учасники цивільних відносин: новації рекодифікації цивільного (приватного) права України, Харків, 12 березня 2021 року; Матеріали Х міжнародного цивілістичного Форуму «Рекодифікація (оновлення) цивільного законодавства України: концепція, напрями, перспективи. Київ, 2021; Матеріали науково-практичної конференції «Проблеми цивільного права та процесу (об'єкти цивільних прав)», Харків, 21 травня, ХНУВС; Матеріали міжнародної науково-практичної конференції «Десять юридичні диспути з актуальних проблем приватного права», Одеса, економіко-правовий факультет Одеського національного університету імені І. І. Мечникова, 28 травня 2021 тощо.

Відповідно до ЦКУ юридична особа – це організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку шляхом об'єднання осіб та/або майна, яка наділяється цивільною правоздатністю і дієздатністю і може бути позивачем і відповідачем в суді (статті 80 і 81). Таким чином, юридична форма, у якій можуть створюватися та функціонувати в сучасних умовах юридичні особи, не змінилася незалежно від того, про які з них йде мова – приватного або публічного права, підприємницькі або непідприємницькі, а теорія організації, що була запропонована професором О. А. Пушкіним в період Кодифікації приватного (цивільного) права України, відображає природу юридичної особи.

Усі юридичні особи створюються в такій формі як організація. Термін «організація» має двоєдине значення. Це певним чином сформована структура, яка може створюватися шляхом об'єднання осіб, капіталів, рішенням відповідних органів управління з певною метою – стати учасником цивільного обороту. Організація, яка об'єднує окремі особи в єдину групу, необхідна, оскільки без цього неможливий її виступ зовні в якості єдності. При цьому не має значення, чим це об'єднання досягається, які зв'язки складаються й існують між окремими його членами. З цього приводу ще Б. Ельяшевич зазначав, що незалежно від того чи буде це політична організація, яка зростає на ґрунті публічного права, або будь-яка єдність приватних осіб, що переслідують загальну культурну або іншу мету, чи це буде заснована товариським договором промислова асоціація – організації достатньо, щоб створити підґрунтя для наділення даної групи правами юридичної особи¹.

Разом з тим ЦКУ 2003 року змінив підхід до визначення юридичної особи виключно як колективного утворення, передбачивши можливість створення, зокрема господарських товариств (за винятком повного і командитного), однією особою, яка стає єдиним учасником товариства. Таким чином, для будь-якої юридичної особи, включаючи і товариство однієї особи, законодавець застосував засіб, сутність якого полягає в тому, що дійсність, реально існуючі організації, підводяться під умовну правову форму – юридичну особу. Тому слід погодитися

¹ Ельяшевич Б. Юридическое лицо, его происхождение и функции. СПб., 1910.

з тим, що юридична особа – це організація, яка представляє собою соціально-реальність, яка породжена ходом суспільного розвитку¹.

Дефініція юридичної особи, яка була наведена у ст. 23 ЦК УРСР 1963 р., дозволила виділити сукупність ознак, які характеризують її і в сучасних умовах: організаційна єдність; майнова відокремленість; здатність виступати в цивільному обороті від свого імені; самостійна майнова відповідальність; публічність виникнення і припинення.

Терміном організація підкреслюється, що структура юридичної особи певним чином внутрішньо організована. Спосіб внутрішнього устрою організацій розрізняє їх види, а також визначає організаційно-правові форми, у яких можуть існувати юридичні особи. До того ж організаційна єдність – необхідна умова, що дає можливість волю засновників перетворити на волю юридичної особи, яка виступає як єдине ціле, а надалі знаходить свій вираз у чіткій внутрішній структурі, у конкретному підпорядкуванні органів управління, у регламентації відносин між структурними підрозділами тощо.

Юридична особа, як особлива правова реальність, існує остільки, оскільки вона діє, функціонує. Звідси функції юридичної особи можна визначити як основні напрями її діяльності, що спрямовані на підтримку і збереження цього єдиного організму. Більшість правників, вирішуючи питання про функції юридичної особи, виходить з теорії І. Покровського, який вважав, що юридична особа – це похідна особистість, у якій індивідуальна особистість (людина – В. Б.) знаходить своє природне продовження і доповнення². Вважаємо, що з цим слід погодитися, оскільки теорія «похідною особистості» дозволяє визначити місце юридичної особи в системі наукового інструментарію, хоча існують і інші точки зору. На сьогодні це питання все ще залишається дискусійним, оскільки одні науковці вважають, що юридична особа – це суто цивільно-правова категорія, створена для задоволення реальних потреб майнового цивільного обороту, інші ж, що це – загальноправова категорія.

¹ Пушкін О., Селіванов В. Відносини підприємництва і правовий статус їх суб'єктів. *Право України*. 1994. № 5–6. С. 12.

² Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М. : «Статус», 1988. С. 7.

У науці цивільного права усталеною є точка зору, що інститут юридичної особи виконує кілька функцій, а саме оформлює, здійснює і захищає колективні інтереси засновників (учасників); об'єднує їх капітал; управляє капіталом на приватних засадах; зменшує підприємницький ризик тощо. При цьому «колективно-майнова» концепція, яку проводить законодавець, а юридична особа може бути створена шляхом об'єднання осіб та (або) майна (ч. 1 ст. 81 ЦКУ), відбивається і на тих функціях, які виконують юридичні особи різних форм і видів. Так, створення юридичних осіб у формі товариств, у тому числі і товариств однієї особи, а також у формі установ неминує тягнути за собою певні труднощі у виявленні функцій, які були б в однаковій мірі властиві всім юридичним особам приватного права. Проте, якщо беззаперечно прийняти «колективно-майнову» концепцію, тоді учасники будь-якої юридичної особи повинні знаходитися в певних відносинах один з одним, але як бути з товариством однієї особи, або з тим, що засновником установи також може бути одна особа?

Беззастережно не можна погодитись і з тим, що юридична особа оформлює, здійснює і захищає колективні інтереси засновників (учасників) юридичної особи, оскільки це фактично перетворює юридичну особу в представника засновників (учасників) і зводить нанівець існування юридичних осіб як самостійних центрів правової реальності. Так, коли виникає юридична особа, хоча воля засновників і трансформується на волю її органів управління, але це не означає, що надалі воля засновників і воля юридичної особи повинні і будуть збігатися. Власні інтереси засновників починають носити, так би мовити, вторинний характер, на перше місце виходить інтерес юридичної особи. До того ж не можна нехтувати і тим, що засновники можуть взагалі втратити інтерес до створеної ними юридичної особи¹.

Що ж до функції обмеження майнового ризику учасника сумою внеску в капітал юридичних осіб (підприємницького ризику) з посиленням на те, що саме цій функції відповідає така ознака юридичної особи як самостійна і виключно майнова відповідальність юридичної

¹ Борисова В.І. Корпорація – організаційно-правова форма корпоративних відносин: *Право та інновації*. 2015. № 4. С. 9–16.

особи за своїми зобов'язаннями, слід зазначити наступне. На перший погляд дійсно складається враження, що ця функція властива юридичній особі, але, по-перше, безумовно, не всім її формам, а тільки таким як акціонерні товариства і товариства з обмеженою відповідальністю, а, по-друге, і це найголовніше, навряд чи можна стверджувати, що навіть для вказаних товариств це визначає один з основних напрямів їх діяльності.

Юридична особа – це організація, що визнається державою суб'єктом права, виступає в цивільному обороті від свого імені, має відокремлене майно, що належить їй в залежності від її виду (приватна або публічна) на праві власності або на іншому речовому праві¹, несе самостійну відповідальність за своїми зобов'язаннями усім належним їй майном. Учасник (засновник) юридичної особи не відповідає за зобов'язаннями останньої, а юридична особа не відповідає за зобов'язаннями її учасників (засновників), крім випадків, встановлених установчими документами та законом. Втім, особи, що створюють юридичну особу, несуть солідарну відповідальність за зобов'язаннями, що виникли до її державної реєстрації. Проте юридична особа буде відповідати за зобов'язаннями її учасників (засновників), що пов'язані з її створенням, тільки у разі наступного схвалення їхніх дій відповідним органом юридичної особи (ст. 96 ЦКУ).

У доктрині існує точка зору, що юридична особа – це персоніфікована відповідальність суб'єкта, який спеціально створений для цієї мети. Вважається, що це – головна і основна ознака юридичної особи, а усі інші ознаки підкоряються єдиній ідеї – покладенню відповідальності на юридичну особу, а ні на її засновників². Вважаємо, що беззастережно з цим навряд чи можна погодитися, оскільки такий підхід не враховує, що юридична особа – це тільки правова форма, яка обіймає різні види і організаційно-правові форми, котрі сконструйовані таким

¹ В сучасних умовах право оперативного управління та право господарського відання як речові права вже не відповідають тому призначенню, заради якого вони були створені. У доктрині пропонуються різні підходи до врегулювання цього питання, починаючи від права власності товариств до речового права цільової власності тощо. Див.: Мозолин, В. П. Современная доктрина и гражданское законодательство. М. : Юстицинформ, 2008.

² Див.; Богданов Є.В. Сущность и ответственность юридического лица. Государство и право. 1997. № 10. С. 97–101.

чином, щоб можна було б у випадках, передбачених законом, компенсувати майнові збитки, які заподіяні кредиторам юридичної особи, за рахунок майна учасників, наприклад, у товаристві з додатковою відповідальністю. А якщо є винятки, то не можна стверджувати, що самостійна відповідальність юридичної особи – вирішальна її ознака.

Між тим проблема цивільно-правової відповідальності юридичної особи, як і раніше, залишається однією з найбільш актуальних, а серед питань, які і сьогодні викликають дискусію і є найбільш складними для її вирішення, являється питання вини юридичної особи. Важливою залишається і проблема визначення структури органів управління юридичною особою і конкретних осіб, що визначають напрями її діяльності та наділені правом прийняття конкретних рішень. У зв'язку з цим необхідно при конструюванні інституту відповідальності юридичної особи враховувати існуючий механізм внутрішніх взаємозв'язків у юридичній особі. Орган юридичної особи – це правова конструкція, що створюється з метою надання можливості сформувати і об'єктивувати волю юридичної особи, а за правовою природою – це інституціонально-функціональний її представник. Проте цивільно-правова відповідальність юридичної особи не повинна ототожнюватися з відповідальністю керівника або іншого члена органу управління. Це повинно відбуватися тільки в тому випадку, якщо в їх діях будуть встановлені умови цивільно-правової відповідальності.

Щодо пропозиції закріплення в ЦКУ вичерпного переліку організаційно-правових форм (далі – ОПФ) юридичних осіб з одночасною відмовою від архаїчних конструкцій, слід зазначити наступне. У літературі звертається увага на те, що в нормативно-правових актах категорія ОПФ вживається в словосполученні з різними поняттями. Зокрема, широкоживаними є такі поняття як «ОПФ юридичної особи», «ОПФ господарювання», «ОПФ підприємства» тощо. У ст. 83 ЦКУ і в ч. 2 ст. 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» використовується поняття «ОПФ юридичної особи». Господарський кодекс України (в подальшому – ГКУ) оперує досліджуваною категорією широко, варіативно та досить суперечливо, без необхідного узгодження, а саме містить такі словосполучення: «організаційні форми господарювання» (абз. 1 ч. 1 ст. 31;

ст. 62), «організаційно-правові форми господарювання» (ч. 1 ст. 135), «організаційні форми підприємництва» (ст. 45); «організаційні форми підприємницької діяльності» (ч. 1 ст. 47); «організаційні форми здійснення некомерційної господарської діяльності» (ст. 53); «організаційно-правова форма» (ч. 3 ст. 55, ч. 3 ст. 62); «організаційна форма суб'єкта господарювання» (ч. 4 ст. 57); «організаційні форми підприємств» (ст. 63, ч. 10 ст. 65), «організаційно-правові форми об'єднань підприємств» (ч. 1 ст. 121) тощо. Зрозуміло, що зазначені поняття мають різне значення та несуть різне змістовне навантаження. Однак попри очевидну правозастосовну значимість категорії ОПФ юридичної особи законодавство не дає легального її визначення, не розкриває критерії, за якими розмежовуються ОПФ різних суб'єктів права, і не містить їх системи. Єдиним документом, що надає визначення «ОПФ господарювання» є Державний класифікатор ДК 002:2004 Класифікація організаційно-правових форм господарювання, затверджений Наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання і споживчої політики від 28.05.2004 р. № 97¹ (в подальшому Державний Класифікатор ДК 002-2004). Відповідно до п. 2.1 зазначеного класифікатора під «ОПФ господарювання» розуміється форма здійснення господарської (зокрема, підприємницької) діяльності з відповідною правовою основою, яка визначає характер відносин між засновниками (учасниками), режим майнової відповідальності по зобов'язанням підприємства (організації), порядок створення, реорганізації, ліквідації, управління, розподілу одержаних прибутків, можливі джерела фінансування діяльності тощо.

Разом з тим науковий доробок досліджень зазначеної категорії досить вагомий², хоча серед науковців і відсутній єдиний підхід до визначення змістовної характеристики ОПФ юридичної особи.

¹ Див.: URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/FIN10242.html

² Див., наприклад, Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : монографія. К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004; Кочергіна К. О. Содержание организационно-правовых форм предпринимательских обществ: интересы, функции, правовые средства : монография. Харьков : Основа, 2005; Зозуляк О., Содержание организационно-правовых форм предпринимательских обществ: интересы, функции, правовые средства : монография. Харьков : Основа, 2005; Борисов І. В. Організаційно-правова форма фінансових установ як учасників ринку фінансових послуг : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. спец. 12.00.04; Х., Нац. юрид. ун-т. ім. Ярослава Мудрого, 2016 та ін.

Вважаємо, що слід виходити з того, що ОПФ – певний тип організації, у якій повинна створюватися і діяти юридична особа того чи іншого виду¹. Однак при цьому кожна з ОПФ юридичних осіб приватного права може мати свої види, особливості правового статусу яких теж встановлюються, за правилом, законом (ч. 3 ст. 83, ч.2 ст. 85 ЦКУ). При цьому законодавець встановлює, що положення глави 7 ЦКУ «Загальні положення про юридичну особу» застосовуються до всіх товариств та установ, якщо інші правила для окремих видів товариств або установ не встановлені законом (ч. 4 ст. 83). Вид ОПФ юридичної особи – це тип організації, яка має сукупність конкретних ознак, що об'єктивно відрізняють її від інших юридичних осіб однієї ОПФ.

ЦКУ встановлює ОПФ тільки для такого виду юридичних осіб, як юридичні особи приватного права (ч. 3 ст. 81). Відповідно до ст. 83 ЦКУ вони можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом. Таким чином, лише законодавець може встановлювати ОПФ функціонування юридичних осіб приватного права. Уособлення юридичної особи кожної ОПФ знаходить своє відбиття в притаманному тільки цій формі установчому документі.

Разом з тим завдання закріплення вичерпного переліку ОПФ юридичних осіб з одночасною відмовою від архаїчних конструкцій, передусім підприємства, та об'єктивація загальних положень щодо усіх форм юридичних осіб – непросте і потребує виваженого підходу. Декілька прикладів, які свідчать, що намагання вирішити аналогічну задачу в інших країнах світу, мало своїм наслідком, перш за все, збільшення об'єму нормативно-правового регулювання інституту юридичної особи. Так, серед 10 книг ЦК Нідерландів, друга книга «Юридичні особи», що відведена під цей важливий соціально-економічний інструмент, налічує 455 статей². Реновація ЦК Білорусі, що також ставить завдання закріплення вичерпного переліку ОПФ юридичних

¹ Див. Гражданское право Украины: учебник для вузов системы МВД Украины: в 2-х частях. Часть 1 / А. А. Пушкин, В. М. Самойленко, Р. Б. Шишка и др.; под ред. проф. А. А. Пушкина, доц. В. М. Самойленко. Х. : Ун-т внутр. дел; «Основа», 1996. С. 137.

² Див.: Довгерт А.С. Концептуальні підходи до рекодифікації цивільного законодавства: питання структури Цивільного кодексу України. *Рекодифікація цивільного законодавства України: концепція, напрями, перспективи* : збірник статей і тез. X Міжнародний цивілістичний форум. Київ, 2020. С. 45.

осіб, включаючи і некомерційні, з огляду на те, що проблема розробки Господарського кодексу Білорусі з відповідним поділом сфер регулювання з ЦК Білорусі, не виникала, у проєкті Закону про внесення змін до ЦК закріплено 5 організаційно-правових форм комерційних і 18 організаційно-правових форм некомерційних організацій¹. Таким чином, можна дійти висновку, що враховуючи те, що протягом дії ЦКУ він постійно оновлювався, а це стосувалося і інституту юридичної особи, треба погодитися з тим, що до ОПФ юридичних осіб приватного права слід віднести товариства та установи², на чому ми зупинимося згодом.

Проте не викликає сумніву, що до ОПФ юридичних осіб не може входити *підприємство* як цілісний майновий комплекс, яке за чинним ЦКУ віднесено до об'єктів цивільного права (ст. 191). Разом з тим у законодавстві України і на сьогодні простежується тенденція подвійного підходу до розуміння сутності підприємства. Так, на відміну від ЦКУ, ГКУ, який регулює порядок створення юридичних осіб публічного права, відносить підприємство до суб'єктів господарювання, а цілісний майновий комплекс визнає тією базою, котра дозволяє функціонувати цим суб'єктам. Навряд чи з цим можна погодитися, виходячи з такого. Відомо, що залежно від тих чи інших обставин в різних відносинах одна і та ж правова реальність може існувати в різних іпостасях. Існування ж підприємства водночас і як суб'єкта права, що реалізуючи правоздатність, набуває суб'єктивні права і обов'язки, несе юридичну відповідальність, і як об'єкта права, тобто майнових і немайнових благ, щодо яких суб'єкти права вступають у правовідносини, можна пояснити лише виходячи з того, що підприємство – економічна категорія. Значимо, що в економічній теорії традиційно використовується широке трактування підприємства як виробника товарів (робіт, послуг) незалежно від його виробничої організації. Між тим оскільки економіка знаходить у праві опосередковане вираження, економічному поняттю «підприємство» в залежності від тих чи інших умов можуть відповідати

¹ Див.: Салей О. А. Совершенствование Гражданского кодекса: очередные изменения или реновация? Там само, с. 41–44.

² Див.: Кот О. О. Оновлення цивільного законодавства України: загальні підходи. Там само, с. 64.

різні правові форми. До того ж у сучасних умовах питання щодо статусу підприємства стає набагато вагомішим, оскільки в умовах оновлення ЦКУ існує потреба у виваженій системі ОПФ юридичних осіб приватного права. Тому навряд чи доцільно слідувати приписам Державного класифікатора ДК 002:2004, який прийнято після того, як вже на рівні ЦКУ обґрунтовано підприємство було віднесено до об'єктів цивільних прав, тобто без врахування змін сутності самої категорії юридична особа. До того ж легальні види ОПФ юридичних осіб приватного права дозволяють суб'єктам цивільного права як одноосібно, так і об'єднавши свої зусилля здійснювати підприємницьку або будь-яку іншу суспільно-корисну діяльність, не прибігаючи до створення малої приватної організації, як на сьогодні пропонують окремі науковці, прагнучи оновити приватне підприємство як юридичну особу¹.

Підприємство вважають окремим суб'єктом господарського права і заперечують значення інституту юридичної особи як суб'єкта господарської діяльності представники теорії господарського права². Це можна пояснити тим, що підприємство – юридична особа виступає в цивільному обороті як суб'єкт публічного права, правовий статус якого визначається не положеннями цивільного законодавства, а нормами державного, адміністративного та інших галузей публічного законодавства, а основою виникнення такого суб'єкта є публічно-правові акти, які одночасно визначають внутрішню сторону відносин конкретної юридичної особи. ЦКУ не може не враховувати існуючого порядку створення публічних юридичних осіб, тобто підприємств, тому й закріплює з урахуванням положень чинного ГКУ право держави на створення державних підприємств (ч. 2 ст. 167), право територіальних громад на створення комунальних підприємств (ч. 2 ст. 169),

¹ Див.: Майданик Р. А. Оновлення приватного підприємства як юридичної особи приватного права. Імплементція кращого досвіду. *Учасники цивільних відносин: новації рекодифікації цивільного (приватного) права України* : матеріали XIX наук.-практ. конф., присвяч. 99-й річниці з дня народж. д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В. П. Маслова (Харків, 12 берез. 2021 р.). Харків : Право, 2021. С. 14.

² Див.: Науково-експертний висновок до Концепції оновлення Цивільного кодексу України: брошура / під заг. ред. члена-кореспондента НАН України В. А. Устименка. Київ : НАН України, ДУ «Інститут економіко-правових досліджень імені В. К. Мамутова НАН України», 2021. 112 с.

які є юридичними особами публічного права, чим і припускає функціонування останніх в якості суб'єктів права (ст. 82).

Вважаємо, що до ОПФ юридичних осіб приватного права слід віднести *товариства* та *установи*¹, хоча кожна з цих форм, як вже зазначалося раніше, може мати свої види, особливості правового статусу яких теж встановлюються за правилом, законом (ч. 3 ст. 83, ч. 2 ст. 85 ЦК). Так, положення глави 7 ЦКУ застосовуються до всіх товариств та установ, якщо інші правила для окремих видів товариств або установ не встановлені законом (ч. 4 ст. 83), і такий підхід треба зберегти.

Разом з тим під *товариством* слід розуміти організацію, створену не тільки шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі в ньому (ч. 2 ст. 83 ЦКУ), а й врахувати те, що господарські товариства створюються не тільки об'єднанням осіб, а й об'єднанням майна або, якщо йдеться про товариства однієї особи, виключно об'єднанням майна, на що нами зверталась увага і раніше².

За чинним ЦКУ товариства поділяються на підприємницькі і непідприємницькі. Системоутворюючим (кваліфікуючим) критерієм для такого поділу обраний функціональний критерій – здійснення підприємницької діяльності. Вважаємо, що беззаперечно з цим погодитися навряд чи можна, оскільки усі юридичні особи приватного права мають право займатися підприємницькою діяльністю в межах, встановлених законом. Тому системоутворюючим критерієм їх розрізнення, на наш погляд, слід вважати характер правоздатності, що впливає на право здійснення підприємницької діяльності, яка для непідприємницьких юридичних осіб рахується як додаткова до основного виду діяльності, а також заборона для останніх розподілу прибутку на користь або учасників юридичної особи, або інших заздалегідь визначених осіб, зокрема засновників установ.

Однією з ОПФ, у яких виступають юридичні особи приватного права, є *установа*. І хоча ЦКУ поділ юридичних осіб на підприємницькі і непідприємницькі провів тільки відносно товариств, тлума-

¹ Кот О.О. Вк. праця, С. 64.

² Борисова В.І. Учення про суб'єкти цивільних відносин. Правова доктрина України. С. 252.

чення положень ч. 1 ст. 86, у якій закріплено право установи на здійснення підприємницької діяльності, дає можливість віднести цю структуру до невідприємницьких юридичних осіб. Нагадаємо, що на відміну від підприємницьких юридичних осіб, які переслідують основну мету – одержання прибутку та розподіл його між учасниками, невідприємницькі юридичні особи не можуть переслідувати як основну мету отримання прибутку для його наступного розподілу між учасниками і спрямовують свою діяльність безпосередньо на задоволення тих чи інших потреб дестинаторів або своїх духовних чи інших інтересів.

Слід вважати правильним, що ЦКУ не поділяє установи на суспільнокорисні та приватнокорисні залежно від того, яка мета переслідувалася засновником при їх створенні. Введення такого поділу ставило б під сумнів доцільність створення організацій, які мов би могли бути некорисними для суспільства в цілому, оскільки не можна заперечувати той факт, що кожен із дестинаторів є членом суспільства¹.

Між тим, не можна не звернути увагу на те, що ЦКУ лише загальним чином (фрагментарно) врегулював діяльність установ, а саме дав легальне визначення цієї ОПФ, закріпивши право останньої на здійснення підприємницької діяльності (ч. 1 ст. 86); встановивши порядок створення і вимоги до змісту установчого акту, найменування, управління, порядок передачі майна, зміну мети, та передбачив структуру управління (ч. 3 ст. 87; ч. 3 ст. 88; абз. 1 ст. 90; ст. 101; ст. 102; ст. 103). Звідси, слідуючи функціональному критерію поділу установ на сфери їх діяльності, виникла потреба в регламентації діяльності останніх на рівні спеціального законодавства. Але аналіз положень окремих нормативно-правових актів, які призначені внормувати діяльність таких установ, а всі вони практично побудовані за однією схемою, дає можливість стверджувати, що спеціальне законодавство не ліквідує

¹ Однак ідея застосування такої термінології простежується в науковій літературі сьогодення. Так, В. В. Кочин вважає, що система невідприємницьких товариств як юридичних осіб приватного права складається з: приватнокорисних товариств (асоціацій; об'єднань співвласників; фондів; невідприємницьких кооперативів), і суспільнокорисних товариств (громадських організацій; саморегульованих організацій; громадських формувань тощо) при умові, що напрямок їх діяльності має бути зафіксований в окремому документі, який вказуватиме на їх суспільну користь.

прогалини в нормуванні правового статусу установ, і, скоріш за все, не ставить перед собою такого завдання. При цьому спостерігається перевага врегулювання правового статусу органів державної влади, які створюються у формі установ, а також державних (комунальних) установ перед установами приватного права. Саме виходячи з фрагментарності врегулювання функціонування цієї ОПФ юридичної особи, спробуємо більш детально розглянути ті положення, які є найбільш важливими.

Аналіз чинного законодавства дає змогу дійти ще одного висновку: в окремих сферах діяльності спостерігається невиправдане розширення застосування такої форми як установа, без урахування тих змін, які відбулися в класифікації ОПФ юридичних осіб в умовах переходу до ринкової економіки, а саме в ЦКУ. Насамперед це стосується фінансових і кредитних інститутів. Виходячи з того, що юридична особа може існувати або у формі товариства, або установи, якщо інша ОПФ не буде зазначена в законі, не можна погодитися з тим, що кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії, інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг, отримують статус фінансових установ з моменту внесення їх до Державного реєстру фінансових установ. Вважаємо, що в цьому випадку термін «установа» перетворюється на умовне поняття, набуваючи узагальнюючого значення, хоча діяльність організацій у фінансовій сфері може здійснюватися і здійснюється і в інших придатних для цього ОПФ юридичної особи. Наприклад, існують юридичні особи, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами, але надають окремі фінансові послуги.

Вважаємо, що установа не може стосовно такого учасника, як, наприклад, банк, страхова компанія тощо, виступати його ОПФ, оскільки у сфері приватного права виключається можливість ототожнення таких самостійних ОПФ юридичних осіб як товариство і установа, на що звертається увага в літературі¹. Звідси виникає питання, чи

¹ Valentina I. Borisova, Igor V., Farkhad S. Karagussov The Legal Form of Financial Institutions as a Way to Protect the Rights of Financial Market Participants // Global Journal of Comparative Law 10 (2021) 29-46.

було враховано при позначенні організацій, котрі надають фінансові послуги, те, що у сфері приватного права виключається можливість отождоження цих самостійних ОПФ юридичних осіб?

Установа приватного права – самостійна ОПФ непідприємницьких юридичних осіб, яка заснована громадянами і (або) юридичними особами на основі добровільних майнових внесків з метою надання послуг у галузі освіти, охорони здоров'я, культури, науки, права, фізичної культури і спорту та інших послуг і не має членства.

Майно, передане установі її засновниками, є власністю установи, а засновники не зберігають прав на нього, не відповідають за зобов'язаннями створеної ними установи, як і остання не відповідає за зобов'язаннями своїх засновників.

Установа функціонує на принципах, які суттєво відрізняються від тих, що закладені в механізм функціонування іншої ОПФ юридичних осіб – товариств, включаючи і непідприємницьке (споживчий кооператив, об'єднання громадян тощо), оскільки вони не переслідують за основну мету отримання прибутку і надають послуги у відповідній галузі, спрямовуючи свою діяльність на задоволення тих чи інших немайнових потреб дестинаторів.

Для того щоб організація мала можливість стати учасником цивільних правовідносин, вона повинна мати низку ознак: зовнішню відокремленість, персоніфікованість як здатність виступати назовні у вигляді єдиної особи, здатність виробляти, висловлювати і здійснювати персоніфіковану волю. Тільки за наявності цих ознак відбудеться державна реєстрація організації як юридичної особи, що призначена гарантувати відповідність тих вимог, котрі ставляться до юридичних осіб певного виду, їх реальним можливостям.

До ознак, які характеризують установу як самостійну ОПФ непідприємницької юридичної особи приватного права, належать не тільки конститутивні ознаки, тобто імперативні вимоги до організації, дотримання яких дозволяє останній стати суб'єктом цивільних правовідносин, а саме: публічність виникнення і припинення; організаційна єдність, майнова відокремленість, можливість виступу в цивільному обороті від власного імені, процесуальна правоздатність, самостійна відповідальність, а й спеціальні ознаки: мета створення,

яка окреслюється засновниками, і залежно від сфери діяльності спрямовується на досягнення суспільних благ: освітніх, наукових, культурних тощо; цільова правоздатність, створення без наміру отримання прибутку; особливий установчий документ – установчий акт; відсутність членства, оскільки відносини, які виникають між установою та її засновниками (засновником), мають суто організаційний характер; особливий порядок формування майна, перелік якого наводиться в установчому акті, передача якого засновником (а в разі його смерті – зобов'язаною особою) здійснюється вже після державної реєстрації установи; цільове призначення майна; заборона для засновників на управління; заборона на розподіл прибутку; особливий порядок зміни цілей діяльності установи, а також структури її органів управління. Разом з тим існують і ознаки, які притаманні установам в залежності від сфери їх функціонування, і їх слід враховувати.

Для створення установи необхідно бажання (волевиявлення) одного чи декількох осіб – її засновників, яке втілюється в установчому акті, а також реєстрація установи в установленому законом порядку. Орган державної реєстрації легітиміє своїм актом створення установи, яка, за правило, повинна функціонувати безстроково.

Створення установи, як і будь-якої юридичної особи, являє собою складний процес, який передбачає використання не тільки норми права, що дозволяє створювати її з індивідуалізацією прав та обов'язків самими суб'єктами, до яких ця норма звернена, а й з додатковими фактичними і юридичними діями органів державної влади, що закінчуються прийняттям індивідуального акта. Цей процес – рух від мети – реалізувати суб'єктивне право на створення установи, до досягнення певного результату – отримання свідоцтва з внесенням саме цієї установи до відповідного Реєстру. Цей процес відбувається не хаотично, а в певній послідовності, що має своїм наслідком перехід діяльності засновників від одного стану до іншого. Засновники повинні юридично оформити виникнення нового суб'єкта права, для чого і передбачається його реєстрація. Сам факт подачі засновником (засновниками) відповідних документів до органів реєстрації треба розцінювати лише як намір останнього (останніх) реалізувати суб'єктивне право на створення установи, тобто бажання одержати визнання державою

нового суб'єкта права, який відрізнятиметься від самого засновника (засновників) і зможе стати учасником цивільного обороту.

До особливостей створення приватної установи відноситься те, що це відбувається за волевиявленням особи (осіб), яка (які) стоїть (стоять) поза створюваною нею (ними) структурою, або яка (які) навіть вже перестала (перестали) існувати, оскільки установчий акт про створення установи може міститися і в заповіті.

Установа приватного права створюється в нормативно-явочний спосіб, тобто на тих умовах і за тими правилами, що вказані в законі (нормативному акті) у вигляді загального дозволу держави, а відповідний орган зобов'язаний зареєструвати її як юридичну особу при наявності не тільки прояву ініціативи з боку засновника (засновників), а й виконання останніми певних умов і додержання ними певних правил.

Однак незалежно від того, у який спосіб виникає установа (розпорядчий або нормативно-явочний), а встановити єдиний спосіб утворення установ публічного і приватного права неможливо, загальними ознаками, притаманними вказаним способам створення установ, є те, що ті виникають за волею засновників і підлягають державній реєстрації.

Застосовуючи таку форму як реєстрація, держава визнає організацію суб'єктом права і підтверджує факт створення юридичної особи видачею свідоцтва про її державну реєстрацію. Державна реєстрація – завершальна стадія порядку створення установи, вона призначена гарантувати відповідність тих вимог, що ставляться до установ. З моменту державної реєстрації установа, яка до цього існувала фактично, виникає юридично.

Юридичною підставою діяльності установи, як і будь-якої іншої непідприємницької юридичної особи, є установчі документи, які являють собою комплект документів встановленої законом форми, згідно з яким досягається зовнішнє відокремлення її від інших установ за найменуванням, місцем знаходження, органами управління, метою діяльності тощо.

Для установ приватного права установчим документом є установчий акт, який може бути або індивідуальним, якщо установа створюється одним засновником, і спільним, якщо установа створюється більш як однією особою. Індивідуальний установчий акт – це односторонній

правочин, а спільний установчий акт – багатосторонній правочин, спрямований на створення юридичної особи. В установчому акті вказується мета установи, визначається майно, яке засновник (а в разі його смерті – зобов'язана особа) передає установі після її державної реєстрації і яке необхідне для досягнення визначеної мети, структура управління установою.

Оскільки будь-яка юридична особа є суб'єктом цивільного обороту, то для того, щоб виступати у ньому від свого імені серед усіх інших суб'єктів, установа повинна мати певну назву – найменування, яке має містити інформацію про характер її діяльності. Найменування вноситься до Єдиного державного реєстру, і з цього моменту установа набуває виключного права його використання.

Установчий акт може бути скасований засновником (засновниками) лише до створення установи. Якщо в установчому акті, який міститься в заповіті, відсутні окремі з вказаних положень, їх встановлює орган, що здійснює державну реєстрацію (ч. 3 ст. 88 ЦКУ).

Якщо проаналізувати спеціальне законодавство, то на сьогодні такий підхід є усталеним і знаходить своє відбиття у створенні приватних установ у різних галузях життєдіяльності, зокрема і у сфері благодійництва, оскільки в Законі України «Про благодійну діяльність і благодійні організації» від 05.07.2012 р.¹, який закріпив вичерпний перелік видів благодійних організацій (благодійне товариство, благодійна установа, благодійний фонд), благодійна установа – це організація, яка діє на підставі установчого акта, що може міститися в заповіті і визначає активи, які один або кілька засновників передають для досягнення цілей благодійної діяльності за рахунок таких активів та/або доходів від таких активів, але не беруть участі в її управлінні. Щодо благодійного фонду, то він визначений як організація, що діє на підставі статуту, має учасників та управляється учасниками, які не зобов'язані передавати цій організації будь-які активи для досягнення цілей благодійної діяльності. Фонд може бути створено одним чи кіль-

¹ *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2013. № 25. Ст. 252.; Закон України «Про благодійництво і благодійні організації» від 16.09.1997 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 46. Ст. 292. (втратив чинність).

кома засновниками, а його активи можуть формуватися учасниками та/або іншими благодійниками (с. 13).

Таким чином, було покладено край дискусії, яка довгий час точилася відносно того, чи є тотожними такі форми юридичних осіб як благодійна установа і благодійний фонд. Законодавець пристав на точку зору тих правників, які вважають, що у цивільно-правовому розумінні фонди і установи – самостійні види юридичних осіб – некомерційних непідприємницьких організацій¹, хоча висловлюються і протилежні точки зору. Так, О. Ю. Літвіна виходила з того, що благодійний фонд і благодійна установа – це види установ, які можуть існувати в системі благодійництва².

Виходячи з того, що управляти юридичною особою можна або шляхом створення в її структурі відповідних органів, або шляхом закріплення за її учасниками права своїми діями набувати для установи певні права і обов'язки щодо управління цією організацією, законодавець обирає перший шлях і встановлює, що в установі обов'язково створюється такий виконавчий орган, як правління, до якого застосовуються положення ст. 99 ЦКУ про виконавчий орган товариства, хоча установчим актом може бути передбачено створення і інших органів управління із визначенням порядку їх формування і складу, наприклад, Наглядова рада.

З формально-юридичної точки зору створення установи як непідприємницької юридичної особи слід розглядати як спосіб, що встановлюється чинним законодавством і становить багатостадійний процес, який охоплює як фактичні дії засновників (розробка установчих та інших документів, створення майнової бази тощо) і держави в особі певних органів (перевірка дій засновників тощо), так і юридичні дії вказаних осіб, які відбуваються в певному порядку і за певними правилами і закінчуються за загальним правилом – виникненням установи як юридичної особи.

¹ Суханов Е. Некоммерческие организации как юридические лица. Хоз-во и право. 1998. № 4. С. 13.

² Літвіна О. Ю. Правове положення благодійних організацій в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Х., 2003. С. 3–5.

При створенні установи можна вирізняти такі етапи: предреєстраційний і післяреєстраційний. Це пов'язано з тим, що майно приватної установи на момент визнання її юридичною особою існує тільки гіпотетично в установчому акті, оскільки воно передається останній лише після її державної реєстрації (ст. 102 ЦКУ). Слід констатувати, що наповнення шляхом передачі майна такої ознаки установи, як її майнова відокремленість, винесено за межі процесу створення останньої. Але враховуючи те, що майнова відокремленість – одна з конститутивних ознак юридичної особи, вважаємо, що майно повинно передаватися ще до державної реєстрації установи.

Як витікає з легального визначення установи, ініціатива її створення може виходити не тільки від однієї, а й від декількох осіб, які об'єднують майно для досягнення певної мети (ст. 83 ЦКУ). Хоча вказана стаття не містить вказівки на те, що засновником установи повинна бути особа (особи), яка є власником (власниками) майна, аналіз окремих статей ЦКУ дозволяє зробити висновок, що створювати приватну установу можуть тільки засновники-власники. Щодо приватних юридичних осіб, які виступають у ролі засновників, то це не викликає ніяких сумнівів, бо останні згідно з доктриною кодексу можуть бути тільки власниками майна. Що ж стосується фізичних осіб-засновників, то відповідь на запитання, чи повинні вони обов'язково бути власниками майна, міститься у ст. 102 ЦКУ, яка передбачає, що якщо в установчому акті визначається майно, яке передається установі, то засновник (а в разі його смерті – зобов'язана особа) повинен передати його установі після її державної реєстрації. І хоча у вказаній статті безпосередньо не йдеться про засновника-фізичну особу, не важко зрозуміти, що це саме вона, бо тільки фізична особа може виступати в ролі спадкодавця. Зобов'язана особа (а в її ролі може виступати спадкоємець або виконавець заповіту), може розпоряджатися тільки спадщиною, тобто всіма правами і обов'язками, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини, існування яких не припиняється з його смертю. Таким чином, якщо установа створюється засновником-фізичною особою, вона повинна бути власником майна, яке передається установі.

Проте аналіз ст. 102 ЦКУ дозволяє дійти ще одного висновку: законодавець обмежує коло осіб, які можуть створювати установу як

приватну юридичну особу тільки фізичними особами, бо засновник – юридична особа вмерти, безумовно, не може. А це суперечить ст. 83 ЦКУ, яка не обмежує коло засновників тільки фізичними особами. Тому треба було б або зробити ст. 102 ЦКУ спеціальною, тобто такою, що регулює відносини по передачі майна установі засновниками-фізичними особами, або ж доповнити її текст таким чином, щоб уникнути цього непорозуміння.

Порушення встановленого законом порядку створення установи або невідповідність її установчих документів закону є підставою для відмови у державній реєстрації цієї юридичної особи. Відмова з інших мотивів не допускається.

Установа стає правосуб'єктною з моменту свого створення, що дає їй можливість набувати цивільні права та обов'язки. До однієї з проблем, що виникає у зв'язку з тим, що установа бере участь у цивільному обороті, належить проблема її правоздатності. Існує думка, що неприйнятні організації не є постійними, професійними учасниками цивільного обороту, а їх виступ у ролі самостійних юридичних осіб обумовлюється необхідністю матеріального забезпечення їх основної діяльності, яка не пов'язується з участю у майнових відносинах¹. Вважаємо, що з цим слід погодитися, оскільки, якщо, наприклад, підприємницькі товариства наділяються загальною правоздатністю, вони мають цивільні права і несуть цивільні обов'язки, необхідні для здійснення будь-яких видів діяльності, не заборонених законом. Установи ж, хоча ЦКУ і визнає загальну правоздатність за всіма юридичними особами приватного права, такої правоздатності не тільки не потребують, а й взагалі наділятися нею не можуть, бо вони мають досягти певної мети, займаючись не будь-якою діяльністю, а тільки тією, що передбачена засновником, причому не підприємницькою.

Не можна погодитися з тим, що визнання загальної правоздатності за всіма юридичними особами, включаючи і установи, зумовлено

¹ Гражданское право : в 2-х т. Т. 1: учебник / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб и доп. М. : Изд. БЕК, 2000. С. 253; Беляев К. П. О делении юридических лиц на коммерческие и некоммерческие в гражданском законодательстве. Актуал. пробл. гражд. права: сб. ст. / под ред. С. С. Алексеева. М. : Статут, 2000. С. 35–48.

вимогами реального динамічного життя, яке вимагає максимуму свободи в майнових відносинах для юридичних осіб з метою більш повного задоволення інтересів індивіда та потреб обороту¹.

На нашу думку, це може віднести тільки до підприємницьких товариств, хоча і стосовно останніх можуть існувати певні обмеження. Установа ж повинна наділятися цільовою правоздатністю, що означає: по-перше, можливість мати тільки ті цивільні права, які відповідають цілям її діяльності і нести у зв'язку з цією діяльністю обов'язки; по-друге, можливість займатися підприємницькою діяльністю (діяльністю, що приносить дохід) (ч. 1 ст. 86 ЦКУ), якщо інше не буде встановлено законом і якщо така діяльність відповідатиме меті, для якої вона створені, або сприятиме її досягненню, підпорядковуючись основній меті функціонування. При цьому прибуток, який одержує установа від такої діяльності, не може належати засновникові або розподілятися між її засновниками, а повинен спрямовуватися на досягнення цілей, встановлених для неї засновником (засновниками).

На правовий статус установи впливає конкретна мета, до якої прагнуть засновник (засновники). Проте ЦКУ передбачив можливість зміни такої мети. Це відбувається за заявою органу державної реєстрації, погодженої з органами управління установою, у судовому порядку. Мотиви звернення до суду мають виключний перелік: або здійснення мети стає неможливим, або досягнення останньої загрожує суспільним інтересам (ч. 1 ст. 103). Суд у таких випадках повинен враховувати наміри засновника та дбати про те, щоб вигоди від використання майна передавалися тим дестинаторам, яким ці вигоди призначалися за намірами засновника.

Якщо від зміни мети залежить зміна структури управління установою, суд теж може це зробити. Проте зміна структури управління може відбуватися за рішенням суду і з інших поважних причин.

Майно установи має цільове призначення і повинно використовуватися виключно для досягнення суспільно-значимої цілі, визначеної її засновником (засновниками). Цільове використання майна впливає на його оборотоздатність.

¹ Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. А. Довгерта. К. : Укр. центр правн. студій, 2000. С. 133.

Установа може припинити діяльність у наступних випадках: закінчення строку, на який вона була створена; прийняття засновником (засновниками) рішення про це; прийняття аналогічного рішення відповідним державним органом, який здійснює державну реєстрацію, у випадках, встановлених законом (неможливості досягнення суспільно-значимої цілі, поставленої перед установою, зокрема внаслідок недостатності майна; досягнення такої мети загрожує суспільним інтересам); ухилення від досягнення суспільно-значимої цілі, передбаченої засновником (засновниками); систематичного порушення установою законодавства у сфері здійснення підприємницької діяльності; систематичного здійснення діяльності, що суперечить визначеній в установчому акті суспільно-значимій меті, розподіл прибутку, отриманого від підприємницької діяльності, між засновниками тощо.

Установа може бути ліквідована на вимогу органу, що здійснює державну реєстрацію, а також засновника установи за рішенням суду про визнання недійсною державної реєстрації установи через допущені при її створенні порушення, які не можна усунути (п. 2 ч. 1 ст. 110 ЦКУ).

До невідприємницьких організацій слід віднести і *релігійні організації*. У сучасних умовах одним з найважливіших показників розвиненості громадянського суспільства визнається наявність автономних, добровільних об'єднань громадян, які його консолідують. Окреме місце в системі цих структур займають релігійні організації, створення і діяльність яких спрямовані на реалізацію людиною права на свободу совісті в його колективній формі.

Україна – поліконфесійна держава, у якій діє конституційно-правовий принцип відокремлення церкви від держави, тому релігійні організації позбавлені права втручатися у справи держави, а держава в особі відповідного органу, що реалізує державну політику у сфері релігії, не втручається в релігійну діяльність таких організацій при умові, що ті не порушують положень чинного законодавства, не покладає на них виконання будь-яких державних функцій, не фінансує їх діяльність тощо. Отже, релігійні організації не можуть існувати як юридичні особи публічного права, діяльність яких, хоча

й по-різному, але завжди пов'язана з державною владою¹. З цього приводу ще І. А. Покровський зазначав, що питання про відокремлення церкви від держави, з юридичної точки зору, є нічим іншим, як питанням про перенесення всієї цієї сфери відносин із сфери права публічного у сферу права приватного: задоволення релігійних потреб повинно бути надано приватним союзам віруючих, які будуть регулювати свої відносини шляхом приватних домовленостей².

Релігійні організації – це невідприємницькі юридичні особи, яким притаманна загальна мета створення – спільне задоволення релігійних потреб громадян чи сприяння цьому. Однак підвести їх під якусь одну з ОПФ юридичних осіб, за винятком релігійних громад, котрі формуються на засадах добровільності вступу до них учасників і нематеріального інтересу з боку останніх, а звідси мають ознаки невідприємницького товариства, не можна. Так, монастирі і релігійні братства, якщо вони утворюються в такому ж порядку, що й релігійні громади, з реєстрацією їх статутів (положень), мають ознаки невідприємницького товариства, проте якщо вони будуть засновуватися релігійними управліннями (центрами), то як і місіонерське товариство, будуть мати ознаки і невідприємницького товариства, і установи. Релігійні управління (центри) та духовні навчальні заклади мають ознаки установи.

Вищезазначене засвідчує, що релігійну організацію не можна підвести не під одну з ОПФ юридичних осіб приватного права, яка закріплена на рівні ЦКУ: товариство або установу (ч. 1 ст. 83). І хоча юридичні особи можуть створюватися відповідно до чинного законодавства і в інших формах, встановлених законом (ч. 1 ст. 83 ЦКУ), для релігійних організацій цей шлях є неприйнятний, оскільки спеціальним законодавством у цій сфері таких ОПФ не передбачено.

Таким чином, навряд чи можна погодитися з тими правниками, які вважають, що релігійна організація – це самостійна ОПФ юридичних осіб³, оскільки, по-перше, хоча кожна з релігійних органі-

¹ Чиркин В. Е. Юридическое лицо публичного права. М. : Норма, 2007. С. 81.

² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М. : «Статут», 1998. С. 41

³ Кривенко Ю. В. Цивільно-правовий статус релігійних організацій в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2007. С. 4.

зацій і створюється з метою спільного задоволення релігійних потреб громадян (здійснення богослужінь, релігійних обрядів та церемоній, поширення релігійних переконань) чи сприяння цьому, але або поєднує в собі окремі ознаки різних ОПФ (товариств і установ), або взагалі не отримує статусу юридичної особи (релігійні об'єднання, окремі релігійні громади); по-друге, керується в діяльності настановами своєї інституційної і ієрархічної структури, тобто нормами канонічного права.

Вважаємо, що релігійні організації, за виключенням релігійних об'єднань, – це самостійний функціональний вид непідприємницьких юридичних осіб, хоча вони можуть здійснювати підприємницьку діяльність з метою виконання своїх статутних завдань. Підприємницька діяльність, яка не пов'язана за своїм характером з основною функціональною спрямованістю діяльності релігійної організації, може здійснюватися тільки заснованими нею підприємницькими товариствами, а саме товариствами однієї особи. У такій ситуації релігійна організація не буде власником майна товариства, оскільки будь-яка юридична особа приватного права є власником майна, яке передається їй засновником (засновниками). Релігійна організація буде мати тільки зобов'язальне право на свій вклад і не зможе розпоряджатися майном створеного нею товариства. Як і будь-яка інша юридична особа, це товариство буде мати і особливу волю, що відрізняється від волі засновника, і особливі інтереси. І хоча засновник фактично одноосібно формує органи управління цього товариства, а може і сам увійти до складу таких органів (органу), що впливатиме на їх (його) діяльність, але в силу того, що воля його реалізується крізь ці органи (орган), вона неодмінно в чомусь зміниться і перетвориться на самостійну волю товариства-юридичної особи. Релігійна організація-учасник підкоряє свою діяльність інтересам товариства, меті його створення, реалізує інтерес самого товариства. Що ж до повноважень загальних зборів товариства, то вони здійснюються учасником одноосібно.

Безумовно, при створенні товариства виникають відносини певної залежності, оскільки релігійна організація, як єдиний його засновник, призначає органи, визначає мету, межі його статутної діяльності.

Звідси товариство релігійної організації буде мати спеціальну правоздатність, тобто здійснювати лише такі види діяльності, набувати лише такі права, які задалегідь визначені засновником і делеговані йому. Релігійна організація, перетворившись на єдиного учасника такого товариства, набуває право брати участь в його управлінні, у розподілі отриманого товариством прибутку.

7.2. ІНСТИТУТ ПРАВОЧИНУ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Без будь-яких перебільшень категорію правочину можна віднести до фундаментальних правових явищ цивільного права.

Як вірно зазначається в літературі, «через категорію правочину можуть бути пояснені будь-які цивільно-правові феномени, інститути і конструкції і в кінцевому рахунку все цивільне право загалом. Конструюючи поняття правочину, ми конструємо (вільно чи невільно) і все цивільне право в цілому, зокрема формулюємо ті положення, які Д. Д. Гримм у свій час влучно назвав «пролегоменами до загальної теорії цивільного права»¹.

Формування загального вчення про правочини належить Ф.-К. фон Савін'ї, який розглядав правочини як такі юридичні факти, у яких присутня воля діючої особи, яка спрямована на виникнення або припинення юридичного відношення.

На відміну від випадкових обставин, правочини являють собою вільні дії зацікавлених осіб.

У такому контексті важливим є з'ясування наступних проблем: самої волі, її зовнішнього прояву, а також співвідношення між волею та її проявом.

Савін'ї пише: «Під волевиявленням, або юридичними правочинами, слід розуміти ті юридичні факти, які не тільки є суто вільними діями, але в яких разом з тим воля діючої особи безпосередньо спрямована на виникнення або припинення юридичного відношення.

¹ Белов В. А. Учение о сделке в российской доктрине гражданского права (литературный обзор). В кн.: Сделки: проблемы теории и практики. М., Статут. 2008. С. 7.

Тут мають бути розглянуті три моменти: сама воля, вираження волі і відповідність між волею та її вираженням»¹.

Таким чином, згідно з позицією Савін'ї, юридичний факт – це факт реальної дійсності і саме він тягне за собою початок і кінець юридичних відносин. Правочин створює правові наслідки тому, що він є продуктом вільного волевиявлення. Саме цей аспект є визначальним для правочину як юридичного факту.

В юридичній літературі дожовтневої доби категорія правочину активно розглядалася як в учбовій літературі (Д. І. Мейєр, С. В. Пахман, К. Д. Кавелін, Г. Ф. Шершеневич, Є. В. Васьковський, К. П. Победоносцев, К. Н. Аненков, Н. Л. Дювернуа та ін.), так і в спеціальних дослідженнях І. О. Покровського, В. М. Хвостова, Д. Д. Гримма².

Особливу увагу цьому питанню приділяв саме Д. Д. Гримм у своїй роботі «Основы учения о юридической сделке в современной немецкой доктрине пандектного права»³.

У цій науковій праці автор детально розглянув питання, яке практично пройшло повз увагу Ф.-К. фон Савін'ї, – про співвідношення позитивного закону і приватної (автономної) волі. Якщо (за Савін'ї) основним (ключовим) моментом як у виникненні, так і у припиненні правовідношення є воля і волевиявлення особи, тобто саме елемент приватного характеру, то Д. Д. Гримм обґрунтував необхідність перегляду цієї концепції.

Важливим, практично відправним пунктом теорії Д. Д. Гримма, є положення про те, що юридичними фактами можуть бути будь-які обставини реальної дійсності (у тому числі акти волевиявлення осіб), але тільки за умов, що вони визнані нормами об'єктивного права як такі, які мають юридичне значення. У такому розумінні автор класифікує всі відносини, які існують у реальній дійсності, на юридично

¹ Савін'ї Ф.-К. «Система римского права». Цитується по роботі Д. Д. Гримма «Основы учения о юридической сделке в современной немецкой доктрине пандектного права. Пролегомены к общей теории гражданского права. Т. 1. *Вестник гражданского права*. 2015. № 2. Том. 15. С. 216.

² Див. Смирнов В. И., Желонкин С. С. Историко-правовые учения о сделках, как одном из юридических фактов. *Современная наука*. 2010. № 3. С. 43–47.

³ Гримм Д. Д. Вказана робота, вперше видана у 1900 році, була опублікована у виданні «Вестник гражданского права» у 2015 році, № 3–4, том 15.

значимі і такі, які у юридичному сенсі є байдужими. Юридично значимі відносини, як правило, повторюються, є типовими і в силу цього регулюються юридичними нормами¹.

Зауважимо, що погляди Д. Д. Гримма, які радикально трансформували вчення німецьких пандектистів щодо правочину, істотно вплинули на розвиток радянської цивілістичної доктрини стосовно юридичних фактів загалом і правочинів зокрема. Водночас при цьому фундаментальна праця Д. Д. Гримма не стала поширеною в науковому обороті.

Російський науковець В. А. Белов, який скрупульозно проаналізував розвиток вчення про правочин у радянській літературі, доволі критично оцінив стан цієї наукової проблеми: «У жодному іншому відділі цивільного права впродовж радянського та сучасного періодів вітчизняної цивілістики не спостерігається такого радикального змістовного виродження і деградації рівня наукових досліджень, як у сфері загального вчення про правочин. База для таких досліджень, закладена російськими дореволюційними, а також європейськими (у першу чергу германськими) вченими, виявилася невитребуваною радянською наукою»².

Загалом можна погодитись із загальним висновком про те, що і в радянську добу, і на сучасному етапі в наукових дослідженнях на пострадянському просторі, у тому числі і в Україні, вчення про правочин не зайняло чільного місця. Здебільшого увага цивілістів концентрувалася (і ця тенденція продовжується) на проблемах недійсності правочинів-договорів.

Водночас навряд чи можна піддавати такій «нищівній» критиці наших попередників, талановитих цивілістів радянської доби з блискучою освітою, знанням іноземних мов, тонким розумінням особливостей інструментарію приватного права, його місії у створенні цивілізованого правопорядку, забуваючи чи взагалі не враховуючи той шалений ідеологічний тиск з боку радянської держави на інтелігенцію, яка зберегла

¹ Гримм Д. Д. Вказана робота. С. 241–243.

² Белов В. А. Учение о сделке в российской доктрине гражданского права (литературный обзор). В кн.: Сделки: проблемы теории и практики. М., Статут, 2008. С. 70.

«історичну пам'ять» стосовно цінності приватного права як унікального феномена суспільного розвитку і взагалі людської цивілізації.

Можна навести слова М. М. Агаркова, який ще в 1920 році писав, що «для тих, кому свобода видається чимось несуттєвим, для тих, кому потрібно злити всіх людей в єдину масу величезного механізму, приватне право не тільки не представляє цінності, але є чимось таким, що необхідно подолати»¹.

Навряд чи в таких історичних умовах можна було справедливо очікувати від І. С. Перетерського, М. М. Агаркова, Д. М. Генкіна, І. Б. Новицького та інших цивілістів того покоління, щоб вони відкрито аналізували і відверто підтримували позицію «буржуазного юриста» Д. Д. Гримма.

Натомість у їх роботах ми можемо простежити еволюцію поглядів стосовно розуміння правочину не тільки як волевиявлення, що безпосередньо спрямоване на виникнення або припинення правовідносин, що характеризує його як явище приватної автономії, але такої вольової дії, яка об'єктивним правом кваліфікується як юридично значима.

Водночас сучасна цивілістика, звільнена від будь-яких ідеологічних обмежень минулого, має прийняти всю повноту критики на свій рахунок. На сьогодні, принаймні в українській цивілістичній літературі, практично не приділяється належної уваги ні загальній теорії юридичних фактів, ні загальному вченню про правочин.

Разом з тим з прийняттям у 2003 році ЦК України, який відновив засади приватної автономії в регулюванні майнових та немайнових відносин, реанімував приватну власність, забезпечивши їй гарантованість і захищеність, правочини як інструменти автономної юридичної регламентації самими суб'єктами своїх відносин у відповідності із власними інтересами, але з дотриманням загальних засад публічного правопорядку, мають увійти в число пріоритетів для цивілістичних досліджень в Україні.

Слід відмітити, що і в німецькій юридичній літературі цей правовий феномен продовжує бути в полі зору дослідників. Так, Ян Шапп у роботі

¹ Агарков М. М. Ценность частного права. 1920. См. Избранные труды по гражданскому праву. Т. 1. М., 2002. С. 105.

«Система германського цивільного права»¹ наводить фрагмент з підготовчих матеріалів до BGB («Мотиви»), де вказується, що правовим правочином у розумінні даного проєкта є приватне волевиявлення, спрямоване на утворення правового результату, який відповідно до правопорядку настає тому, що цей результат є бажаним. Сутність правового правочину полягає в тому, що в ньому діє воля, спрямована на створення правових наслідків, і що вислів правопорядку, який визнає цю волю, здійснює бажане правове оформлення².

І далі Я. Шапп констатує: «Ядром поняття «правочин» як волевиявлення є спрямована на настання правового результату **воля**, яка, однак, повинна одержати визнання з боку правопорядку в якості підстави для такого результату»³.

Таким чином, наведене дає підставу для загального висновку, що правочин як юридичний факт характеризується двома важливими моментами.

По-перше, правочин є волевиявленням як проявом принципу приватної автономії, спрямованої на досягнення певного правового результату.

По-друге, для того щоб воля дія набула «статус» юридичного факту (правочину), це волевиявлення має бути визнане правопорядком належним (тобто достатнім) для виникнення цього правового результату.

Ця констатація має надзвичайно важливе не тільки теоретичне значення, але є настільки ж важливим у практичному вимірі.

У такому контексті правочин як юридичний факт є своєрідним правовим «дволиким Янусом», який знаходиться під впливом двох правових «світів» – приватного і публічного. Як «агент приватного права» правочин зберігає всі ознаки, характерні приватній автономії, а це означає, що ми саме з таких позицій маємо дослідити волевиявлення як акт органічної єдності внутрішньої волі діючого суб'єкта (або суб'єктів) та його зовнішнього виразу. Саме на цьому акцентував увагу Ф.-К. фон Савін'ї. Водночас цей «агент приватного права», яким

¹ «Система германського громадянського права» видана у російському перекладі у 2006 році. М. : Международные отношения.

² Шапп Я. Вказана робота. С. 199–200.

³ Там само. С. 200–201.

є правочин, щоб стати юридичним фактом має бути «протестований» публічним правом – він має відповідати нормам об'єктивного права.

Таким чином, тільки одночасна відповідність цим двом чинникам дає можливість правочину стати легітимним юридичним фактом, запустити в життя відповідне правовідношення, наділити його учасників суб'єктивними цивільними правами та обов'язками і досягнути бажаного правового результату.

Аналізуючи ту чи іншу дію з точки зору кваліфікації її в якості правочину, ми маємо окремо розглядати ці названі два моменти, оскільки наслідки їх недотримання також є різними, про що піде мова пізніше.

Принагідно слід зазначити, що в реальній дійсності акти волевиявлення, які спрямовані на досягнення конкретного результату, є надзвичайно різноманітними, вони є механізмом встановлення численних соціальних зв'язків. Далеко не всі з них мають наслідки саме юридичного характеру, тобто встановлюють не просто соціальні, а саме правові зв'язки.

У такому контексті можна погодитися із К. І. Скловським, який справедливо зауважує, що «вимога **законності** правочину не впливає із сутності правочину (як нерідко заявляють), а лише дозволяє їй створювати **юридичну** дію, тобто є однією з ознак тієї приватної, хоча і самої важливої, сфери у якій існує правочин»¹.

У процесі рекодифікації без жодних сумнівів має бути оновлений й інститут правочину, зокрема загальні положення, які містяться в главі 16 Книги першої ЦК України.

Як уже зазначалося, Концепцією запропоновано переглянути зміст глави 16 ЦК і розглянути в ній не тільки загальні положення про правочини, але й приділити увагу договорам як двостороннім правочинам, що займають у цивільному обороті значно більший обсяг, ніж односторонні правочини.

Не применшуючи значення останніх, слід виходити перш за все з потреб юридичної практики і розглядати категорію правочину, у тому числі враховуючи особливості двосторонніх правочинів, тобто договорів.

¹ Скловский К. И. Сделка и её действие. Комментарий главы 9 ГК РФ (Понятие, виды и форма сделок. Недействительность сделок). 2-е изд. М. : Статут, 2015. С. 12.

Між іншим, певні елементи такої юридичної техніки вже застосовані в чинному ЦК України. Так, у статті 219 ЦК передбачені правові наслідки недодержання вимоги закону про нотаріальне посвідчення одностороннього правочину, а в статті 220 ЦК – ці наслідки визначені стосовно договору.

Говорячи про оновлення загальних положень стосовно правочинів, у тому числі договорів, слід звернутися до чинної статті 203 ЦК, яка визначає вимоги, що ставляться до правочину (договору) як юридичного факту.

Загалом, визначаючи важливе значення закріплення таких загальних вимог щодо чинності правочину, не можна не відзначити, що стаття об'єднує два різновиди вимог, які мають різну правову природу.

Частина з них стосується безпосередньо самого волевиявлення (наявність у суб'єкта волевиявлення достатнього обсягу дієздатності, бажання досягти реальних правових наслідків, вільний характер волевиявлення і відповідність його внутрішній волі, дотримання вимог щодо встановленої форми тощо). Наведений перелік вимог (або умов) суцільно відноситься до сфери приватної автономії, на чому ми вже детально зупинялися.

Водночас частина 1 статті 203 ЦК України передбачає, що зміст правочину не може суперечити правопорядку, зокрема нормам ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам.

І ця вимога не може бути кваліфікована інакше як припис імперативного характеру.

Якщо ми звернемося до зарубіжного досвіду, зокрема проаналізуємо відповідні норми BGB, то побачимо, що німецький законодавець розділив ці вимоги, розмістивши їх у різних параграфах.

Так, певні вимоги до самих суб'єктів волевиявлення закріплені у § 104, 105, 106, 107–113 та ін.; вимоги до «якості» волевиявлення передбачені у § 116–124; а до форми прояву волевиявлення (форми правочину) – § 125–128.

Натомість окремо, у § 138 міститься вимога імперативного характеру – про відповідність правочину «добрим звичаям».

Таке розмежування цих вимог до правочину (умов його дійсності) можна пояснити виключно тим, що чинність правочину як юридичний факт характеризується сукупністю двох чинників, що вже підкреслювалося вище: (1) відсутністю вад самого волевиявлення як прояву приватної автономії; (2) відсутністю порушення вимог правопорядку (як порушення імперативних норм).

Це має принципове значення. Вади волевиявлення можуть бути «виправлені» самим суб'єктом волевиявлення або уповноваженими особами (опікунами, піклувальниками, законними представниками) – саме ці особи в кінцевому підсумку вирішують питання про дійсність правочину, оскільки він розглядається як інструмент формування легітимних правових зв'язків з метою досягнення бажаного правового результату.

Це, безумовно, питання приватної автономії. Закон визначає коло осіб, які вправі ставити питання про недійсність правочину; і тільки ці особи мають такі повноваження. Ніхто інший замість них не може приймати таке рішення.

І зовсім по-іншому вирішується питання в разі порушення імперативних норм. Коли мова іде про порушення «добрих звичаїв» (у сучасному розумінні можна говорити і про публічний інтерес), ініціатива визнання правочину недійсним може виходити від будь-якої зацікавленої особи. Таким чином, можна дійти висновку, що для вирішення питання про недійсність правочину надзвичайно важливим є самий характер вади правочину – чи порушені вимоги, які стосуються вільного волевиявлення (аспекти приватної автономії), чи порушені вимоги, встановлені імперативними нормами (аспекти публічного правопорядку).

Ці особливості реалізуються шляхом визначення кола суб'єктів, які вправі ініціювати питання про недійсність правочину.

У цивілістичній доктрині і радянської доби, і сучасного періоду ці фактори, як правило, пов'язуються із поділом недійсних правочинів на нікчемні та оспорювані.

Якщо у попередніх цивільних кодифікаціях (1922 р.; 1963 р.) така класифікація безпосередньо не передбачалася на законодавчому рівні, то чинний ЦК України (як і ЦК інших пострадянських держав, мабуть що тільки за винятком ЦК Республіки Казахстан) прямо передбачив її у ст. 215 ЦК.

Між іншим, І. Б. Новицький зауважував, що «термінологію «нікчемність» та «оспорюваність» правочинів взагалі не можна визнати вдалою». При цьому він посилався на позицію в тому числі й інших цивілістів¹.

Не зупиняючись детально на висвітленні проблеми доцільності та обґрунтованості виділення на законодавчому рівні нікчемних та оспорюваних правочинів у складі недійсних правочинів², наведемо точку зору видатного цивіліста Республіки Казахстан М. К. Сулейменова, викладену ним на конференції, присвяченій проблемам недійсності правочинів у цивільному праві (Алмати, 2016 рік)³.

Аналізуючи ситуацію, яка склалася в Російській Федерації, на підставі ґрунтовного дослідження наукових праць О. В. Гутнікова, Ф. С. Хейфеца, І. В. Матвеева та інших російських цивілістів, він зазначає, що ЦК Республіки Казахстан всіх цих проблем не має, оскільки всі недійсні правочини є оспорюваними⁴.

І завершує розгляд цієї проблеми таким чином: «У мене жевріє скромна надія, що казахстанський законодавець у нових умовах усвідомлює всю небезпеку вступу в новий непередбачуваний і такий, що не підтвердив своєї ефективності, світ поділу правочинів на нікчемні та оспорювані. При цьому слід врахувати, що за 20 років чинності ЦК РК ми не мали сотої частки тих проблем, які розривали практику нашого сусіда – Росії, про що писало багато російських учених і практиків»⁵.

Вочевидь, є над чим замислитися і нам, українським цивілістам, у процесі оновлення ЦК України з приводу доцільності збереження в кодексі поділу недійсних правочинів на нікчемні та оспорювані.

Так, аналізуючи досвід регламентації категорії недійсних правочинів у французькому цивільному праві, Р. І. Таш'ян розглядає доцільність класифікації недійсних правочинів на абсолютно недійсні та відносно недійсні.

¹ Новицький І. Б. Сделки. Исковая давность. М. : Госюриздат, 1954. С. 69–70.

² Про це див. детальніше у главі 4. С. 84–87.

³ Сулейменов М. К. Недействительные сделки в гражданском праве: проблемы теории и практики. В кн.: Недействительные сделки в гражданском праве. Алматы, 2016. С. 9–51.

⁴ Там само. С. 38.

⁵ Вказ. робота. С. 51.

Як зазначає автор, «сучасна французька теорія права передбачає, що абсолютна недійсність (*nullity*) є недійсністю публічного порядку, а відносна недійсність – недійсністю приватних інтересів. Пояснюється це тим, що абсолютна недійсність є порушенням публічного порядку»¹.

Можна погодитися також із загальним висновком Р. І. Таш'яна, що з урахуванням процесів рекодифікації ЦК України та гармонізації законодавства України із законодавством країн ЄС є вивчення і врахування досвіду правового регулювання країн західної Європи. Вчення про недійсність правочинів займає важливе місце у правовій доктрині будь-якої держави континентальної правової системи.

Хоча це не виключає можливості мати певні особливості правового регулювання в кожній країні. Навряд чи можна говорити про якийсь «еталон», якого має прагнути вітчизняне цивільне право².

Завершуючи короткий огляд інституту правочину в сучасному цивільному праві, із врахуванням еволюції доктринальних поглядів, слід також враховувати і запити судової практики при застосуванні чинного цивільного законодавства. Беззаперечно ми можемо знайти в численних судових рішеннях і не один десяток проблем, і намагання через ці судові рішення і викладену в них позицію віднайти оптимальний вихід у складних перипетіях правозастосування.

І ця практика буде надзвичайно корисною при уточненні і новелізації правових приписів глави 16 ЦК України.

7.3. ЗАСТОСУВАННЯ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ, ПРЯМО НЕ ПЕРЕДБАЧЕНИХ ЗАКОНОМ АБО ДОГОВОРОМ

Захист права іманентно пов'язаний із відповідним суб'єктивним правом і притаманний йому. Правове регулювання будь-яких суспільних відносин передбачає процес трансформації правових

¹ Таш'ян Р. І. Недійсні правочини в реформованому цивільному законодавстві Франції: досвід правового регулювання. *Нове українське право*. Вип. 3, 2021. С. 105.

² Таш'ян Р. І. Вказ. стаття. С. 107.

приписів у площину фактичних суспільних відносин, відповідно до якого кожне суб'єктивне право в разі його порушення гарантовано забезпечується можливістю примусового відновлення або захисту¹. Відтак, можливість захисту є гарантією самого суб'єктивного права.

Інститут захисту, як самостійна група норм Загальної частини, вперше був закріплений у чинному Цивільному кодексі України (*далі* – ЦК України). До цього відносини, які виникали з приводу захисту цивільних прав, здебільшого регулювалися нормами цивільного процесуального права. Цивільне законодавство до другої кодифікації у 60-х роках минулого століття містило досить обмежений обсяг норм, що регулювали здійснення цивільних прав, які були включені до теми, присвяченій цивільному правовідношенню. З прийняттям Основ цивільного законодавства СРСР та союзних республік (1961 р.), Цивільного кодексу УРСР (1963 р.) хоча і було закріплено форму та способи захисту цивільних прав, доктриною вони аналізувалися виключно в процесуальному аспекті. Зокрема, у спеціальній літературі відзначалося, що захистом є встановлена законом діяльність суду чи іншого юрисдикційного органу з розгляду та вирішення спорів про право та інших правових питань². Як слушно зазначає Н. С. Кузнецова, питання, що стосувалися захисту цивільних прав, як правило, складали сферу наукових інтересів перш за все і головним чином цивільного процесуального права³.

Зміна статусу інституту захисту цивільних прав в системі сучасного цивільного права, як і переосмислення підходів до його дослідження, відбулося після проведення кодифікації цивільного законодавства в Україні, що завершилася прийняттям у 2003 році ЦК України. Зокрема, в ЦК України норми, що регулюють захист цивільних прав, розміщені в окремій главі – «Захист цивільних прав та інтересів», яка розпочи-

¹ Кузнецова Н. С. Цивільно-правова відповідальність і захист цивільних прав. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. 2009. Вип. 81. С. 100.

² Арапов Н. Т. Проблемы теории и практики правосудия по гражданским делам. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1984. С. 65.

³ Кузнецова Н. С. Защита субъективных гражданских прав и гражданско-правовая ответственность: вопросы соотношения. *Защита гражданских прав: избранные аспекты*: сб. статей. Москва: Статус, 2017. С. 91–92.

нається ст. 15, де закріплюється право особи на захист порушеного, невизнаного або оспорюваного цивільного права чи інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства. Це створило передумови для вивчення питання про захист цивільних прав з позиції належного уповноваженій особі права на захист та дало поштовх дослідженням права на захист у матеріально-правовому значенні.

У доктрині цивільного права визнається міжгалузевий характер інституту захисту цивільних прав та не піддається сумніву його належність як до цивільного (матеріального), так і до цивільно-процесуального права. У зв'язку з цим в цивілістичній літературі поняття «захист цивільних прав» розглядається з різних позицій¹.

Розуміння поняття захисту цивільних прав зводиться до трьох концептуальних підходів: (1) як функції права, що виражається в охоронюваному впливі норм з метою відновлення права, компенсації порушеного інтересу, припиненні протиправних дій, що перешкоджають здійсненню права чи забезпеченню правопорядку²; (2) як категорії «заходи» (система заходів), які спираються на державний примус та спрямовані на забезпечення недоторканності права й ліквідацію наслідків його порушення³; (3) як правозастосовну діяльність, у межах якої компетентні органи або безпосередньо уповноважені особи у випадках, визначених законом, діють з метою відновлення порушеного, невизнаного чи оспорюваного суб'єктивного права та інтересу⁴. Вбачається, що найточніше явище захисту цивільних прав розкривається через категорію заходів.

¹ Кузнецова Н. С. Защита субъективных гражданских прав и гражданско-правовая ответственность: вопросы соотношения. *Защита гражданских прав: избранные аспекты* : сб. статей. Москва : Статут, 2017. С. 96.

² Илларионова Т. И. Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер : учеб. пособие. Свердловск: Изд-во Урал. ун-та, 1980. С. 39; Илларионова Т. И. Система гражданско-правовых охранительных мер. Избранные труды. Екатеринбург : Изд-во Урал. ун-та, 2005. С. 160.

³ Шевченко Я. Н. Правовое регулирование ответственности несовершеннолетних. Вибрані праці (1964–2012 рр.) / вступне слово акад. Н. С. Кузнецова; відп. ред. Р. О. Стефанчук. Київ : Асоціація цивілістів України; Одеса : Центр дослідження права ім. Савіньї; Кам'янець-Подільський : Рута, 2012. С. 92.

⁴ Підлубна Т. М. Право на захист цивільних прав та інтересів : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2009. С. 10.

Стаття 16 ЦК України встановлює способи захисту цивільних прав та інтересів. Відповідно до ч. 1 ст. 16 ЦК України кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Перелік способів захисту прав та законних інтересів осіб визначено ч. 2 ст. 16 ЦК України. Зважаючи на універсальність застосування таких способів, вони належать до загальних способів захисту. Втім, поділ способів захисту прав та законних інтересів на загальні та спеціальні є дискусійним питанням, з приводу якого висловлюються різні погляди.

Видається, що поділ способів захисту на загальні та спеціальні може бути здійснений, виходячи з характеру (виду) суб'єктивного права, яке потребує захисту. У такому разі способи захисту, закріплені в ст. 16 ЦК України, справді вбачаються загальними, оскільки можуть бути застосовані до захисту всіх чи більшості суб'єктивних цивільних прав. Водночас правозастосовна практика потребує додаткового уточнення даного критерію, оскільки сам по собі він не здатен пояснити прикладні юридичні наслідки кваліфікації певного способу захисту як загального чи спеціального при розгляді та вирішенні конкретних судових справ. Цей висновок підтверджується наявністю протилежних за своєю суттю підходів до таких юридичних наслідків у сучасній судовій практиці та певною мірою в доктрині¹.

Ще у середині минулого століття О. С. Іоффе відзначав, що у ст. 6 чинного на той час Цивільного кодексу РРФСР було сформульоване загальне правило стосовно позовних способів захисту. Значення цього правила полягає не тільки в тому, що такі способи захисту знаходять у ньому узагальнене втілення, а головним чином і в тому, що в разі відсутності спеціальної вказівки закону на спосіб захисту конкретного суб'єктивного права уповноважена особа могла б скористатися одним із способів, зафіксованих у цій загальній нормі².

Отже, значення відповідного поділу способів захисту суб'єктивних цивільних прав полягає в тому, що спеціальні способи захисту мають

¹ Кот О. О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики : монографія. К. : Алерта, 2017. С. 286.

² Иоффе О. С. Советское гражданское право. М. : Юрид. лит., 1967. С. 315.

пріоритетне застосування. Якщо ж для захисту конкретного суб'єктивного права нормою закону не передбачено спеціального способу захисту, то уповноважена особа має можливість скористатися загальним способом захисту. Згідно з цим підходом загальні способи захисту мають додатковий (субсидіарний) характер, з огляду на який повинна вирішуватися можливість їх застосування у конкретній судовій справі.

Аналіз судової практики застосування способів захисту дає підстави стверджувати, що практичне значення поділу способів захисту на загальні та спеціальні полягає в тому, що встановлення законом спеціального способу захисту для певних суб'єктивних прав чи конкретних випадків їх порушення має виключати застосування для цих випадків загальних способів захисту. Одночасне застосування спеціального та загального способу захисту визнається Верховним Судом можливим тільки за умови їх тотожності. Вочевидь, ідеться про випадки, коли загальний спосіб захисту, наприклад визнання права (п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК України), знаходить нормативне закріплення й у спеціальних нормах, зокрема про можливість визнання права власності (ст. 392 ЦК України).

Втім, виникають сумніви щодо універсальності такого підходу. У цьому контексті доцільно враховувати правові висновки, яких суди дійшли під час розгляду окремих судових справ. Зокрема, Верховний Суд України неодноразово зазначав, що вибір способу захисту особистого немайнового права належить позивачеві. Особа, право якої порушене, може обрати як загальний, так і спеціальний способи захисту свого права, визначені законом, який регламентує конкретні цивільні правовідносини¹.

На момент прийняття ЦК України ст. 16 містила надзвичайно прогресивну (якщо не революційну) норму, якою встановлювалося право суду застосувати інші, крім тих, що були прямо передбачені цією статтею, способи захисту: не тільки ті, що передбачені законом, а й ті, які були встановлені договором. Слід відмітити, що

¹ Ухвала Верховного Суду України від 20 жовтня 2010 року по справі № 6-21843св09. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/11970735> (дата звернення: 03.06.2021) ; Рішення Верховного Суду України від 23 грудня 2009 року по справі № 6-23541св07. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/8036412> (дата звернення: 03.06.2021).

по завершенні пострадянської кодифікації цивільного законодавства у багатьох кодексах містилася вказівка на право суду застосувати інші способи захисту, але ті, які передбачені законом, як наприклад, це було встановлено ст. 12 Цивільного кодексу Російської Федерації. Натомість розробники ЦК України хотіли закріпити можливість встановити непоіменований спосіб захисту не тільки в законі, а й у договорі, надавши сторонам право самостійно обирати прийнятний спосіб захисту. За задумом авторів ЦК України, сторони, укладаючи договір, мали можливість, не обмежуючись визначеними законом способами захисту, передбачити ефективний, на їх думку, спосіб захисту прав у такій конкретній ситуації. Але на практиці ця ідея не спрацювала: укладаючи договір, сторони не заходили настільки далеко в управлінні договірними ризиками, щоб не тільки передбачити наслідки невиконання або неналежного виконання договору, а й мінімізувати їх, визначивши унікальний спосіб захисту. У кращому випадку, при укладенні договору обмежувалися лише вказівкою на встановлені чинним законодавством способи захисту.

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

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

Траплялися непоодинокі випадки застосування судами іншого способу захисту, ніж той, що передбачений законом або договором.

Так, Хустський районний суд Закарпатської області у справі за позовом одного із співвласників квартири до іншого про усунення перешкод у користуванні квартирою, що створювалися, на думку позивача, порушенням відповідачем правил співжиття, рішенням попередив відповідача про недопустимість їх порушення. Проте, на думку Верховного Суду, такий спосіб захисту може застосовуватися згідно зі ст. 116 Житлового кодексу України (*далі* – ЖК) як захід запобігання подібних правопорушень у правовідносинах між наймачами житлових приміщень, членами їх сім'ї та іншими особами, які з ним проживають, і не є способом захисту права чи інтересу, що застосовується на вимогу власника житла на підставі ст. 321 ЦК¹.

Така неоднозначна судова практика із застосування припису ч. 2 ст. 16 ЦК України дала поштовх негативній тенденції, що призвела до масових відмов у позовах у зв'язку з тим, що позивач, звертаючись до суду, обирав спосіб захисту, не встановлений законом або договором для захисту права чи інтересу, що порушене, невизнане або оспорується. Це, звичайно, не сприяло досягненню мети захисту прав та законних інтересів – встановлення єдиного, стабільного, доцільного порядку поведінки людей, розумного розв'язання конфліктів, врахування інтересів осіб, що беруть участь у різних відносинах, захищеність і гарантованість їхніх прав².

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

¹ Аналіз практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України. URL: https://zib.com.ua/ua/print/88249-analiz_praktiki_zastosuvannya_sudami_st16_civilnogo_kodeksu_.html (дата звернення: 03.06.2021).

² Алексеев С. С. Право : азбука – теория – философия : Опыт комплексного исследования. М. : Статут, 1999. С. 222.

порушеного права чи законного інтересу, оскільки таке правило спрямоване на реалізацію положень статей 55, 124 Конституції України і ст. 13 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (*далі* – ЄКПЛ), відповідно до яких захист цивільного права має бути ефективним, тобто відповідати змісту порушеного права та характеру правопорушення, забезпечити поновлення порушеного права, а в разі неможливості такого поновлення – гарантувати особі можливість отримання нею відповідного відшкодування. Втім, досить гостро постало питання чи не призведе застосування судом способів захисту цивільних прав, що прямо не передбачені законом або договором, до порушення принципів змагальності та диспозитивності, коли суд фактично поставить позивача у переважне становище. Також потрібно вирішити чи достатньо закріплення в процесуальних нормах дискреції суду щодо визначення ефективного способу захисту, якщо закон або договір такого способу не встановлюють.

Концепцією оновлення Цивільного кодексу України¹ у межах основних напрямів рекодифікації визначено, що уточненню підлягають формулювання глави 3 «Захист цивільних прав та інтересів», зокрема окремі положення ст. 16 ЦК України, яка закріплює загальні підходи до захисту цивільних прав та інтересів судом. Враховуючи зміни, які були внесені до Цивільного процесуального кодексу України (*далі* – ЦПК України) та Господарського процесуального кодексу України (*далі* – ГПК України) у контексті проведення судової реформи наприкінці 2017 року, положення зазначеної статті повинні бути уточнені у площині можливості застосування способів захисту, прямо не передбачених законом або договором. При цьому такі зміни повинні не просто повторювати відповідні положення ЦПК України та ГПК України, а враховувати останні тенденції розвитку приватного права щодо забезпечення особі права на застосування адекватних та ефективних способів захисту порушених суб'єктивних прав, як цього вимагає ст. 13 ЄКПЛ та практика її застосування Європейським Судом з прав людини (*далі* – ЄСПЛ).

¹ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 8–9.

Відтак виникає потреба у визначенні умов застосування способів захисту цивільних прав, прямо не передбачених законом або договором.

Згідно зі ст. 5 ЦПК України, здійснюючи правосуддя, суд захищає права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб, державні та суспільні інтереси в спосіб, визначений законом або договором. У випадку, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного права, свободи чи інтересу особи, яка звернулася до суду, суд відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону.

Схожі положення містять й інші процесуальні кодекси України, зокрема, у ч. 2 ст. 5 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) зазначається, що захист порушених прав, свобод чи інтересів особи, яка звернулася до суду, може здійснюватися судом також в інший спосіб (окрім тих, що визначені ч. 1 ст. 5 КАС України – *авт.*), який не суперечить закону і забезпечує ефективний захист прав, свобод, інтересів людини і громадянина, інших суб'єктів у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень. Відповідно до ч. 1–2 ст. 5 ГПК України, здійснюючи правосуддя, господарський суд захищає права та інтереси фізичних і юридичних осіб, державні та суспільні інтереси у спосіб, визначений законом або договором. У випадку, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного права чи інтересу особи, яка звернулася до суду, суд відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону.

ЄСПЛ у справі *Beles and others v. the Czech Republic* (Белеш та інші проти Чеської Республіки)¹ зазначив, що право на справедливий судовий розгляд, гарантоване пунктом 1 статті 6 Конвенції (ЄКПЛ – *авт.*), має тлумачитися у світлі верховенства права, одним

¹ Case of *Běleš and Others v. the Czech Republic*. The European Court of Human Rights (Second Section). Strasbourg. 12 November 2002. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22site%22:%7B%22001-60750%22%7D> (дата звернення: 03.06.2021).

із фундаментальних аспектів якого є принцип правової визначеності, що вимагає, щоб усі учасники судових процесів мали ефективний судовий захист, який дозволяє їм відстоювати свої цивільні права.

Верховний Суд в аналізі практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України¹ також вказав на необхідність встановлення ефективності способів захисту. На думку Верховного Суду, надаючи правову оцінку належності обраного зацікавленою особою способу захисту, судам належить зважати й на його ефективність з точки зору ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. У п. 145 рішення від 15 листопада 1996 року у справі «Чахал проти Об'єднаного Королівства» (Chahal v. the United Kingdom, (22414/93) [1996] ECHR 54) Європейський суд з прав людини зазначив, що згадана норма гарантує на національному рівні ефективні правові засоби для здійснення прав і свобод, що передбачаються Конвенцією, незалежно від того, яким чином вони виражені в правовій системі тієї чи іншої країни. Таким чином, суть цієї статті зводиться до вимоги надати людині такі міри правового захисту на національному рівні, що дозволили б компетентному державному органу розглядати по суті скарги на порушення положень Конвенції й надавати відповідний судовий захист, хоча держави-учасники Конвенції мають деяку свободу розсуду щодо того, яким чином вони забезпечують при цьому виконання своїх зобов'язань. Крім того, Суд указав на те, що за певних обставин вимоги ст. 13 Конвенції можуть забезпечуватися всією сукупністю засобів, що передбачаються національним правом.

Стаття 13 вимагає, щоб норми національного правового засобу стосувалися сутності «небезпідставної заяви» за Конвенцією та надавали відповідне відшкодування. Зміст зобов'язань за ст. 13 також залежить від характеру скарги заявника за Конвенцією. Тим не менше, засіб захисту, що вимагається згаданою статтею, повинен бути «ефективним» як у законі, так і на практиці, зокрема, у тому сенсі, щоб його використання не було ускладнене діями або недоглядом органів

¹ Аналіз практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України. URL: https://zib.com.ua/ua/print/88249-analiz_praktiki_zastosuvannya_sudami_st16_civilnogokodeksu_.html (дата звернення: 03.06.2021).

влади відповідної держави (п. 75 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Афанасьєв проти України» від 5 квітня 2005 року (заява № 38722/02)).

Іншими словами, у кінцевому результаті ефективний засіб повинен забезпечити поновлення порушеного права, а в разі неможливості такого поновлення – гарантувати особі можливість отримання нею відповідного відшкодування. Тим більше, що пріоритет міжнародного договору за наявності колізій з внутрішнім законодавством надає судам України досить широкі повноваження при обранні джерела права для вирішення конкретного спору.

Отже, основною вимогою щодо судового захисту порушених чи оспорюваних прав є ефективність способів захисту, які застосовуються судом. На думку ЄСПЛ, для того, щоб право на доступ до суду було ефективним, особа «повинна мати реальну можливість оскаржити дію, що порушує його права» (Bellet v. France (Белле проти Франції))¹. Окрім того, засоби правового захисту повинні бути чітко визначеними не тільки в теорії, а й на практиці, в іншому випадку вони не мають необхідної доступності та ефективності. Ніщо не зобов'язує звертатися до засобів правового захисту, які не є достатніми і ефективними (Aksoy v. Turkey (Аксой проти Туреччини))².

Конституційний Суд України у своєму рішенні також вказав на ефективність способу захисту як умову поновлення права, зазначивши, що правосуддя за своєю суттю визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості і забезпечує ефективне поновлення в правах. Загальною декларацією прав людини 1948 року передбачено, що кожна людина має право на ефективне поновлення в правах компетентними національними судами у випадках порушення її основних прав, наданих їй конституцією або законом (стаття 8). Право на ефективний засіб захисту закріплено також у Міжнародному пакті про

¹ Case of Bellet v. France. The European Court of Human Rights. Strasbourg, 4 December 1995. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57952%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57952%22]}) (дата звернення: 03.06.2021).

² Case of Aksoy v. Turkey. The European Court of Human Rights. Strasbourg, 18 December 1996. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:\[%22695880%22\],%22itemid%22:\[%22001-58003%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22695880%22],%22itemid%22:[%22001-58003%22]}) (дата звернення: 03.06.2021).

громадянські та політичні права (стаття 2) і в Конвенції про захист прав людини та основних свобод (стаття 13)¹.

Отже, вимога щодо ефективності способу захисту порушеного, невизнаного чи оспорюваного права є ключовою при здійсненні правосуддя. Більше того, аналіз абз. 12 ч. 2 ст. 16 ЦК України; ч. 2 ст. 5 ЦПК України; ч. 2 ст. 5 ГПК України дає підстави стверджувати, що навіть у тому разі, коли законом або договором встановлений спосіб захисту, але він не є ефективним, судом може бути застосований інший, не закріплений законом чи договором, але ефективний спосіб захисту.

Водночас категорія ефективності сьогодні не здобула нормативного визначення і закріплення. Здебільшого ефективність розглядається як категорія економічного аналізу права, де напрацьовано ряд фундаментальних теорій, що обґрунтовують підходи до розуміння її сутності. Зокрема, такими є теорія раціонального вибору та його співвідношення (теорія максимізації корисності), теорема Коуза, теорії переговорів і ефективності права². Загалом можна виокремити кілька напрямів розуміння ефективності. Так, ефективною визнається діяльність: (1) якщо вона є раціональною, тобто максимально корисною у конкретній ситуації; (2) головним чинником при прийнятті рішення є те, наскільки поліпшиться добробут власне тієї сторони, щодо якої таке рішення приймається; (3) коли метою є максимізація спільного добробуту; (4) якщо зміна соціальної реальності приносить користь принаймні одній людині (збільшує корисність цієї особи) і не погіршує стану будь-якої іншої особи (не зменшує корисності будь-якої іншої особи); (5) коли будь-який розподіл хоча і не поліпшує стану (не збільшує корисність) особи, втім, не призводить до погіршення стану жодної людини; (6) якщо зміна соціальної реальності приносить користь принаймні одній людині (збільшує корисність цієї особи),

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) від 30 січня 2003 року № 3-рп/2003. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-03#Text> (дата звернення: 03.06.2021).

² Великанова М. М. Ризики в цивільному праві України: теоретичні та практичні аспекти : дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2020. С. 117.

навіть за умови погіршення стану іншої особи (зменшує корисність цієї особи), і при цьому користь першої особи є більшою, ніж втрата іншої особи, й існує можливість компенсації втрати; (7) доки вигода перевищує витрати.

Судова практика має певні напрацювання щодо розуміння ефективності способу захисту. Так, Верховний Суд у Постанові ВСУ від 21 травня 2012 р. у справі № 6-20цс11 визначив категорію «ефективність способу захисту», зазначивши, що законодавчі обмеження матеріально-правових способів захисту цивільного права чи інтересу підлягають застосуванню з дотриманням положень ст. 55, 124 Конституції України та ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, відповідно до яких кожна особа має право на ефективний засіб правового захисту, не заборонений законом. Оскільки положення Конституції України та Конвенції мають вищу юридичну силу (ст. 8, 9 Конституції України), а обмеження матеріального права суперечать цим положенням, порушення цивільного права чи цивільного інтересу підлягають судовому захисту і в спосіб, не передбачений законом, зокрема ст. 16 ЦК України, але який є ефективним засобом захисту, тобто таким, що відповідає змісту порушеного права, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням¹.

У постанові від 28 січня 2021 року у справі № 908/1833/19² Касаційний господарський суд у складі Верховного Суду вказав, що вирішуючи кожний конкретний спір на підставі всіх установлених обставин, суд повинен установити, на захист якого права подано відповідний позов, чи порушене, не визнане або оспорене таке право відповідачем (відповідачами), а також з'ясувати, чи призведе задоволення заявлених вимог до реального та ефективного поновлення порушеного права, та залежно від з'ясованого вирішити питання про задоволення позовних вимог або відмову в їх задоволенні.

¹ Постанова Верховного Суду України від 21 травня 2012 р. у справі № 6-20цс11. URL: [https://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/9DE59BF19D53A7C8C2257C92003A6321](https://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/9DE59BF19D53A7C8C2257C92003A6321) (дата звернення: 15.06.2021).

² Постанова Верховного Суду України від 28 січня 2021 р. у справі № 908/1833/19. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1082389/> (дата звернення: 15.06.2021).

Під ефективним поновленням, на думку суду, слід розуміти реальний позитивний вплив судового рішення про задоволення позову на виявлену під час судового розгляду обставину порушення/невизнання/оспорення або запобігання виникненню спору щодо права, на захист якого був поданий позов. Водночас відмова в позові з підстав обрання неефективного способу захисту може мати місце тоді, коли в судовому процесі відсутній будь-який сенс у розрізі питання щодо реальної можливості захисту прав позивача в обраний ним спосіб.

Видається, що визначення ефективності того чи іншого способу захисту має розглядатися в контексті реалізації принципу верховенства права, складовими якого є принципи правової визначеності, передбачуваності, справедливості і пропорційності.

Як зазначається в Доповіді, схваленій Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні¹, у першій половині ХХ ст. верховенство права стало надзвичайно спірною концепцією, оскільки архітектори «держави загального добробуту» тлумачили Дайсієве заперечення дискреційних повноважень влади, як заперечення ним державного втручання. В умовах суспільства, що стає все складнішим, дискреція розглядається як необхідний чинник прийняття рішень. Від середини ХХ ст. досягнуто порозуміння між концепцією верховенства права та питанням дискреційних повноважень. Дискрецію як таку було сприйнято. Проте її слід обмежувати буквою та метою закону, яким повноваження надаються, а так само іншими елементами верховенства права, приміром, шляхом забезпечення кожному доступу до справедливих процедур у безсторонньому та незалежному суді та шляхом застосування закону послідовно і однаково до всіх і в спосіб, позбавлений свавільності та не позбавлений здорового глузду.

Доступ до суду, як і справедлива процедура, юридична визначеність та рівність перед законом є категоріями, що активно застосовуються в судовій практиці ЄСПЛ. Наприклад, у справі *Golder v. UK* (Голдер проти

¹ Доповідь, схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-ukr) (дата звернення: 15.06.2021).

Великобританії)¹ ЄСПЛ зазначив, що в цивільних справах навряд чи можна уявити верховенство права, не маючи можливості отримати доступ до судів.

Пошук чіткого розуміння поняття «верховенство права» призвів до виокремлення Венеційською Комісією² восьми «інгредієнтів» верховенства права, до яких віднесено: (1) доступність закону (у тому значенні, що закон має бути зрозумілим, чітким та передбачуваним); (2) питання юридичних прав мають бути вирішені нормами права, а не на основі дискреції; (3) рівність перед законом; (4) влада має здійснюватися у правомірний, справедливий та розумний спосіб; (5) права людини мають бути захищені; (6) мають бути забезпечені засоби для розв'язання спорів без надмірних матеріальних витрат чи надмірної тривалості; (7) суд має бути справедливим; (8) дотримання державою як її міжнародно-правових обов'язків, так і тих, що обумовлені національним правом.

Відповідно до п. 2. Документа Копенгагенської наради Конференції з людського виміру ОБСЄ³ верховенство права означає не просто формальну законність, яка забезпечує регулярність і послідовність в досягненні і підтримці демократичного порядку, але і справедливість, засновану на визнанні і повному прийнятті вищої цінності людської особистості і гарантовану установами, що утворюють структури, які забезпечують її найбільш повне вираження. На думку Ж.-Л. Бержеля, право має бути націлене на справедливий розподіл, належну поведінку індивідів, їх корисність, задоволення їхніх потреб, їхню безпеку, благополуччя або на міць нації, прогрес людства, безперерйне функціонування соціального організму⁴.

¹ Case of Golder v. the United Kingdom. The European Court of Human Rights. Strasbourg. 21 February 1975. URL: <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1975/1.html> (дата звернення: 03.06.2021).

² Доповідь, схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-ukr) (дата звернення: 15.06.2021).

³ The 1990 CSCE/OSCE Copenhagen Document. Copenhagen. June 29, 1990. URL: <https://www.osce.org/ru/odihr/elections/14304> (дата звернення: 15.06.2021).

⁴ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / под общ. ред. В. И. Даниленко ; пер. с фр. Москва : NOTA BENE, 2000. С. 56–77.

Втім, висловлюється й думка, що справедливість є надмірно абстрактним поняттям, що дає змогу лише грубо поділити всі можливі правові рішення однієї проблеми на справедливі і несправедливі. На практиці цього виявляється недостатньо, оскільки найчастіше вибір доводиться робити між декількома *prima facie* справедливими, що не суперечать законодавству, рішеннями¹. Відповідно мають бути застосовані додаткові критерії для визначення ефективності способу захисту порушеного права.

У доктрині висловлюються різні погляди щодо критеріїв визначення ефективності способу захисту порушеного права. Так, Д. Спесівцев до елементів ефективності способу захисту відносить: 1) належність способу захисту; 2) власне ефективність способу захисту, під якою автор розуміє такий належний спосіб, що здатен у коректній практичній ситуації досягти визначеної мети; 3) рівень ефективності способу захисту, за допомогою якого можна визначити, який із наявних належних та ефективних способів захисту суб'єктивних цивільних прав є ефективнішим, а який менш ефективний². Проте існує й точка зору, що належність та ефективність є різними критеріями обрання способу захисту, які не можна ототожнювати, оскільки часто трапляється ситуація, коли ефективний з точки зору позивача спосіб захисту не може вважатися належним³.

І. Ф. Коваль вказує на такі обов'язкові умови застосування судом способу захисту, який не передбачений законом, як: 1) відсутність у законі або договорі ефективного способу захисту відповідного права, 2) несуперечність обраного способу захисту закону⁴.

Відсутність у законі або договорі ефективного способу захисту відповідного права має встановлюватися в кожному конкретному випадку

¹ Архипов Д. А. Распределение договорных рисков в гражданском праве. Экономико-правовое исследование. Москва : Статут, 2012. С. 45–59.

² Спесівцев Д. Ефективність способу судового захисту суб'єктивних цивільних прав на нерухоме майно. *Юридичний вісник*. 2020. № 4. С. 110–112.

³ Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар. Т. 1: Загальні положення. Особи / за ред. І. В. Спасиво-Фатєєвої. Харків : ЕКУС, 2020. С. 171.

⁴ Коваль І. Ф. Реалізація принципу верховенства права при застосуванні способів захисту прав та інтересів. URL: [file:///C:/Users/vmmn/Downloads/7845-Текст%20статті-15761-1-10-20200319%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/vmmn/Downloads/7845-Текст%20статті-15761-1-10-20200319%20(1).pdf) (дата звернення: 15.06.2021).

з урахуванням усіх особливостей певних правовідносин. Виходячи з принципів диспозитивності та змагальності сторін, закріплених статтями 2, 12, 13 ЦПК України, суд розглядає справи не інакше як за зверненням особи, поданим відповідно до цього Кодексу, у межах заявлених нею вимог і на підставі доказів, поданих учасниками справи або витребуваних судом у передбачених цим Кодексом випадках. Кожна сторона повинна довести обставини, які мають значення для справи і на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, крім випадків, встановлених цим Кодексом. Проте в науковій літературі висловлюється думка, що, враховуючи відсутність чітких критеріїв ефективності, довести цю обставину буде вкрай складно, що може призвести до непередбачуваності правового захисту, послабить позиції потерпілої особи (позивача) та може спровокувати зловживання цим положенням з боку порушника¹.

В. В. Петруня, досліджуючи способи захисту прав суб'єктів господарювання, запропонувала до системи критеріїв-умов обрання належного та ефективного способу захисту прав суб'єктів господарювання відносити: 1) відповідність способу захисту змісту порушеного права, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням; 2) відповідність законодавству, договору, принципам права та призначенню судового захисту; 3) доцільність та ефективність; 4) адекватність (співрозмірність, еквівалентність) по відношенню до правопорушення; 5) наявність механізму реалізації (виконання); 6) недопущення порушення прав та інтересів інших суб'єктів. При цьому умовами для застосування судом прямо непередбаченого законом чи договором способу захисту вчена називає: 1) неефективність існуючого способу; 2) наявність відповідної вимоги, вказаної в позовній заяві; 3) наявність іншого способу захисту, який є законним².

Аналізуючи наведені вище критерії-умови обрання належного та ефективного способу захисту прав, О. Л. Грицаєнко наводить

¹ Коваль І. Ф. Реалізація принципу верховенства права при застосуванні способів захисту прав та інтересів. URL: [file:///C:/Users/vmm/Downloads/7845-Текст%20статті-15761-1-10-20200319%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/vmm/Downloads/7845-Текст%20статті-15761-1-10-20200319%20(1).pdf) (дата звернення: 15.06.2021).

² Петруня В. В. Поняття та система способів захисту прав суб'єктів господарювання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Одеса, 2019. С. 11.

визначення ефективного способу судового захисту. На її думку, під ефективним засобом (способом) судового захисту слід розуміти такий, що призводить до бажаних наслідків, дає найбільший ефект для відновлення юридичного становища особи, яке існувало до порушення її прав чи законних інтересів. А тому ефективний спосіб захисту має забезпечити поновлення порушеного права, бути адекватним наявним обставинам¹.

Думається, неефективність існуючого способу захисту (відсутність у законі або договорі ефективного способу захисту) має встановлюватися, виходячи із зворотного відповідно до напрацьованих доктриною умов обрання ефективного способу захисту прав. Тобто, неефективним способом захисту логічно визнавати такий, що: 1) не відповідає змісту порушеного права, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням; 2) не відповідає законодавству, договору, принципам права та призначенню судового захисту; 3) є недоцільним; 4) є неадекватним (неспіврозмірним, нееквівалентним) стосовно правопорушення; 5) відсутній механізм реалізації (виконання); 6) застосування такого способу призводить до порушення прав та інтересів інших суб'єктів. Хоча останню умову доцільно розглядати у більш широкому контексті. Йдеться про те, що не завжди можна досягти ідеального результату, коли обраний спосіб захисту не впливає негативно на сферу прав та інтересів інших осіб. Трапляються ситуації, коли не можна захистити право однієї особи, не завдавши шкоди правам і законним інтересам інших осіб. Яскраво це можна проілюструвати на прикладі зобов'язальних відносин.

Ліберальний ідеал автономії особистості, що складає базис англійського договірного права, ставить на перше місце в регулюванні відносин між сторонами договору визнання ними власних інтересів, навіть якщо це суперечить принципам справедливості чи добросовісності. Ґрунтуючись на принципах визначеності та передбачуваності, загальне договірне право категорії «добросовісність» та

¹ Грицаєнко О. Л. До питання ефективності захисту прав особи в адміністративному судочинстві. Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: Юридичні науки. 2020. Том 31 (70). Ч. 2. № 2. С. 54.

«справедливість» не розглядає як необхідні для застосування регулювання, узгодженого між сторонами; вони навіть вважаються небажаними, оскільки вносять елемент невизначеності, що є неприйнятним у бізнесі та комерції. До прикладу, якщо сторони досить чітко визначили в договорі правові наслідки невиконання зобов'язань і якщо це не порушує обов'язкових законів, то такі наслідки будуть застосовані, навіть якщо це може бути несправедливим¹.

Утім, останнім часом така позиція доволі активно критикується. Вказується, що коли передбачені договором правові наслідки невиконання зобов'язань перевищують фактичні збитки, то вони, безумовно, є неефективними, оскільки змушують зобов'язану сторону виконувати умови договору навіть тоді, коли вартість виконання перевищує чисті вигоди для всіх учасників. А це слугує лише для збільшення очікуваного надлишку в управненої сторони, що не збільшує загального очікуваного надлишку і не сприяє загальному добробуту².

Указане правило ще й не узгоджується зі ст. III. – 1:110 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, відповідно до якої якщо виконання договірною зобов'язання або зобов'язання, що впливає з одностороннього юридичного акта, стає настільки обтяжливим у зв'язку з випадковою зміною обставин, що було б явно несправедливим притягнути боржника до зобов'язання, суд може змінити зобов'язання з метою зробити його розумним та справедливим у нових обставинах або припинити зобов'язання на дату та на умовах, визначених судом за умови, якщо: (a) зміна обставин відбулася після виникнення зобов'язання, (b) боржник на момент виникнення зобов'язання не врахував і не можна обґрунтовано очікувати, що він врахував можливість чи масштаб цієї зміни обставин; (c) боржник не взяв на себе та не може обґрунтовано вважатися таким, що передбачав ризик цієї зміни обставин; і (d) боржник намагався розумно

¹ Giuditta Cordero Moss. "International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith. *Global Jurist*. 2007. Vol. 7. Iss. 1 (Advances). Art. 3. URL: http://folk.uio.no/giudittm/Non-state%20Law_Good%20Faith.pdf (дата звернення: 29.03.2018).

² Hatzis Aristides N. *Civil Contract Law and Economic Reasoning An Unlikely Pair?* URL: <http://www3.unisi.it/sisle/Hatzis.pdf> (дата звернення: 11.12.2018).

та добросовісно досягти за допомогою переговорів розумного та справедливого коригування умов, що регулюють зобов'язання¹.

З іншого боку, надання можливості сторонам через суд завжди обмежувати обсяг своїх зобов'язань у разі невиконання чи неналежного виконання договору реальною шкодою та упущеною вигодою також суперечить ідеї ефективності. І хоча такий підхід дозволяє позбутися каральності, втім, він не повною мірою реалізує й компенсаційну функцію².

З приводу застосування принципу правової визначеності Великою Палатою Верховного Суду в постанові від 26 січня 2021 року у справі № 522/1528/15-ц було висловлено наступну позицію. Було зазначено, що ЄСПЛ одним із фундаментальних аспектів верховенства права розглядає принцип правової визначеності, який, між іншим, вимагає, щоб при остаточному вирішенні справи судами їх рішення не викликали сумнівів (BRUMARESCU v. ROMANIA, № 28342/95, § 61, рішення ЄСПЛ від 28 листопада 1999 року). 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 (LUPENI GREEK CATHOLIC PARISH AND OTHERS v. ROMANIA, № 76943/11, § 123, рішення ЄСПЛ від 29 листопада 2016 року). Судові рішення повинні бути розумно передбачуваними (S.W. v. THE UNITED KINGDOM, № 20166/92, § 36, рішення ЄСПЛ від 22 листопада 1995 року). Надана судам роль в ухваленні судових рішень якраз і полягає в розв'язуванні тих сумнівів щодо тлумачення, які існують. Оскільки завжди існуватиме потреба в з'ясуванні неоднозначних моментів і адаптації до обставин, які змінюються (Vyarentsov v. Ukraine, № 20372/11, § 65,

¹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Articles and Comments [Interim Edition, to be completed]. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group). Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law. URL: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf (дата звернення: 04.11.2019).

² Великанова М. М. Ризики в цивільному праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. С. 281.

рішення ЄСПЛ від 11 квітня 2013 року; *Del rio Prada v. Spain*, № 42750/09, § 93, рішення ЄСПЛ від 21 жовтня 2013 року).

Водночас Велика Палата Верховного Суду звертає увагу, що застосування конкретного способу захисту цивільного права залежить як від змісту права чи інтересу, за захистом якого звернулася особа, так і від характеру його порушення, невизнання або оспорення. Такі право чи інтерес мають бути захищені судом у спосіб, який є ефективним, тобто таким, що відповідає змісту відповідного права чи інтересу, характеру його порушення, невизнання або оспорення та спричиненим цими діями наслідкам. *Спосіб захисту порушеного права або інтересу має бути таким, щоб у позивача не виникла необхідність повторного звернення до суду* (курсив наш – авт.).

Поряд із верховенством права та справедливістю питання ефективності способу захисту доцільно також вирішувати й у площині дії принципів добросовісності та розумності. Необхідність застосування наведених принципів зумовлюється невизначеністю в правозастосуванні, коли вибір рішення вимагає від уповноваженої особи спеціального врахування факторів моральної чи інтелектуальної якості. При цьому потреба в застосуванні категорії розумності виникає, коли має місце невизначеність щодо вибору між кількома рішеннями, і вибір у такому разі робиться на користь найдоцільнішого та найраціональнішого¹. Розумність характеризує об'єктивну сторону дій особи. Вимоги розумності вважаються недотриманими, якщо дії особи є менш корисними або більш шкідливими для зазначеної в законі особи, ніж дії в тій же ситуації розумної людини².

Засади добросовісності дослідники німецького цивільного права конкретизують як загальний обов'язок, що передбачає необхідність:

- 1) кожній стороні зробити все, що взаємно полегшить виконання зобов'язання, і уникати того, що може його ускладнити або зробити таким, що не виконуватиметься;

¹ Диденко А. Г., Нестерова Е. В. Критерий добросовестности как условие защиты гражданских прав. Добросовісність: доктрина & судова практика : зб. ст. / за ред. І. В. Спасибо-Фатеевої. Харків : ЕКУС, 2021. С. 70.

² Кузнецова Н. Принципи сучасного зобов'язального права України. *Українське комерційне право*. 2003. № 4. С. 9–14.

- 2) уникати порушення прав іншої сторони, орієнтуючись на рішення судової практики про те, що кожна сторона має проявляти необхідне піклування щодо здоров'я та власності іншої сторони;
- 3) дійсно робити спільно все, що необхідно для досягнення мети договору;
- 4) надавати необхідну інформацію про виконання первісних дій з реалізації зобов'язання¹.

На думку К.В. Нам, який аналізує розуміння принципу добросовісності теорією, заснованою на соціальних, моральних цінностях, принцип добросовісності потрібно відрізнити від окремих позитивних правових норм. Ті чи інші спеціальні правила, встановлені сторонами завчасно, не мають бути визначальними. Правило добросовісності має пропонувати для конкретного випадку об'єктивно правильне вирішення, що має бути знайдено й обґрунтовано. Таке вирішення може в окремих випадках навіть предметно суперечити спеціальним позитивним правовим приписам. Втім, за твердженням вченого, виникає проблема визначення того, що є об'єктивно правильним для конкретного спірного випадку. Відтак виникає потреба пошуку надійного методу, за допомогою якого можна буде встановити правові положення, що відповідають нормам моралі і тим самим представляють собою об'єктивно правильне вирішення відповідно до принципу добросовісності².

Цікавою є позиція, сформульована у доповіді «Застосування судом ефективного способу захисту порушеного права. Актуальна практика Верховного Суду», у якій, зокрема, зазначено, що при вирішенні спорів Касаційний цивільний суд в складі Верховного Суду застосовує ряд нових принципів, серед яких:

(а) у всіх справах правосуддя й справедливості мають перевагу перед формальним розумінням права;

¹ Жулинский А., Рёрихт А. Введение в немецкое право. Москва : Спарк, 2001. С. 344–345.

² Нам К. В. Развитие принципа добросовестности (Treu und Glauben) в немецком праве. Добросовісність: доктрина & судова практика : зб. ст. / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : ЕКУС, 2021. С. 109–110.

(б) *venire contra factum proprium* (принцип «заборони суперечливої поведінки»), відповідно до якого поведінкою, яка суперечить добросовісності та чесній діловій практиці, є, зокрема, поведінка, що не відповідає попереднім заявам або поведінці сторони, за умови, що інша сторона, яка діє собі на шкоду, розумно покладається на них;

(в) *jura novit curia* («суд знає закони») – принцип, за яким неправильна юридична кваліфікація сторонами спірних правовідносин не звільняє суд від обов'язку застосувати для вирішення спору належні приписи юридичних норм¹.

Втім, щодо останнього принципу – *jura novit curia* («суд знає закони») – хотілося б зауважити, що його використання має зумовлюватися необхідністю застосування судом норми права, що підтверджує вимогу позивача, незалежно від доводів сторін. Тобто незалежно від того чи правильно (неправильно) сторони (або позивач) вказали правові норми, що підлягають застосуванню, суд самостійно застосовує ті, що регулюють спірні правовідносини. Але цей принцип не може бути підставою для зміни способу захисту судом без обґрунтованої заяви позивача.

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

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

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

¹ Грушицький А. Застосування судом ефективного способу захисту порушеного права. Актуальна практика Верховного Суду. Судді КЦС ВС розповіли адвокатам Волинської області про ефективні способи захисту та судову практику в іпотечних спорах. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1133604/> (дата звернення: 02.07.2021).

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

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

На нашу думку, таке негативне сприйняття можливості застосування способів захисту цивільних прав, що прямо не передбачені законом або договором, пов'язане із неправильним тлумаченням відповідної норми. Стаття 5 ЦПК України, стаття 5 ГПК України, стаття 5 КАС України аж ніяк не закріплюють повноваження суду самостійно визначати ефективний спосіб захисту порушеного, невизнаного або оспореного приватного права чи інтересу за відсутності такої вимоги у позовній заяві. Системний аналіз чинного законодавства, зокрема ст. 16, 20 ЦК України, ст. 5, 12, 13, 81, 175, 263, 264 ЦПК України дає підстави стверджувати, що суд може застосувати ефективний спосіб захисту цивільних прав, який прямо не передбачений законом або договором, лише в разі, якщо має місце відповідне обґрунтоване звернення особи про застосування саме такого способу захисту порушеного права чи інтересу.

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

Відсутність обґрунтування застосування способу захисту прав та інтересів, який не суперечить закону, як і відсутність конкретизації щодо самого способу захисту, є підставою для залишення позовної заяви без руху та відмови у судовому захисті. За власною ініціативою

судом не може бути застосовано ефективний спосіб захисту права, якщо від особи, право якої порушено, не надійшло такого звернення.

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

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

Окрему увагу доцільно звернути й на способи захисту цивільних прав та інтересів, закріплені ч. 2 ст. 16 ЦК України, з точки зору раціонального перегляду їх переліку. У доктрині зустрічаються нарікання як на закріплений легальний перелік способів захисту, так і на окремі способи захисту. Наприклад, зазначається, що такі законодавчо визначені способи захисту, як «відновлення становища, яке існувало до порушення» та «припинення дії, яка порушує право» є цілями цивільно-правового захисту, що знаходять своє втілення в таких функціях, як відновлювальна та компенсаційна. Як наслідок, це призводить до того, що деякі способи захисту взаємно накладаються один на одного¹.

¹ Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар. Т. 1: Загальні положення. Особи / за ред. І. В. Спасиво-Фатеевої. Харків : ЕКУС, 2020. С. 149.

Проте така позиція не є безспірною й може негативно вплинути не тільки на застосування вказаних способів захисту, а й звужити сферу застосування інших способів захисту чи взагалі позбавити особу можливості ефективного захисту порушених, оспорюваних або невизнаних прав. Так, дійсно, при застосуванні п. 4 ч. 2 ст. 16 ЦК України (відновлення становища, яке існувало до порушення) можуть виникнути проблеми у зв'язку з надмірним рівнем абстрактності (неконкретності) цього способу захисту. Сама по собі вимога про відновлення становища, яке існувало до порушення, не має прикладного характеру, є невизначеною, а отже вона не здатна ефективно відновити порушені права особи без належної конкретизації у позовних вимогах у межах обставин конкретної справи. З одного боку, це вказує на універсальність цього способу захисту та враховує диспозитивність як основну характеристику приватноправових відносин, у тому числі в процесі захисту суб'єктивних прав. З іншого боку, за відсутності достатньої конкретизації така позовна вимога може бути визнана неефективним способом захисту порушеного права.

Системне тлумачення ч. 2 ст. 16 ЦК України загалом, з урахуванням її пунктів, дає підстави стверджувати, що вказаною нормою передбачений перелік однопорядкових способів захисту, тому ці способи захисту не можуть співвідноситися як загальне і спеціальне. Отже, навряд чи можна визнати обґрунтованою позицію окремих науковців, які вважають, що практично всі способи захисту, передбачені у ч. 2 ст. 16 ЦК України, можуть бути визнані лише окремими проявами відновлення становища, яке існувало до порушення. На наш погляд, у межах цього способу слід розглядати саме відновлення фактичного (майнового) стану, який існував до порушення. Класичним, хоча й не єдиним, прикладом такого способу захисту є реституція. Сюди ж слід віднести знесення нерухомого майна, як обґрунтовано відзначав Верховний Суд у своєму судовому рішенні¹, а також інші прояви повернення сторін правовідносин у первісний майновий стан².

¹ Ухвала Верховного Суду України від 2 квітня 2008 року у справі № 6-28598св07. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/1860296> (дата звернення: 02.07.2021).

² Кот О. О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики : монографія. К. : Алерта, 2017. С. 271–272.

Більше того, при оновленні ЦК України доцільно, на наш погляд, розглянути питання щодо можливості розширення поймаєнованих способів захисту цивільних прав та інтересів, включивши до переліку, наприклад, такі, як визнання договору (правочину) дійсним та визнання договору укладеним (неукладеним).

Визнання договору (правочину) дійсним як спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав наразі передбачений у ст. 215 ЦК України¹, у ч. 2 якої зазначено, що у випадках, встановлених цим Кодексом, нікчемний правочин може бути визнаний судом дійсним. Такі випадки встановлені ст. 221, 226; ч. 2 ст. 224; ст. 218; ст. 219–220 ЦК України. Постановою Пленуму Верховного Суду України № 9 від 6 листопада 2009 року «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» у тому числі були надані роз'яснення щодо застосування судами положень про визнання правочину дійсним. Так, у п. 13 зазначеної постанови вказано, що у зв'язку з недодержанням вимог закону про нотаріальне посвідчення правочину договір може бути визнано дійсним лише з підстав, встановлених статтями 218 та 220 ЦК України. Інші вимоги щодо визнання договорів дійсними, у тому числі заявлені в зустрічному позові у справах про визнання договорів недійсними, не відповідають можливим способам захисту цивільних прав та інтересів. Такі позови не підлягають задоволенню.

Отже, сьогодні усталеним є розуміння визнання договору (правочину) дійсним як способу захисту, що застосовується у виняткових випадках. Відтак маємо суперечливу судову практику застосування цього способу. Наприклад, у справі № 757/44693/15-ц за позовом про визнання правочину дійсним у зв'язку з тим, що Фондом гарантування вкладів фізичних осіб договір банківського вкладу, який був укладений між ним та банківською установою, було визнано нікчемним, районним судом було відмовлено у задоволенні вимог у зв'язку з тим, що після запровадження Фондом гарантування вкладів фізичних осіб тимчасової адміністрації неплатоспроможного банку з метою виведення його з ринку та в подальшому відкликання НБУ банківської

¹ У чинному ЦК України цей спосіб називається «визнання правочину дійсним».

ліцензії і переходу до процедури ліквідації банку, задоволення вимог кредиторів банку здійснюється в порядку, передбаченому Законом України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб».

Апеляційним судом вказане рішення скасовано та постановлене нове рішення, яким також у задоволенні позову відмовлено, але у зв'язку з невірним обраним способом правового захисту. Верховний Суд у свою чергу також скасував рішення апеляційного суду з мотивів, що судам при оцінці належності обраного позивачем способу захисту та обґрунтуванні відповідного висновку щодо нього, слід виходити із його ефективності (стаття 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод), а це означає, що вимога про захист цивільного права має відповідати змісту порушеного права, характеру правопорушення, а також забезпечувати поновлення порушеного права, а в разі неможливості такого поновлення – гарантувати особі можливість отримання нею відповідного відшкодування. Одночасно порушені право чи інтерес підлягають судовому захисту і в спосіб, не передбачений законом, зокрема статтею 16 ЦК України, але який є ефективним способом захисту, тобто таким, що відповідає змісту порушеного права, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням. Вищезазначені вимоги закону залишилися поза увагою апеляційного суду, який, залишаючи без задоволення позовні вимоги, не звернув уваги, що відповідач не визнає право позивача на банківський вклад, а обраний позивачем спосіб захисту спрямований на поновлення прав останнього. Відмовивши у задоволенні позову з підстав обрання позивачем неналежного способу захисту права, апеляційний суд фактично не надав оцінки доводам апеляційної скарги щодо дотримання відповідачами вимог закону при визнанні нікчемним спірного договору банківського вкладу, а отже не перевіряв правильність висновків суду першої інстанції¹.

Тому, на нашу думку, закріплення в ст. 16 ЦК України такого способу захисту суб'єктивних цивільних прав як визнання договору (право-

¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 28.03.2018 року у справі № 757/44693/15ц. URL: https://protocol.ua/ru/postanova_ktss_vp_vid_28_03_2018_roku_u_sprav_i_757_44693_15_ts/ (дата звернення: 02.07.2021).

чину) дійсним дасть можливість ефективно захистити порушене, оспоруване або невизнане право.

Визнання договору укладеним (неукладеним) сьогодні застосовується як спосіб захисту цивільних прав на підставі п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК України. Так, наприклад, у справі № 916/1423/18¹ апеляційний суд, застосувавши положення статей 3, 6, 12-15, 20, 203, 626–628, 638 ЦК України, дійшов висновку, що у випадку відмови в укладенні договору таке право підлягає захисту судом на підставі п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК України шляхом визнання договору укладеним на умовах, визначених стороною, а вимога «про зобов'язання укласти договір на умовах запропонованого проекту договору» є неналежним способом захисту цивільних прав, не відповідає визначеним ст. 16 ЦК України способам судового захисту, що узгоджується з позицією Верховного Суду України в постанові 10.10.2012 р. у справі № 6-110цс12 та постанові Верховного Суду 25.06.2019 р. у справі № 922/1500/18. Апеляційний суд зазначив, що якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного права чи інтересу особи, яка звернулася до суду, суд відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону. У спірному випадку в разі відмови в укладенні договору, таке право підлягає захисту судом на підставі п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК України (шляхом визнання договору укладеним на умовах, визначених стороною). Оскільки належний спосіб захисту порушеного права визначено законом, у суду відповідно до ч. 2 ст. 5 ГПК України відсутні повноваження для визначення іншого способу захисту, ніж той, який обрано самим позивачем. А з огляду на обрання позивачем неналежного способу захисту відсутні правові підстави для задоволення позовних вимог. Такі висновки апеляційного суду обґрунтовано з посиланням на правову позицію, викладену в постанові Верховного Суду 25.06.2019 р. у справі № 922/1500/18.

Об'єднана палата Касаційного господарського суду за результатами розгляду касаційної скарги у цій справі зробила такі висновки. Щодо

¹ Постанова об'єднаної палати Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 18.09.2020 № 916/1423/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/91973220> (дата звернення: 02.07.2021).

можливості надання позивачу судового захисту відповідно до сформульованого ним предмета позову не вбачається підстав для застосування положень ч. 2 ст. 5 ГПК України та обрання судом на власний розсуд іншого способу захисту, ніж той, який обрано позивачем та який фактично означає вимогу позивача про укладення в судовому порядку договору в редакції, викладеній у позовній заяві, з посиланням на статтю 187 Господарського кодексу України.

Наявність різних правових позицій щодо застосування норм права за подібних обставин не сприяє єдності правозастосування та розумній передбачуваності судових рішень. Тому судова палата вважає за необхідне відступити від правових висновків, викладених у постанові Верховного Суду від 31.10.2019 р. у справі № 916/1134/18 про неналежність обраного позивачем способу захисту шляхом заявлення вимоги «про зобов'язання укласти договір на умовах запропонованої позивачем редакції договору» (пункти 4.24–4.30 постанови). Натомість доцільно погодитися із висновками касаційного суду у постанові 27.02.2020 р. у справі № 916/1422/18 про можливість надання особі судового захисту за позовною вимогою «про зобов'язання укласти договір у редакції, наданій позивачем відповідно до статті 187 ГК України».

Реалізуючи визначене у ст. 55 Конституції України право на судовий захист, звертаючись до суду, особа наводить у позові власне суб'єктивне уявлення про порушене право чи охоронюваний інтерес та спосіб його захисту, що не вимагає їх формулювання дослівно тими словосполученнями, які застосував законодавець у ст. 16 ЦК України. Головним є змістовне наповнення обраного позивачем способу захисту, яке визначається судом з прийняттям до уваги його правових обґрунтувань. Отже, якщо позивач просить суд зобов'язати відповідача укласти договір у поданій ним редакції з посиланням на ст. 187 ГК України, то це означає звернення позивача про вступ у певні правовідносини – про визнання укладеним за рішенням суду договору в редакції, наданій позивачем, що відповідає вимогам ч. 2 ст. 16 ЦК України та ч. 2 ст. 20 ГК України та не вимагає зміни способу захисту цивільного права позивача відповідно до ст. 5 ГПК України.

З правовою позицією про можливість надання судового захисту за позовною вимогою «про зобов'язання укласти договір у певній редакції» погодився Верховний Суд України у постанові № 15/095 від 27.05.2015 р. у справі № 924/1134/14, у разі надання позивачем проекту договору та якщо укладення такого договору є зобов'язанням відповідача в силу закону. Отже, правова позиція Верховного Суду України, викладена в постанові 10.10.2012 р. у справі № 6-110цс12, була уточнена Верховним Судом України у зазначеній постанові у справі № 924/1134/14. З огляду на таке, Об'єднана палата Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду не вважає правові висновки в цій справі відступом від позиції Верховного Суду України у справі № 6-110цс12, оскільки такі висновки були уточнені Верховним Судом України у справі № 924/1134/14.

Визнання договору неукладеним також не передбачене ч. 2 ст. 16 ЦК України як загальний спосіб захисту. Це теж створює труднощі в застосуванні такого способу захисту. Так, наприклад, Верховний Суд України в Постанові Пленуму № 9 від 06.11.2009 р. «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними»¹ у п. 8 зазначив, що вимога про визнання правочину (договору) неукладеним не відповідає можливим способам захисту цивільних прав та інтересів, передбачених законом. Суди мають відмовляти в позові з такою вимогою. У цьому разі можуть заявлятися лише вимоги, передбачені главою 83 книги п'ятої ЦК України.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ в Аналізі судової практики внаслідок застосування судами роз'яснень, викладених у Постанові Пленуму ВСУ «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними», також наголосив, що незважаючи на дискусійність в науці цього роз'яснення ВСУ, судова практика вищих судових інстанцій незмінна. Спір, який не має практичного значення, не повинен вирішуватися судом. Підтвердженням цього є й зміни, внесені до ст. 124 Конституції

¹ Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 9 від 06.11.2009 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09#Text> (дата звернення: 02.07.2021).

України (справи судами вирішуються лише в разі юридичного спору). Про неукладеність правочину як юридичну обставину справи може бути зазначено у мотивувальній частині судового рішення¹.

Разом з тим така позиція суду не сприяє ефективному захисту прав та законних інтересів. Заявлення вимог, передбачених главою 83 книги п'ятої ЦК України, а саме: 1) повернення виконаного за недійсним правочином, 2) витребування майна власником із чужого незаконного володіння, 3) повернення виконаного однією із сторін у зобов'язанні, 4) відшкодування шкоди особою, яка незаконно набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи, є за своєю суттю застосуванням наслідків неукладеності договору. Логічно, що вони можуть бути застосовані, якщо встановлена наявність підстав, які свідчать про неукладеність договору. І хоча у ст. 638 ЦК України визначено, що договір є укладеним, якщо сторони досягли згоди з усіх істотних умов договору, проте суб'єктивне сприйняття категорії «досягнення згоди» може створити ситуацію, коли згода щодо істотних умов ніби досягнена, але самі ці умови не конкретизовані, а тому виконані бути не можуть. Наприклад, форма та розмір орендної плати (за умови, що орендна плата є істотною умовою договору). У такому разі виникає питання укладений цей договір чи ні? Є підстава для заявлення вимог, передбачених главою 83 книги п'ятої ЦК України, чи така підстава відсутня? Тому виникає потреба у вирішенні спору щодо наявності чи відсутності юридичного факту, який породжує певні правовідносини. Тим більше, як зазначив Касаційний цивільний суд у постанові 715/974/13-ц², поняття «юридичний спір» має тлумачитися широко, з огляду на підхід Європейського суду з прав людини до тлумачення поняття «спір про право» (п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і осно-

¹ Аналіз судової практики внаслідок застосування судами роз'яснень, викладених у Постанові Пленуму ВСУ «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними». URL: https://protocol.ua/ru/vssu_analiz_sudovoi_praktiki_pri_zastosuvanni_sudami_roz_yasnen_vikladenih_u_post_plenumu_vsu/ (дата звернення: 02.07.2021).

² Постанова ККС ВС від 17.06.2020 у справі № 715/974/13-ц. URL: <https://precedent.ua/89903570> (дата звернення: 02.07.2021).

воположних свобод). Зокрема, ЄСПЛ зазначив, що відповідно до духу Конвенції поняття спору про право має розглядатися сутнісно, а не формально.

Отже, враховуючи наявність різної, а інколи – відверто суперечливої практики застосування п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК України, ч. 2 ст. 5 ГПК України, а також різні правові позиції щодо застосування норм права, які регулюють обрання особою способу захисту свого права, при оновленні ЦК України варто розглянути також можливість закріплення у ч. 2 ст. 16 ЦК України визнання договору укладеним (неукладеним) як окремого способу захисту цивільних прав та інтересів, що сприятиме єдності праворозуміння та надасть змогу уникнути різного правозастосування.

Підсумовуючи викладене, можна зробити такі висновки. З метою забезпечення ефективності захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави варто розглянути питання щодо можливості закріплення саме в ст. 16 ЦК України умов (передумов, критеріїв) застосування способів захисту цивільних прав, прямо не передбачених законом або договором, надавши таким чином право суду дати оцінку способу захисту як належного і ефективного. Це зумовлено тим, що хоча право на захист і право на звернення до суду за захистом взаємопов'язані між собою, все ж право на захист за своєю сутністю є передусім матеріально-правовою, а не процесуальною категорією, хоча і тісно пов'язаною з процесуальними нормами. З огляду на законодавче регулювання інституту захисту прав у цивільному праві України, є підстави вважати, що встановлені в ст. 16 ЦК України способи захисту цивільних прав, передбачене ст. 19 ЦК України право особи на самозахист від правопорушень та протиправних посягань, право особи здійснювати захист своїх прав на власний розсуд, закріплене у ст. 20 ЦК України, беззаперечно свідчать про те, що захист прав може здійснюватися як із залученням уповноважених органів (у порядку, передбаченому процесуальним законодавством), так і самотійно правоволодільцем без участі таких органів на підставі відповідних положень цивільного законодавства (матеріального права). Отже, логічним видається розміщення норм, що встановлюють умови

(передумови, критерії) застосування способів захисту цивільних прав, прямо не передбачених законом або договором, у ЦК України, а не в процесуальних кодексах.

Доцільним також видається розширення поіменованих способів захисту цивільних прав та інтересів шляхом включення до ч. 2 ст. 16 ЦК України таких способів, як визнання договору (правочину) дійсним та визнання договору укладеним (неукладеним).

Розділ 8

Сучасні тенденції розвитку сімейного законодавства в Україні в світлі рекодифікації (оновлення) Цивільного кодексу України

Істотне оновлення та реформування сімейного законодавства, яке відбулося 2004 року у зв'язку із набранням чинності СК України, та подальші правотворчі процеси, зумовлені розбудовою незалежної української держави, інтегруванням її у світовий та європейський політичний, економічний та соціальний простір, імплементація укладеної між Україною та ЄС Угоди про асоціацію, особливо в частині оновлення цивільного та сімейного законодавства, зумовлюють необхідність переосмислення теоретико-правових засад багатьох сімейно-правових інститутів. У зв'язку з цим виникає необхідність у науковому дослідженні основних сучасних тенденцій розвитку сімейного законодавства України як з огляду на тривалий період його існування на рівні окремої кодифікації, так і з урахуванням європейського досвіду правового регулювання приватних відносин, у тому числі і сімейних, актами цивільного законодавства – цивільними кодексами. Особливої актуальності вище вказана дискусія набула останнім часом в світлі рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства. Спробуємо дослідити як історичний аспект цієї проблематики, так і сучасний стан сімейного законодавства з метою з'ясування існуючих проблем сімейно-правового регулювання та окреслення перспектив їх вирішення.

Після проголошення незалежності України перші кроки вдосконалення сімейного законодавства полягали у внесенні косметичних

змін до Кодексу про шлюб і сім'ю УРСР 1969 року. 23 червня 1992 року було прийнято Закон України «Про внесення змін і доповнень до Кодексу про шлюб та сім'ю УРСР», який був спрямований на усунення комуністичних та соціалістичних ідеалів у побудові сімейних відносин та вказівки про провідну роль партії в цьому процесі. Найбільшим досягненням цього Закону є запровадження інституту шлюбного контракту в сімейне законодавство, що вперше дало можливість учасникам сімейних відносин укласти договір щодо вирішення питань життя сім'ї (ст. 27-1 Кодексу). Також цим Законом були вдосконалені окремі норми щодо здійснення батьківських прав та виконання батьківських обов'язків щодо дітей, визначення видів заробітку (доходу) в аліментних зобов'язаннях, опіки (піклування) та реєстрації актів цивільного стану. Наступний крок у вдосконаленні сімейного законодавства було зроблено 30 січня 1996 року Законом України «Про внесення змін і доповнень до Кодексу про шлюб та сім'ю УРСР». Внаслідок його прийняття вдосконалено аліментні зобов'язання та законодавство про усиновлення. 11 січня 2000 року Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України з питань реєстрації актів громадянського стану» у новій редакції було викладено гл. 36 Кодексу щодо реєстрації зміни прізвища, імені та по батькові особи та змінено і доповнено правові норми щодо реєстрації актів громадянського стану. Фактично на цьому процес удосконалення законодавства України про шлюб та сім'ю 90-х років минулого століття завершився¹.

Наступним етапом кодифікації сімейного законодавства став процес по імплементації сімейного права до проекту Цивільного кодексу України. У редакції проекту Цивільного кодексу від 25 серпня 1996 року містилося 8 книг: «Загальні положення», «Особисті немайнові права фізичних осіб», «Право власності та інші речові права», «Право інтелектуальної власності», «Зобов'язальне право», «Сімейне право», «Спадкове право», «Міжнародне приватне право». На думку фахівців, це був

¹ Ватрас В. А. Кодифікація новітнього сімейного законодавства: історія та сучасний стан. Університетські наукові записки. *Часопис Хмельницького університету управління та права*. 2016. № 2 (58). С. 35–47.

один з найбільш досконалих шляхів кодифікації всього приватного права України^{1;2;3}. Як зазначає Є. О. Харитонов, загалом рішення по включенню до проекту ЦК сімейного права, як окремої книги, виглядало достатньо привабливо, об'єднуючи в струнку структуру весь комплекс відносин, що стосуються визначення статусу приватної особи (зокрема, у сімейній сфері). Відповідно шлюб та сім'я розглядалися не як самоцінність, а як складова правового статусу приватної особи⁴. На думку Р. О. Стефанчука, існування СК України окремим кодифікованим нормативно-правовим актом створює високу вірогідність віддаленості від загальних засад приватноправового регулювання, адже новому ЦК України доведеться «підлаштовуватися» під уже чинний СК, що породить низку колізій та конкуренцію правових норм⁵.

Іншої точки зору була авторка проекту СК України З. В. Ромовська, яка вважала прийняття окремого Сімейного кодексу перемогою в законотворенні, підкресленням ролі сім'ї в українському суспільстві, а запозичення до його тексту низки правових конструкцій з європейського законодавства – вкладом до загальноєвропейської правової скарбниці⁶. У подальшому Є. О. Харитонов також оцінив ідею прийняття окремого СК України цілком логічною з історичної східноєвропейської суті розуміння сімейних відносин в Україні, хоча це і вимагає істотних пояснень щодо особливостей останнього і співвідношення

¹ Стефанчук Р. О. Третя кодифікація національного законодавства в Україні. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2002. Спецвипуск № 1. С. 26–28.

² Стефанчук Р. О. Проблеми реформування та кодифікації сімейного законодавства України. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2002. № 4. С. 139–143.

³ Стефанчук Р. О. Цивільний кодекс України: робота над помилками (до п'ятої річниці набрання чинності Цивільним кодексом України). *Приватне право і підприємництво*. Вип. 8, 2009. К. : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПрН України. С. 17–19.

⁴ Науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України: вид. друге, доп. ; за ред. Є. О. Харитонова. Х. : Одиссей, 2008. 560 с.

⁵ Стефанчук Р. О. Проблеми реформування та кодифікації сімейного законодавства України. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2002. № 4. С. 139–143.

⁶ Ромовська З. В. Сімейний кодекс України : науково-практичний коментар. К. : Ін Юре, 2003. 532 с.

його норм з положеннями Цивільного кодексу України¹. Таку позицію також підтримує Т. Бондар, яка вважає, що специфіка сімейних відносин (зокрема, підстави їх виникнення, зміни та припинення, зміст і суб'єктний склад, сфера суспільних відносин, у яких вони виникають і функціонують тощо) і зумовила їх автономне правове регулювання в СК України².

З рештою ідея роздільної кодифікації сімейного та цивільного законодавства в Україні перемогла. 19 липня 1999 року проект СК України було зареєстровано в парламенті. 18 травня 2000 року його було розглянуто і прийнято за основу. Після другого та третього читань – 15 листопада 2001 року Закон був заветований Президентом. Врешті-решт, 10 січня 2002 року СК України був прийнятий остаточно. Саме ця дата є завершенням *другого етапу кодифікації сімейного законодавства України*.

СК України у первісному вигляді складався із 7 розділів, 22 глав та 292 статей. На сьогодні внаслідок внесення змін та доповнень додано ще 2 глави (гл. 201 «Прийомна сім'я», глава 202 «Дитячий будинок сімейного типу»). Окремі статті Кодексу виключено (ст. 117, 275–281, 288–292), а деякими статтями СК України доповнено (ст. 256-1, 256-8).

У подальшому були проведені досить дієві кроки щодо вдосконалення СК України. Спробуємо їх проаналізувати:

1. Першим прорахунком, який був виправлений Законом України «Про внесення змін до Сімейного кодексу України» від 26 грудня 2002 року № 407-IV, стало коректування питання про набрання чинності кодексом з 1 січня 2003 року та одночасне набрання чинності з новим ЦК України. Цілком логічно, що обидва кодекси приватного права, які тісно пов'язані між собою і передбачають можливість субсидіарного застосування ЦК України до регулювання сімейних відносин, повинні бути узгоджені між собою та одночасно вступити в дію. Більше того, загальні положення про опіку та піклування й акти цивільного стану були виключені із сімейного законодавства та включені до сфери

¹ Науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України: вид. друге, доп. ; за ред. Є. О. Харитонova. Х. : Одісеї, 2008. 560 с.

² Бондар Т. Сімейне право в системі права України. *Приватне право*. 2013. № 1. С. 129–134.

регулювання ЦК України, про що ми вже висловлювали свою позицію. Вважаємо, що такий крок є абсолютно виваженим та правильним.

2. Законом України «Про внесення змін до статті 177 Сімейного кодексу України і статті 32 Цивільного кодексу України» від 2 червня 2005 року № 2620-IV було вдосконалено інститут управління майном дитини, що зумовлено необхідністю посилення гарантій захисту майнових прав дітей в Україні. Завдяки цим положенням у сотнях, а може і тисячах випадків були захищені майнові інтереси дітей, у тому числі їх житлові права. Залучення до цього процесу органів опіки та піклування як контролюючого органу при відчуженні майна дитини дали змогу запровадити більш ефективний механізм захисту прав дитини в Україні.

3. Найбільш спірним, на нашу думку, в удосконаленні сімейного законодавства стало прийняття Закону України «Про міжнародне приватне право» № 2709-IV від 23 червня 2005 року¹, яке фактично позбавило нас цілого розділу VI Сімейного кодексу України в редакції від 10 січня 2002 року «Застосування Сімейного кодексу України до іноземців та осіб без громадянства. Застосування законів іноземних держав та міжнародних договорів в Україні»². Попри це, правові норми щодо особливостей усиновлення дітей громадянами України, які проживають за її межами та іноземцями, залишились у СК України, так і не знайшли свого повного відображення в новоприйнятому спеціальному законі. Таким чином, внутрішнє національне сімейне законодавство розмістилося в одній кодифікації, якою став новий СК України, а сімейні відносини з іноземним елементом стали предметом регулювання спеціальної кодифікації – Закону України «Про міжнародне приватне право». Вважаємо, що сьогодні має бути завершена дискусія щодо автономної кодифікації міжнародного приватного права та необхідно прийняти рішення про включення міжнародного приватного права до ЦК України як окремої книги.

4. У 2005 році виникла необхідність удосконалити сімейне законодавство щодо аліментів на дитину. Законом України «Про внесення

¹ Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 року. *Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>

² Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 21–22. Ст. 135.

змін до Сімейного кодексу України щодо збільшення розміру аліментів на дітей» від 22 вересня 2005 року № 2901-IV встановлено мінімальний розмір аліментів на дитину не менше 30 % прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку. Окрім цього, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо призначення тимчасової державної допомоги дітям» від 8 вересня 2005 року № 2853-IV передбачено, що якщо місце проживання батьків невідоме, або вони ухиляються від сплати аліментів, або не мають можливості утримувати дитину, дитині призначається тимчасова державна допомога, яка не може бути меншою, ніж 30 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку. Виплата тимчасової державної допомоги здійснюється за рахунок коштів Державного бюджету України. Ухвалення цих законів дозволило покращити матеріальне становище дітей, батьки яких добровільно не виконували обов'язок щодо утримання дітей. Існуючий до цього мінімальний розмір аліментів у сумі 17 грн. на дитину був настільки мізерний, що в багатьох випадках не міг забезпечити дитину необхідним на тиждень життя, а не на один місяць. Дієвим способом забезпечення дитини також стала державна допомога, яка виплачувалась у разі ухилення від сплати аліментів за рахунок держави¹.

5. Впродовж 2005–2016 років відбулася модернізація законодавства щодо влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Так, законами від 6 листопада 2005 року № 3097-IV та від 20 грудня 2005 року № 3250-IV було підкореговано окремі норми усиновлення щодо умов вступу в шлюб суб'єктів усиновлення та щодо державного управління в цій сфері. Законом України «Про внесення змін до Сімейного кодексу України» від 23 лютого 2006 року № 3497-IV було значно розширено систему форм влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, оскільки запроваджено в законодавче поле правові інститути прийомної сім'ї

¹ Про затвердження Порядку призначення та виплати тимчасової державної допомоги дітям, батьки яких ухиляються від сплати аліментів, не мають можливості утримувати дитину або місце проживання їх невідоме : Постанова Кабінету Міністрів України № 189 від 22.02.2006 р. *Офіційний вісник України*. 2006. № 8 (07.03.2006). Ст. 446.

та дитячого будинку сімейного типу. Законами України від 10 квітня 2008 року № 257-УІ, від 4 червня 2009 року № 1452-УІ, від 19 травня 2011 року № 3381-УІ, від 16 жовтня 2012 року № 5462-УІ вдосконалювалося та шліфувалося законодавство України про усиновлення, зокрема посилилися законодавчі вимоги щодо віку усиновлювача (не менше 21 року, за винятком, коли усиновлювач є родичем дитини), різниці у віці між усиновлювачем та дитиною (не може бути більшою, ніж сорок п'ять років), усиновлення українських дітей іноземцями тощо. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення соціального захисту дітей та підтримки сімей з дітьми» від 26 січня 2016 року № 936-VIII значно розширено правове регулювання патронату над дитиною, який з виключно раніше існуючої договірної конструкції перетворився на комплексний правовий інститут. Так, запроваджено ще одну форму законного патронату як тимчасового догляду, виховання та реабілітації дитини в сім'ї патронатного вихователя на період подолання дитиною, її батьками або іншими законними представниками складних життєвих обставин. Така діяльність держави в цій сфері свідчить про значення інституту влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування в сім'ю та необхідність його модернізації.

6. Найбільш радикальними були зміни і доповнення до сімейного законодавства 22 грудня 2006 року, адже Закон «Про внесення змін до Сімейного та Цивільного кодексів України» стосувався цілої низки сімейно-правових інститутів. Завдяки цьому нормативно-правовому акту вдосконалено загальні положення СК України щодо застосування до регулювання сімейних відносин ЦК України, збільшено обсяг способів захисту сімейних прав та інтересів, викладено в новій редакції ст. 13 Кодексу щодо застосування міжнародних договорів до регулювання сімейних відносин, додатково врегульовано питання аналогії закону. Змін та доповнень також зазнали цілі інститути сімейного права. Інститут заручин, проіснувавши менше двох років, трансформувався у правовий інститут наречених. Уточнено зміст права дружини та чоловіка на свободу та особисту недоторканність, вдосконалено право на відмову від шлюбного договору, звужено обсяг інституту поновлення шлюбу, зазнав обмеження принцип презумпції

батьківства, відкореговано інститут застосування допоміжних репродуктивних технологій при визначенні походження дитини від батьків, доповнено правові норми щодо права батьків і дітей на спілкування. Такі зміни і доповнення суттєво вплинули на сімейне законодавство України та, як показала практика застосування, у переважній більшості виявилися достатньо ефективними.

7. Особливо слід вказати на певні недоліки кодифікації сімейного законодавства, які внаслідок недосконалої роботи законодавця зумовили досить таки парадоксальну ситуацію в правовому полі України, що спричинило ситуацію, коли одне і теж законодавче положення за невеликий період часу двічі змінювалося на протилежне правове регулювання, що дозволило в судовій практиці застосовувати подвійні стандарти, залежно від дії сімейного закону в часі. Законом України «Про внесення зміни до статті 61 Сімейного кодексу України щодо об'єктів права спільної сумісної власності подружжя» від 11 січня 2011 року № 2913-VI визначено, що об'єктом права спільної сумісної власності подружжя є житло, набуте одним із подружжя під час шлюбу внаслідок приватизації державного житлового фонду, та земельна ділянка, набута внаслідок безоплатної передачі її одному з подружжя із земель державної або комунальної власності, у тому числі приватизації. До набрання ним чинності такі об'єкти нерухомості вважалися особистою приватною власністю того з подружжя, хто безпосередньо виступив учасником приватизації і реалізував своє одноразове право. Натомість інший з подружжя дістав можливість одержати право власності щодо такого майна і залишити за собою в подальшому ще й права на приватизацію. Після цього Законом України «Про внесення змін до Сімейного кодексу України щодо майна, що є особистою приватною власністю дружини, чоловіка» від 17 травня 2012 року № 4766-VI дану норму виключили, кодекс доповнили положенням, відповідно до якого вищевказані об'єкти нерухомості знову повернули до правового режиму особистої приватної власності, наслідком чого учасники сімейних відносин залежно від часу набуття права на майно стали заручниками подвійних стандартів законодавця. Сподіваємося, що подальші кроки модернізації СК України будуть більш виваженими та правильними.

8. Також варто згадати про заходи законодавця щодо недопущення дискримінації за ознакою статі в сімейному законодавстві. Незважаючи на численні твердження авторки проекту СК України про те, що він пройшов правову експертизу на предмет гендерної рівності прав жінок та чоловіків, окремі його норми все ж таки довелося змінити. Зокрема, Законом України «Про внесення зміни до статті 143 Сімейного кодексу України щодо обов'язку батька забрати дитину з пологового будинку» від 12 травня 2011 року № 3354-УІ ч. 2 ст. 143 СК України доповнили абзацом другим такого змісту: «Батько, який не перебуває у шлюбі з матір'ю дитини, батьківство якого визначено у свідоцтві про народження дитини або визнано за рішенням суду, зобов'язаний за повідомленням служби у справах дітей, що здійснюється в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України, забрати дитину для утримання та виховання з пологового будинку або з іншого закладу охорони здоров'я, якщо цього не зробила мати дитини. У разі, якщо батько не перебуває у шлюбі, він набуває статусу самотнього батька». Така правова норма не лише надала батькові статусу самотнього батька, яким раніше володіла тільки матір, але й надала додаткових правових гарантій новонародженій дитині на забезпечення сімейного виховання батьком. Не менш важливим кроком законодавця є надання однакових правових гарантій жінкам і чоловікам на здійснення права на шлюб з 18 років обом, що позбавило жінку привілеїв на рік раніше за чоловіка створити сім'ю. У цій частині зроблені вагомі кроки щодо адаптації сімейного законодавства України до законодавства ЄС та практики ЄСПЛ.

9. Законом від 26 січня 2016 року внесено зміни до СК України, яким викладено в новій редакції Главу 20 «Патронат над дитиною», а саме: більш детально визначені обов'язки патронатного вихователя, вперше визначено права дитини, яка влаштовується в сім'ю патронатного вихователя, встановлено вимоги до патронатного вихователя, а також визначено зміст та істотні умови договору про патронат над дитиною, удосконалено умови оплати роботи патронатного вихователя.

10. У 2017–2018 роках було удосконалено сімейне законодавство з питань відповідальності за невиконання обов'язку щодо надання утримання. Встановлено адміністративну відповідальність за несплату аліментів на дитину, якщо сукупний розмір заборгованості перевищує

суму відповідних платежів за 6 місяців з дня пред'явлення виконавчого документа до примусового виконання для здорових дітей та в разі заборгованості за 3 місяці для дітей, які мають проблеми зі здоров'ям, передбачені у ст. 183–1 КУпАП. У подальшому Законом України від 3 липня 2018 року було підвищено мінімальний розмір аліментів на дитину з 30 до 50% прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку. З іншого боку, мінімальний рекомендований розмір аліментів на одну дитину встановлений на рівні прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку і може бути присуджений судом у разі достатності заробітку (доходу) платника аліментів.

Також впродовж останніх років мали місце певні косметичні правки СК України, що були зумовлені вдосконаленням законодавства про державну реєстрацію речових прав, про прокуратуру та соціальний захист. Однак вони не є конститутивними, а тому не потребують більш детального аналізу.

Таким чином, можна дійти висновку, що, незважаючи на відносно молодий вік новітньої кодифікації сімейного законодавства, вона потребує подальшого удосконалення в частині змісту існуючих правових інститутів, так і стосовно запровадження в майбутньому певних законодавчих новел. Особливо гостро та актуально буде стояти питання щодо зближення сімейного законодавства України із законодавством ЄС¹.

Сімейний кодекс України у системі джерел сімейного права

Прийняття чинного Сімейного кодексу України, безсумнівно, є перемогою східної традиції права та прихильників концепції самостійності сімейного права як галузі приватного права України. Попри це, кодекс приніс не лише низку позитивних новел, але й зумовив необхідність переосмислення багатьох класичних інститутів сімейного права та породив низку проблем у правозастосовчій практиці. Окремі його положення за останніх 17 років зазнали змін і доповнень, нові правові інститути, як виявилось, потребували корекції. У зв'язку з цим неабиякий науковий інтерес викликає дослідження кодифікації новітнього

¹ Ватрас В. А. Кодифікація новітнього сімейного законодавства: історія та сучасний стан. Університетські наукові записки. *Часопис Хмельницького університету управління та права*. 2016. № 2 (58). С. 35–47.

сімейного законодавства та формування подальших шляхів розвитку сімейного права України, у тому числі з урахуванням процесу зближення із законодавством ЄС¹.

Відмітимо основні принципи відмінності щодо структури та змісту новоприйнятого кодексу, порівняно з його попередником КпШС та іншими сімейними кодексами радянського часу.

По-перше, слід зауважити, що законодавець вилучив з предмету сімейно-правового регулювання інститут державної реєстрації актів цивільного стану, який на сьогодні регламентується на рівні спеціального закону, що регулює відносини, пов'язані з проведенням державної реєстрації актів цивільного стану, внесенням до актових записів цивільного стану змін, їх поновленням і анулюванням, визначає засади діяльності органів державної реєстрації актів цивільного стану². Фактично відносини щодо реєстрації актів цивільного стану переважно відносяться до адміністративного права, оскільки для сімейного та цивільного права юридичне значення має сам акт цивільного стану (народження, смерть, усиновлення), а не процедура його державної реєстрації.

По-друге, досить суттєво у новій кодифікації звужено правове регулювання опіки та піклування. На відміну від попередника, у якому містилося понад 30 статей з цього приводу, СК України регулює ці питання виключно в контексті використання опіки та піклування як форми влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Що ж стосується загальних питань встановлення, зміни та припинення опіки, правового статусу учасників цих відносин, опіки та піклування над недієздатними особами та фізичними особами дієздатність яких обмежена, то відповідні правові норми розмістилися в ЦК України (Глава 6 «Опіка та піклування»)³. Такий крок законодавця також видається доцільним, оскільки вищевказані питання

¹ Ватрас В. А. Кодифікація новітнього сімейного законодавства: історія та сучасний стан. Університетські наукові записки. *Часопис Хмельницького університету управління та права*. 2016. № 2 (58). С. 35–36.

² Про державну реєстрацію актів цивільного стану : Закон України від 1 липня 2010 року. *Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2398-17>

³ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. Ст. 261.

не відносяться до кола суспільних відносин, що регулюються сімейним законодавством. Існувала пропозиція щодо прийняття окремого закону про опіку і піклування, однак наразі вона навряд чи видається актуальною.

По-третє, у СК України з'явилася ціла низка законодавчих новел, які або оформлені в якості нових правових інститутів, або кардинально змінили напрямки та зміст існуючого правового регулювання. Серед цих новел можливо узагальнити такі:

- 1) юридичне закріплення поняття сім'ї, підстав її створення та права на сім'ю (ст. 3 СК України);
- 2) розширення договірної регулювання та запровадження можливості регулювати сімейні відносини договором (домовленістю) між їх учасниками (ст. 9 СК України) й закріплення цілої системи сімейних договорів, у тому числі шлюбного, сімейного та родинного договорів;
- 3) надання суду права враховувати місцеві звичаї та звичаї національної меншини при вирішенні сімейного спору, тобто легальне закріплення звичаю як джерела сімейного права (ст. 11 СК України);
- 4) правова регламентація інститутів здійснення сімейних прав, виконання сімейних обов'язків та захисту сімейних прав і інтересів (Глава 2 СК України);
- 5) **у шлюбному праві України**: закріплення надання права на шлюб судом з 14-річного віку (у первісній редакції ст. 23 СК України – в чинній редакції – з 16-річного віку), запровадження нового правового інституту – заручини (у первісній редакції ст. 31 СК України), введення в юридичний обіг правої категорії правозгідність шлюбу (ст. 37 СК України), створення нового інституту – визнання шлюбу неукладеним (ст. 48 СК України), розширення кола особистих немайнових права та обов'язків подружжя правами на материнство, батьківство, на повагу до своєї індивідуальності, на фізичний та духовний розвиток, на свободу та особисту недоторканність тощо (глава 6 СК України), закріплення права особистої приватної власності подружжя та розширення його змісту (глава 7 СК України), вдосконалення регулювання

права спільної сумісної власності подружжя (глава 8 СК України), розширення сфери регулювання аліментних прав та обов'язків подружжя (глава 9 СК України), надання можливості позасудового розірвання шлюбу, незалежно від наявності майнового спору (ст. 106 СК України), закріплення можливості розірвання шлюбу судом за спрощеною процедурою за завою подружжя, що має дітей (109 СК України); запровадження нових інститутів – поновлення шлюбу (ст. 118 СК України) та сепарації – режиму окремого проживання подружжя (ст. 119–120 СК України);

- 6) закріплення правового інституту фактичних шлюбних відносин у формі виникнення права на майно та на взаємне утримання жінки та чоловіка, що проживають однією сім'єю без шлюбу (ст. 74, 91 СК України);
- 7) **у батьківському праві:** правове регулювання допоміжних репродуктивних технологій при визначенні походження дитини (ст. 123 СК України), запровадження біологічного критерію при вирішенні судових спорів про батьківство (материнство), розширення кола особистих немайнових прав та обов'язків батьків і дітей правами та обов'язками щодо виховання та розвитку дитини (ст. 150–152 СК України), спілкування (ст. 153 СК України), встановлення особливостей здійснення батьківських прав та виконання батьківських обов'язків, у тому числі і вирішення спорів щодо дітей між батьками (ст. 155–162 СК України), розширено підстави та деталізовано наслідки позбавлення батьківських прав (ст. 164–169 СК України), законодавчо закріплено не лише право дитини, що досягла 14 років самостійно звернутися за захистом своїх прав до суду, але й запроваджено інститут врахування думки дитини при вирішенні питань, що стосуються її життя (ст. 171 СК України), впроваджено правовий інститут управління майном дитини (ст. 177 СК України), визначено порядок використання доходу від майна дитини та питання права власності на аліменти, що одержані на дитину (ст. 178–179 СК України), вдосконалено взаємні аліментні зобов'язання батьків і дітей, у тому числі передбачено укладення аліментного договору, за яким примусове стягнення здійснюється на підставі

виконавчого напису нотаріуса, передбачено припинення права на аліменти на дитину у зв'язку з набуттям права власності на нерухоме майно, передбачено відповідальність за прострочення сплати аліментів у виді пені тощо (глави 15–17 СК України);

- 8) **у законодавстві щодо влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування:** вдосконалено інститут усиновлення (Глава 18 СК України), змінено стратегію регулювання опіки та піклування виключно як форми влаштування дітей у сім'ю (глава 19 СК України), розроблено та законодавчо закріплено новий правовий інститут патронату над дітьми (глава 20 СК України);
- 9) **у родинному праві** (права та обов'язки інших членів сім'ї та родичів): законодавчо закріплено підрозділ про особисті немайнові права та обов'язки інших членів сім'ї та родичів, до кола яких віднесено бабу, діда, прабабу, прадіда, внуків, правнуків, братів та сестер, мачуху, вітчима, пасинка, падчерку, яких наділили правами та обов'язками щодо виховання, спілкування та захисту (глава 21 СК України), вдосконалено правове регулювання обов'язків по утриманню інших членів сім'ї та родичів як субсидіарного зобов'язання у випадку відсутності утриманців більш тісного ступеня споріднення (глава 22 СК України);
- 10) **у міжнародному сімейному праві** – у первісній редакції Розділу 6 СК України було вдосконалено як колізійні питання сім'ї та шлюбу, так і питання застосування сімейного законодавства України до іноземних громадян та осіб без громадянства, хоча в подальшому вони були перенесені до Закону України «Про міжнародне приватне право»¹.

Таким чином, незважаючи на суперечливі думки науковців щодо способів та підходів кодифікації приватного права, починаючи з 1 січня 2004 року, одночасно з ЦК України СК України вступив у дію, підсумком чого стало не лише завершення другого етапу кодифікації сімейного законодавства України, але й у повній мірі відбулося реформування

¹ Ватрас В. А. Кодифікація новітнього сімейного законодавства: історія та сучасний стан. Університетські наукові записки. *Часопис Хмельницького університету управління та права*. 2016. № 2 (58). С. 35–47.

сімейного законодавства, яке завершилося досить таки революційними та кардинальним змінами в системі сімейного права.

Такі зміни полягають не лише у відході від радянської традиції права, виключенні окремих інститутів і норм (державна реєстрація актів цивільного стану, опіка та піклування), але й у кардинально новому розумінні сім'ї та шлюбу, що будуються на звичаях та традиціях Українського Народу, запозиченні передового світового та європейського досвіду сімейно-правового регулювання та запровадженні цілої низки новел у цій сфері, як от сімейне договірне право, заручини, сепарація, нові форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у сім'ю.

Модель роздільної кодифікації цивільного та сімейного права існує не лише в Україні. Серед країн із сімейними кодексами як джерелами сімейного права є переважно держави із соціалістичним минулим (зокрема, сімейні кодекси прийняті в Республіці Білорусь, Республіці Польща, Республіці Хорватія тощо).

У Республіці Білорусь основним джерелом сімейного права є спеціальний кодифікований акт – Кодекс Республіки Білорусь про шлюб та сім'ю, що був прийнятий 9 липня 1999 року, який замінив аналогічний документ, який діяв з 1969 року. Поряд із Кодексом Республіки Білорусь про шлюб та сім'ю передбачається застосування інших актів законодавства (законів та підзаконних нормативно-правових актів), а субсидіарно – норм цивільного, житлового та іншого законодавства, а щодо відносин міжнародного сімейного права – положення сімейного законодавства інших держав, якщо воно не протирічить положенням Кодексу, або положення міжнародного договору.

У Республіці Молдова основним джерелом сімейного права є СК Республіки Молдова, прийнятий 26 жовтня 2000 року, який замінив Кодекс про шлюб та сім'ю 1969 року. СК Республіки Молдова аналогічно СК Республіки Білорусь є основним джерелом сімейного права, визначає в якості інших джерел лише інші нормативно-правові акти, міжнародні договори, а також цивільне законодавство (субсидіарно)¹.

¹ Семейный кодекс Республики Молдова от 26.10.2000. Bizlex.Ru. URL: <http://bizlex.ru/18-semeynyy-kodeks-respublika-moldova.html/>

Сімейні відносини в Республіці Польща регулюються Кодексом про сім'ю та опіку, який був прийнятий 25 лютого 1964 року й набрав чинності з 1 січня 1965 року. Він заснований на принципі дотримання інтересів дитини, що проявляється у тому, що суд не може винести рішення про розлучення, якщо це перешкоджає благу дитини, а батьківська влада здійснюється на благо дитини. Слід зазначити, що в 1998 році, у зв'язку з ратифікацією конкордату з Ватиканом, введені два рівноправні способи укладення шлюбу: через органи реєстрації актів цивільного стану і через укладення релігійного шлюбу – цим самим було фактично визнано релігійні норми джерелом сімейного права. 2004 року до Кодексу були внесені зміни, які передбачали розширення можливості індивідуального договірною регулювання сімейних майнових відносин між подружжям; попри збереження режиму спільності майна подружжя, було визначено, що один з подружжя не відповідає за борги іншого з подружжя¹.

В окремих державах Європи, а також США немає єдиного кодифікованого правового акта сімейного законодавства, однак прийняті закони, які врегульовують окремі сімейно-правові інститути. Наприклад, у Великобританії прийняті закони про: дітей (1989 р.), реформу сімейного права (1969 та 1980 р.), опіку над неповнолітніми (1971 р.), шлюбно-сімейні відносини (1973 р.), доміцилій та судочинство в шлюбно-сімейних справах (1973 р.), опіку (1973 р.), дітей (1975 р.), легітимацію дітей (1976 р.), судочинство в сімейних справах в магістратських судах (1978 р.), турботу про дітей (1980 та 1991 р.), сімейне право (1996 р.), розірвання релігійних шлюбів (2002 р.) та ін. У США на федеральному рівні прийняті закони: про підтримку сім'ї штатом (1983 р.), про цивільну відповідальність за ненадання підтримки (1988 р.), про шлюб та розлучення (1970 р.), про шлюбний договір (1983 р.), про примусове виконання аліментних зобов'язань (1968 р.), модельний закон про попередження викрадення дітей батьками (1980 р.), єдині (зразкові для подальшого прийняття таких законів штатами) закони: про примусове стягнення аліментів (1984 р.), про

¹ Федорчък П. История развития семейного права Польши в XX веке. *Семейное и жилищное право*. 2006. № 2. С. 17.

опіку над дітьми (1997 р.), про визнання розлучень (1947 р.), про усиновлення (1973 р.), про цивільну відповідальність за ухилення від сплати аліментів на дітей (1954 р.), про майно подружжя (1983 р.), про батьківство (1960 р.), про права опікунів на дітей (1988 р.), про дітей, які потребують допомоги (1997 р.) тощо; на рівні штатів приймаються окремі закони (крім Каліфорнії, у якій зазначені питання регулюються Цивільним кодексом).

Деякі держави відмовилися від ідеї роздільної кодифікації сімейного та цивільного законодавства та імплементували сімейне право до цивільних кодексів. Основним джерелом сімейного права Чеської республіки довгий час був Закон про сім'ю 1963 року (у редакції Закону від 1998 року), однак майнові відносини подружжя врегульовані нормами ЦК, водночас у зв'язку із прийняттям ЦК Чеської республіки 3 лютого 2012 року, він втратив чинність і наразі сімейні відносини в Чехії врегульовуються ЦК. Закон про шлюб, сім'ю та опіку був основним джерелом сімейного права Угорщини (до прийняття 2013 року нового ЦК, який включив до книги четвертої усі сімейно-правові норми), подібний закон прийнято в Сербії^{1, 2, 3}.

У зв'язку із вищевикладеним, можемо зазначити, що правове регулювання сімейних відносин спеціальним нормативно-правовим актом, як правило кодифікованим, не є радянською традицією, і притаманне не тільки державам із соціалістичним минулим, а й Великобританії та США, однак для останніх характерним є регулювання законами окремих сімейно-правових інститутів. Водночас у багатьох державах Центральної Європи поширеним є регулювання сімейних відносин окремим законом і поширення норм ЦК тільки на майнові відносини подружжя.

Говорячи про правову природу СК України як джерела права, слід зазначити, що він є основним джерелом сімейного права, вище нього

¹ Семейное право Российской Федерации и иностранных государств: основные институты / под ред. В. В. Залесского. М. : 2004. 310 с.

² Гражданский кодекс Чешской республики от 3 февраля 2012 года. URL: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/novy-obcansky-zakonik-rj.pdf>

³ Меркулова Т. А. Новый гражданский кодекс Венгрии. *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. 2014. № 2. С. 226–233.

в ієрархії джерел сімейного права стоїть тільки Конституція України, а також акти міжнародного права, визнані Україною як обов'язкові (у тому числі правові акти ЄС, визнані Україною як обов'язкові у світлі прийнятті Угоди про асоціацію), яким СК України повинен відповідати; інші закони (якщо ними не вносяться зміни до самого СК України) мають підпорядкований характер щодо СК України, це ж саме стосується підзаконних нормативних правових актів, а інші джерела сімейного права є допоміжними і застосовуються або для індивідуального правового регулювання, або в судовій практиці. Особливістю СК України є те, що саме він визначає систему джерел сімейного права та місце кожного із джерел у механізмі правового регулювання.

Правове положення Сімейного кодексу або іншого спеціального закону, який врегулює сімейні відносини, у інших країнах схоже: у таких державах як Республіка Білорусь, Республіка Польща, Республіка Хорватія та Республіка Молдова основним джерелом сімейного права є кодифікований правовий акт (Кодекс Республіки Білорусь про шлюб та сім'ю, Кодекс Республіки Польща про сім'ю та опіку, СК Республіки Хорватія, СК Республіки Молдова), який допускає субсидіарне регулювання сімейних відносин цивільним кодексом, допоміжний характер інших нормативно-правових актів, а також обмежене застосування соціально-правових приписів у сімейних відносинах (однак в Республіці Польща релігійні норми застосовуються ширше, зокрема визнається релігійний шлюб). У Чеській республіці та Угорщині основним джерелом сімейного права був спеціальний закон (у Чехії – Закон про сім'ю, в Угорщині – Закон про шлюб, сім'ю та опіку), однак на даний час сімейні відносини регулюються цивільними кодексами цих держав. У період дії цих законодавчих актів вони були основними джерелами сімейного права, однак майнові відносини подружжя були врегульовані цивільними кодексами, тобто останні застосовувалися не субсидіарно, а поряд з основним сімейним законом. Регулювання сімейних відносин окремими законами має місце також у Великобританії та США, однак в цих державах вони регулюються великою кількістю законів, згрупованих за предметною ознакою.

Цивільний кодекс як додатковий регулятор сімейних відносин в Україні

ЦК України був прийнятий парламентом 16 січня 2003 року та набрав чинності з 1 січня 2004 року¹. За структурою кодекс містить 1308 статей в 90 главах, зібраних у 6-ти книгах: «Загальні положення», «Особисті немайнові права фізичних осіб», «Право власності та інші речові права», «Право інтелектуальної власності», «Зобов'язальне право», «Спадкове право». ЦК України побудований за пандектною системою, оскільки включає в себе загальну та особливу частини. Сьогодні ЦК України вважається однією з найбільш важливих та вдалих кодифікацій національного законодавства України, авторам якого вдалося «уловити» вектор економічних, політичних та соціальних перетворень і грамотно, логічно та послідовно відобразити їх у тексті ЦК².

Незважаючи на існування в правовому полі України окремої кодифікації сімейного законодавства, ЦК України є повноцінним джерелом сімейного права та застосовується до сімейних відносин на засадах субсидіарності. На субсидіарності застосування ЦК України в сімейних відносинах зазначають більшість дослідників^{3, 4; 5; 6; 7}. За юридичною природою кодекс належить до таких джерел права як нормативно-правовий акт або закон⁸. Відповідно до ч. 2 ст. 4 ЦК України основним актом цивільного законодавства України є ЦК України. Власне, він являє собою кодифікований закон, завдяки якому досягається загальна впорядкованість усього цивільного законодавства, забезпечується єдність регулятивних засад

¹ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. Ст. 261.

² Стефанчук Р. О. Цивільний кодекс України: робота над помилками (до п'ятої річниці набрання чинності Цивільним кодексом України). *Приватне право і підприємництво*. Збірник наукових праць. Вип. 8, 2009. С. 17–19.

³ Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / за ред. Ю. С. Червоного. К. : Істина, 2003. 464 с.

⁴ Ромовська З. В. Сімейний кодекс України : науково-практичний коментар. К. : Правова єдність, Алерга, КНТ, Центр учбової літератури, 2009. 432 с.

⁵ Ромовська З. В. Сімейний кодекс України : науково-практичний коментар. К. : Видавничий дім «Ін Юре», 2003. 532 с.

⁶ Сімейний кодекс України : науково-практичний коментар / за ред. І. В. Жилінкової. Х. : Ксилон, 2008. 855 с.

⁷ Сімейний кодекс України : науково-практичний коментар / за заг. ред. С. Я. Фурси. К. : Видавець Фурса С. Я.; КНТ, 2008. 1248 с.

⁸ Марченко М. Н. *Источники права : учеб. пособие*. М. : Проспект, 2009. 768 с.

у сфері його дії¹. ЦК України як кодекс приватного права, що регулює усі приватні відносини в Україні, цілком логічно виступає як додаткове джерело сімейного права в тих випадках, коли відсутня доцільність правового регулювання відносин між членами сім'ї. Наприклад, СК України, визначаючи специфіку такого особливого правочину як шлюбний договір, не регулює загальні, по суті «цивільстичні», засади договірного права, як от: поняття договору, його природу, загальні правила укладення, зміни, розірвання та припинення договору, визнання його недійсним. Який сенс розробляти загальну теорію сімейного договірного права, що вже ефективно впроваджена на рівні цивільного законодавства, якщо інститут договору можна застосувати при регулюванні сімейних відносин, з урахуванням їх специфіки. Цілком виправданою є позиція законодавця щодо закріплення в ч. 1 ст. 9 ЦК України правової норми, згідно з якою положення цього Кодексу застосовуються до врегулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових та сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства.

У свою чергу СК України також містить правову норму, що передбачає застосування до регулювання сімейних відносин ЦК України, відповідно до якої, якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами не врегульовані цим Кодексом, вони регулюються відповідними нормами ЦК України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин (ст. 8 СК України). Слід зауважити, що чинна редакція статті видається більш правильною, ніж попередня, оскільки Законом України від 22.12.2006 р. № 524-V розширено сферу застосування ЦК України до сімейних відносин шляхом включення до такої сфери поряд з майновими відносинами також сімейних особистих немайнових відносин. У цій частині слід погодитись із висновком О. В. Некрасової, яка вважає, що можливість застосування до регулювання сімейних відносин ЦК України є такою специфічною формою субсидіарного (додаткового) врегулювання відносин однієї галузі права нормами іншої, яка зумовлена не фактичною

¹ Сибільов М. Поняття правового режиму приватного права. *Вісник Академії правових наук України*. 2001. № 4 (27). С. 106–116.

наявністю прогалин у СК України чи законодавчими прорахунками, а прогнозованою і свідомою позицією законодавця з огляду на «родинність» приватноправових сімейних та цивільних відносин та переваги застосування методу «законодавчої економії»¹. По суті, схожа позиція висловлювалась і нами ще в 2004 р., і приємно констатувати, що вона знайшла в подальшому підтримку в законодавця².

Наразі можна зазначити на застосуванні норм ЦК України до регулювання сімейних відносин: в аспекті визначення понять сімейної правоздатності та сімейної дієздатності, встановлення опіки та піклування над малолітніми та неповнолітніми дітьми³, обчислення строків позовної давності в сімейних спорах, розпорядження майном, що було об'єктом права спільної сумісної власності співвласниками після розірвання шлюбу, права подружжя, хто став непрацездатним у зв'язку з протиправною поведінкою другого з подружжя, на утримання незалежно від права на відшкодування шкоди, підстав недійсності шлюбного договору, розпорядження доходом від майна неповнолітньої дитини, підстав встановлення опіки та піклування над дитиною, змісту прав та обов'язків опікуна, піклувальника, підстав звільнення опікуна, піклувальника від своїх обов'язків⁴, особливостей подання заяви про реєстрацію шлюбу особою, яка через фізичні вади не може підписати її власноручно, визначення понять спільної сумісної власності, поділу, набувальної давності, способів захисту^{5; 6; 7}.

¹ Некрасова О. В. Застосування цивільного законодавства до сімейних відносин : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. К., 2008. 190 с.

² Ватрас В. А. Деякі проблеми регулювання сімейних відносин за Цивільним кодексом України. Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Харків. К. : Академія правових наук України, НДІ приватного права і підприємництва, НДІ Інтелектуальної власності, Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого, 2004. С. 416–422.

³ Алопій І. В. Сімейне право України. К. : Центр учбової літератури, 2011. 360 с.

⁴ Сімейний кодекс України : науково-практичний коментар / за ред. І. В. Жилінкової. Х. : Ксилон, 2008. 855 с.

⁵ Гузь Л. Є., Гузь А. В. Судово-практичний коментар до Сімейного кодексу України. Х. : Фактор, 2011. 576 с.

⁶ Ромовська З. В. Сімейний кодекс України : науково-практичний коментар. К. : Правова єдність, Алерта, КНТ, Центр учбової літератури, 2009. 432 с.

⁷ Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар. К. : Видавничий дім «Ін Юре», 2003. 532 с.

Таким чином, особливістю ЦК України як джерела сімейного права є те, що він виступає субсидіарним (додатковим) джерелом сімейного права поряд із СК України та застосовується в разі відсутності відповідних правових норм у спеціальному кодифікованому законі (СК України) за умови, що це не буде суперечити суті сімейних відносин. Критерії відповідності «сутності сімейних відносин» визначені в загальній частині СК України (ст. 1–3, 7–11 Кодексу), у юридичній науці¹ та практиці застосування сімейного законодавства². На думку О. В. Некрасової, у сімейному праві існують дві форми субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин: а) умовне субсидіарне застосування, передбачене ст. 8 СК України без визначення конкретних категорій сімейних відносин, на які можуть поширюватися норми ЦК України; б) пряме субсидіарне застосування, закріплене в СК України, щодо регулювання нормами ЦК України конкретних видів сімейних відносин, наприклад, щодо обчислення строків, встановлених в СК України (ст. 12 СК України), застосування строків позовної давності (ст. 20, ст. 72 СК України), здійснення права спільної сумісної власності після розірвання шлюбу (ст. 68 СК України)³. Вважаємо за доцільне також вести мову і про змішану форму субсидіарного застосування, у якій при вирішенні питання про можливість використання норм ЦК України виникатиме необхідність застосовувати його і в тому випадку, коли це прямо передба-

¹ Веберс Я. Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига: Зинатне, 1976. 231 с.; Ворожейкин Е. М. Семейные правоотношения в СССР. М.: Юрид. лит., 1972. 336 с.; Червоный Ю. С. Понятие и особенности семейных правоотношений. *Сусільство. Держава. Право. Цивільне право*. Випуск 1. 2002. № 1. С. 16–23; Ватрас В. А. Суб'єкти сімейних правовідносин: дис. ... канд. юр. наук. 12.00.03. Цивільне право і цивільний процес, сімейне право, міжнародне приватне право. К., 2008. 219 с.

² Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 3 від 15 травня 2006 р.; Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про усиновлення і про позбавлення та поновлення батьківських прав: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 3 від 30 березня 2007 р.; Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 21 грудня 2007 р. № 11. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/623809DCB56E022BC2256C95003CF7EA?OpenDocument&Start=1&Count=300>.

³ Некрасова О. В. Застосування цивільного законодавства до сімейних відносин: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. К., 2008. 190 с.

чено нормами СК України, й у разі відсутності такої вказівки в законі. Наприклад, у разі вирішення питання про строки шлюбного договору чи окремих його умов, слід застосовувати і загальні положення ЦК України про строки (терміни), визначені у гл. 18, а також і положення про поняття та умови договору, передбачені гл. 52–53 ЦК України.

Виходячи з вищезазначеного, слід констатувати важливе значення ЦК України як Кодексу приватного права нашої держави, який регулює не лише цивільні, а й сімейні відносини як субсидіарний законодавчий кодифікований нормативно-правовий акт. Його існування в правовому полі України демонструє, що основним джерелом права в нашій континентальній правовій системі є закон, а не прецедент, що свідчить про перемогу теорії позитивізму в українській цивілістиці. Домінуюча роль закону впливає не лише з основоположного конституційного принципу верховенства права, а й із закріпленої СК України загальної засади регулювання сімейних відносин, згідно з якою вони регулюються насамперед СК України та іншими нормативно-правовими актами (ч. 1 ст. 7).

Водночас для визначення правової природи цивільного кодексу як джерела сімейного права слід звернутися до зарубіжного досвіду і передусім розглянути цивільні кодекси Французької республіки та Федеративної республіки Німеччина.

Цивільний кодекс Наполеона 1804 р. як основне джерело сімейного права Франції

Важливе місце для правової системи не лише Франції, а й для усього приватного права Європи відіграв та продовжує відігравати Французький цивільний кодекс Наполеона 1804 року. Для нашого наукового дослідження ця кодифікація приватного права має не лише історичне значення, а й слугує прикладом ефективного правового регулювання сімейних відносин впродовж більше ніж двох століть та може стати основою для перспектив кодифікації приватного права ЄС. Досить таки змістовною та влучною є теза В. Захватаєва: «Кодекс Наполеона – це двері, що ведуть до розуміння сучасного європейського права»¹. Незважаючи на те, що імператор Наполеон не був юристом, однак завдяки

¹ Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / пер. с франц. В. Захватаев; отв. ред. А. Довгерт. К. : Истина, 2006. 1008 с.

йому Цивільний кодекс французів став невичерпним джерелом правових ідей всього світу – основоположною кодифікацією приватного права сучасності.

Поряд з тим, що Кодекс Наполеона є джерелом усього приватного права Франції, зупинимось на його правовій характеристиці як джерела сімейного права. Книга 1 «Про особи» містить основні принципи рівності і цивільно-правових свобод французів. Питання сім'ї та шлюбу знаходяться в титулах про: «акти цивільного стану», «про шлюб», «про розірвання шлюбу», «про походження дітей», «про походження дітей, засноване на усиновленні» «про батьківські права», «про неповноліття, опіку і про оголошення неповнолітнього повністю дієздатним», «про повноліття і повнолітніх, що знаходяться під захистом закону», «про договір про спільне життя і співжиття». Таким чином, книга 1 Кодексу Наполеона регулює загальні положення сімейного права, визначає правовий статус суб'єктів сімейних правовідносин, правові засади шлюбного правовідношення та фактичного шлюбу, регламентує права та обов'язки батьків і дітей, запроваджує та регулює форми влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, у сім'ю. Книга 2 «Про майно і різні види власності» регулює статичку сімейних відносин щодо спільного та роздільного майна членів сім'ї, визначаючи загальні положення речових прав. У книзі 3 «Про різні способи набуття права власності» містяться правові норми зобов'язального права. Особливо слід відмітити титул 5 «Про шлюбний контракт і про режими майнових відносин між подружжям», який регламентує сімейне договірне право французів та встановлює правові режими спільного та роздільного майна. Таким чином, слід констатувати, що Кодекс Наполеона є основним джерелом сімейного права Франції, оскільки саме він регулює усі сімейно-правові інститути цієї держави. Включення до кола регулювання цивільним законодавством сімейних відносин свідчить про відсутність сімейного права як самостійної галузі права у Франції.

Кодекс Наполеона, на думку А. Довгерта та В. Захватаєва, як у свій час Звід цивільних законів Юстиніана (*Corpus juris civilis*), безсумнівно, є результатом самої вдалої кодифікації цивільного права всіх часів і народів. Про його феноменальний вплив свідчить факт

найширшої рецепції по всьому світу, оскільки протягом 200 років існування Кодексу понад 70 країн світу або взяли за основу багато його положень, або навіть повністю скопіювали його¹. Серед європейських держав на основі Кодексу Наполеона побудоване цивільне законодавство Австрії, Андорри, Бельгії, Німеччини, Греції, Данії, Італії, Іспанії, Ісландії, Люксембургу, Монако, Нідерландів, Норвегії, Польщі, Португалії, Румунії, Швейцарії. Влучною з цього приводу є теза вченого-юриста Біго де Преамене: «Цивільний кодекс був законом виключно французів, а став загальним законом для народів більшої частини Європи»².

Підбиваючи підсумок щодо місця і ролі Французького цивільного кодексу Наполеона 1804 р. як джерела сімейного права, зауважимо, що він побудований за інституційною системою, регулює усі основні інститути сімейного права Франції, є основним цивілістичним законом цієї держави, на основі якого побудована система приватного права Європи та інших країн світу. На нашу думку, основою для майбутньої кодифікації приватного права країн ЄС може стати Цивільний кодекс Наполеона.

Особливості регулювання сімейних відносин Німецьким цивільним кодексом

Цивільне уложення Німеччини було прийняте 18 серпня 1896 р., а набрало чинності із 01.01.1900 р. та має офіційну назву Bürgerliches Gesetz Buch (BGB)³. Цивільний кодекс побудовано за пандектною системою, для якої характерними є наявність загальної та особливої частини. Всі спеціальні інститути приватного права розміщені в книгах. За структурою німецька кодифікація приватного права складається з Відного закону, 5 книг та 2385 статей.

Важливе місце в структурі цивільного права ФРН відводиться сімейному праву, норми якого об'єднані в книзі 4 BGB «Сімейне право». Нова редакція ЦК Німеччини від 02.01.2002 р. в книзі 4 визначає загальні

¹ Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / пер. с франц. В. Захватаев; отв. ред. А. Довгерт. К. : Истина, 2006. 1008 с.

² Там само.

³ Гражданское уложение Германии = Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz: Ввод. закон к гражд. уложению; пер. с нем.; науч. ред.: А. Л. Маковский и др. М. : Волтерс Клувер, 2006. 816 с.

засади регулювання сімейних відносин та регулює окремі інститути сімейного права. Слід зауважити, що не завжди Німецьке цивільне уложення було єдиним джерелом сімейного права ФРН. У 1938 р. у цій державі було прийнято Закон про шлюб, у який перейшла частина норм книги 4 щодо порядку укладення шлюбу, недійсності та оспоруваності шлюбу, вступу в новий шлюб¹. Однак на даний час цей закон втратив чинність – діють відповідні норми нової редакції Кодексу. У зв'язку з цим основним джерелом сімейного права німців є кодифікація BGB².

Спробуємо проаналізувати Цивільне уложення Німеччини як джерело сімейного права. Пандектна система побудови нормативно-правового акта зумовлює наявність загальних положень, що містяться в книзі 1 «Загальна частина» та мають значення для всіх цивільно-правових інститутів. Тому правові норми частини 1 «Особи» розділу 1 «Фізичні особи, споживачі, підприємці», які регулюють питання правоздатності, місця проживання, місця проживання дитини та право на ім'я, мають значення і для регулювання сімейних відносин в частині суб'єктів сімейного права, їх правосуб'єктності та ознак, що індивідуалізують фізичну особу як члена сім'ї. Окрім цього, загальні положення про волевиявлення, правочини, договір, умови та строк, представництво і повноваження, строки, позовну давність, здійснення прав та виконання обов'язків, самозахисту та самодопомоги підлягають застосуванню в сімейних відносинах при укладенні сімейних договорів, законному представництві членів сім'ї та здійсненні і захисті суб'єктивних сімейних прав.

Книга 2 «Зобов'язальне право», яка регулює як загальні положення, вчення про зобов'язання, так і окремі договірні та недоговірні зобов'язання для сімейного права, має значення лише в частині загальних положень про зобов'язання, які беруться за основу при регулюванні сімейних договорів. Також у BGB в розділі 10 «Маклерський договір» наявний підрозділ 3 «Шлюбне посередництво». Даний вид зобов'язання полягає в посередництві при укладенні шлюбу. По суті, сторонами

¹ Залесский В. В. Семейное право Российской Федерации и иностранных государств: основные институты. М. : Изд. М. Ю. Тихомирова, 2004. 310 с.

² Савельев В. А. Гражданский кодекс Германии (история, система, институты). 2-е изд. перераб. и доп. М. : Юрист, 1994. 96 с.

такого правовідношення не є члени сім'ї, однак наслідком здійснення такого правовідношення може стати виникнення в однієї із зобов'язаних осіб шлюбних відносин.

Речові права регулюються в книзі 3 Цивільного уложення Німеччини та мають конститутивне значення для регулювання відносин власності між членами сім'ї. Зокрема, у розділі 5 цієї книги «Спільна власність» містяться правові норми щодо спільної дольової власності, обтяження на користь одного з учасників спільної власності, вимог, заснованих на спільній власності.

Особливу увагу слід звернути на книгу 4 «Сімейне право», у якій кодифіковано, власне, «сімейно-правові норми та інститути» ФРН. За структурною побудовою книга поділяється на частини, розділи, підрозділи, глави та параграфи. Визначена кодексом система правових норм дає можливість структурувати сімейне право на його основні інститути.

Частина 1 книги 4 «Цивільний шлюб» складається з таких розділів як заручини, вступ у шлюб, відміна шлюбу, вступ у новий шлюб у разі оголошення одного з подружжя померлим, загальні наслідки укладення шлюбу, режим майнових відносин подружжя, розірвання шлюбу, церковні зобов'язання. Таким чином, вищевказана книга становить правовий інститут шлюбного права, який регулює як порядок укладення та припинення шлюбу, так і права та обов'язки подружжя з приводу майна та взаємного утримання.

У другій частині кодифікації регулюються питання спорідненості, що узагальнено можна об'єднати в інститут родинного права, яке охоплює такі розділи: загальні положення, походження, обов'язок надавати утримання, загальні положення про правовідносини батьків і дитини, батьківська турбота, патронаж, усиновлення. Особливістю є те, що до родинного права, на відміну від українського законодавства, включено усиновлення, тобто форми влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, у кодексі вони не охоплюють окремих структурних підрозділів, а розміщені частково в родинному праві та в окремій частині, присвяченій опіці. Також окремо не виділяються правовідносини між іншими членами сім'ї та родичами, оскільки основні акценти ставляться на взаємовідносини між батьками та дітьми.

На рівні окремої третьої частини Уложення регулюються питання опіки, піклування та спеціального піклування. Фактично правові норми щодо опіки, піклування та спеціальної опіки об'єднані в окремий правовий інститут і не повною мірою охоплюють за суб'єктним складом власне суб'єктів сімейних правовідносин. На відміну від сімейного законодавства України питання усиновлення і патронажу знаходяться в рамках родинного права, а опікунсько-піклувальницьке право виділяється в окремий правовий інститут.

Таким чином, німецьке сімейне право можна розподілити на три основні правові інститути: шлюбне право, родинне право та опікунсько-піклувальницьке право. У межах цих інститутів міститься ціла низка правових норм, що регулюють сімейні відносини. Як свідчить текст німецької кодифікації, якій станом на сьогодні уже виповнилось 116 років, у ФРН домінує жорстка цивілістична концепція приватного права, що включає в себе на рівні окремої підгалузі сімейне право. Намагання в 1938 р. провести роздільну кодифікацію законодавства у сфері сім'ї та шлюбу шляхом прийняття спеціального закону про шлюб не призвели до позитивного результату, у зв'язку з цим німецькі юристи дійшли думки про повернення до первісної редакції Уложення, де кодифіковано усі норми сімейного права на рівні єдиного цивілістичного закону – Кодексу. Власне, таким шляхом пішли й інші потужні сусіди Німеччини в Європі, як от: Франція, Італія, Швейцарія тощо^{1; 2; 3; 4; 5; 6}. Хоча в деяких з них на розвиток загальних положень про сімейне право ухвалювалися спеціальні закони.

¹ Бехруз Х. Порівняльне правознавство: підручник. Одеса : Фенікс, 2009. 464 с.

² Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник : в 2-х т. / отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. 4-е изд., перераб. и доп. Т. I. М. : Междунар. отношения, 2004. 560 с.

³ Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник : в 2-х т. / отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. 4-е изд., перераб. и доп. Т. II. М. : Междунар. отношения, 2006. 640 с.

⁴ Гражданское и торговое право зарубежных стран: учебное пособие / под общей редакцией В. В. Безбаха и В. К. Пучинского. М. : МЦФЭР, 2004. 896 с.

⁵ Малько А. В., Саломатин А. Ю. Сравнительное правоведение. М. : Норма, 2008. 352 с.

⁶ Основные институты гражданского права зарубежных стран: сравнительно-правовое исследование / под ред. В. В. Залесского. М. : Издательство НОРМА, 1999. 648 с.

Сьогодні, коли вже переважна більшість розвинутих європейських держав поряд з економічною інтеграцією у європейський простір, проголошує курс на правову інтеграцію, є тому числі і шляхом створення єдиного кодифікованого цивілістичного акта в рамках ЄС, питання формування єдиних модельних правил для ЄС у сфері сімейних відносин є досить таки дискусійними, вивчення та опрацювання нормативного масиву таких потужних держав як Німеччина у сфері сім'ї, шлюбу, опіки є доволі важливим та перспективним. Тому саме на базі цивільного законодавства таких європейських країн як ФРН, Франція, Італія, що реценіювали у свої приватноправові системи римське право, за нормами якого регулюється цивільних оборот більшості держав світу, можливо і розробляти модельні кодекси для наддержавних об'єднань, особливо що стосуються єдиних механізмів здійснення і захисту суб'єктивних сімейних прав. У свою чергу, німецька кодифікація має уже понад сторічну історію і може бути використана як один із взірців для розробки Кодексу приватного права Європи.

В багатьох державах ЄС, у тому числі пострадянських, основним джерелом сімейного права також є ЦК.

Так, у Латвійській республіці діє Цивільний закон, прийнятий 28 січня 1937 року (у редакції від 14 січня 1992 року), який складається з 4 частин («Сімейне право», «Спадкове право», «Речове право» і «Зобов'язальне право»), 20 глав (з яких 4 входять до розділу «Сімейне право»: «Шлюб», «Взаємні права та обов'язки батьків та дітей», «Спорідненість» і «Опіка та піклування») і 2400 статей (з яких 381 входить до розділу «Сімейне право»). У період входження Латвії до складу ЄСРП Цивільний закон не діяв, а сімейні відносини врегульовувалися Кодексом про шлюб та сім'ю Латвійської РСР¹.

У Грузії сімейні відносини в радянський період також врегульовувалися Кодексом про шлюб та сім'ю, а 26 червня 1997 року було прийнято ЦК, який включив у себе і сімейно-правові норми (хоча, як зазначено в ст. 2 ЦК, джерелами сімейного права визнаються також

¹ Гражданский закон Латвийской республики от 28.01.1937 (ред. от 19.11.2015). Консультант Плюс. URL: <https://www.inlatplus.lv/wp-content/uploads/2019/11/Гражданский-закон.pdf>

звичаї). ЦК Грузії складається із шести книг («Загальні положення Цивільного кодексу Грузії», «Речове (майнове) право», «Зобов'язальне право», «Право інтелектуальної власності», «Сімейне право», «Спадкове право». Книга 5 «Сімейне право» складається з трьох розділів, які зі свого боку поділяються на глави: «Шлюб» (порядок та умови укладення шлюбу, припинення шлюбу, недійсність шлюбу, права та обов'язки подружжя, обов'язки подружжя щодо взаємного утримання), «Відносини батьків, дітей та інших родичів» (встановлення походження дитини, права та обов'язки батьків щодо дітей, аліментні обов'язки батьків та дітей, аліментні обов'язки інших членів сім'ї, порядок сплати та стягнення аліментів, усиновлення (удочеріння), «Опіка та піклування» (загальні положення, права та обов'язки опікуна та піклувальника, право на повернення неправомірно переміщеної дитини або такої, що неправомірно утримується)¹. Таким чином, Грузія, як і Латвія, відійшла від традиції правового регулювання сімейних відносин окремим спеціальним кодифікованим актом і здійснюють його в межах ЦК.

Основним джерелом сімейного права Чеської республіки є ЦК (який допускає застосування в разі відсутності законодавчого регулювання звичаїв, правової доктрини та правозастосовчої практики, а саме мають застосовуватися «з урахуванням звичаїв приватного права, вимог науки юриспруденції і правозастосовчої практики»). Сімейним питанням присвячена Частина друга ЦК «Сімейне право», яка складається із трьох глав, що охоплюють статті 655–975:

- 1) «Шлюб» (складається з відділів: «Загальні положення», «Укладення шлюбу», «Уявний та недійсний шлюб», «Обов'язки та права подружжя», «Розірвання шлюбу»);
- 2) «Споріднення» (складається з відділів: «Споріднення», «Відносини між батьками та дітьми», які своєю чергою складаються з окремих розділів);
- 3) «Поручительство та інші форми влаштування дітей» (складається із відділів «Опіка», «Опіка над дитиною», «Передача дитини

¹ Гражданский кодекс Грузии от 26.06.1997 г. Законодательный вестник Грузии. URL: <https://matsne.gov.ge/ru/document/download/31702/75/ru/pdf>

на виховання іншої особі та патронатне виховання», «Виховання дітей у спеціальних установах»)¹.

Як бачимо, вищеперелічені ЦК (Грузії, Румунії, Чехії та Латвії) також побудовані за інституційною системою, аналогічно ЦК Франції та Німецькому цивільному уложенню, хоча в ЦК Грузії застосовується частково пандектна система, зважаючи на наявність першого розділу, який є аналогом Загальної частини ЦК України.

Сьогодні великої актуальності набула ідея рекодифікації Цивільного кодексу України. Так, 17 липня 2019 року Кабінетом Міністрів України було утворено робочу групу щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства, до складу якої включені провідні вчені-цивілісти України (А. С. Довгерт, Н. С. Кузнецова, М. М. Хоменко, Г. В. Буяджи, В. М. Захватаєв, В. Я. Калакура, Ю. М. Капіца, О. О. Кот, О. В. Кохановська, Р. А. Майданик, Р. О. Стефанчук). На думку авторів Концепції, здійснення рекодифікації впливає з логіки подальшої трансформації суспільства, зокрема формування реальної й ефективної ринкової економіки як невід'ємної складової громадянського суспільства та євроінтеграційної спрямованості всіх компонентів суспільства. Серед юридичних чинників та передумов для початку відповідних робіт автори вбачають: значний розвиток ринкового законодавства в країні, наявність норм-моделей міжнародних актів, сучасний досвід рекодифікації цивільних кодексів Франції та Німеччини – «бастіонів» приватного права, законодавчий приклад нових членів ЄС – колишніх країн «соціалістичного табору» та необхідний потенціал вітчизняної приватноправової науки². Зі змісту Концепції впливає, що системних змін і суттєвих структурних новацій потребують усі книги чинного ЦК України, у тому числі обстоюється ідея включення до змісту оновленого Кодексу таких книг як «Сімейне право» та «Міжнародне приватне право», які всупереч ідеології проектів ЦК 1996–2001 рр. були виключені з останніх та прийняті як окремі нормативно-правові акти, а СК України взагалі як самостійна кодифікація.

¹ Гражданский кодекс Чешской республики от 3 февраля 2012 года. URL: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/novy-obcansky-zakonik-rj.pdf>

² Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 5.

З огляду на таку позицію авторів концепції щодо місця сімейного права в структурі ЦК України, хотілося б висловити думку представників науки сімейного права. Безумовно, що і сімейне законодавство потребує оновлення з огляду на уже доволі тривалу історію дії СК України (з 1 січня 2004 року) про що вже вище зазначалося. Потребують вдосконалення інститути шлюбного, родинного та батьківського права, слід сформувати єдину цивілістичну концепцію щодо місця сімейних договорів в системі договірної права, визначитися з юридичною природою форм влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, адже не всі вони за своєю сутністю є власне сімейними, тощо. Проте за майже 17-річну історію практики застосування СК України сформувалися відповідні сімейно-правові школи цивілістів, якими проведено цілу низку наукових досліджень основних інститутів сімейного права. Не менш важливим є те, що Верховний суд України та Верховний суд узагальнили та напрацювали судову практику, низку правових позицій щодо застосування СК України. Значну кількість рішень прийнято Конституційним Судом України щодо офіційного тлумачення норм сімейного законодавства та їх конституційності. У свою чергу правова система України впродовж цього часу виходила з того, що в нас діє окремий кодифікований нормативно-правовий акт у сфері сім'ї та шлюбу, а тому, приймаючи закони та підзаконні акти, законодавець вносив відповідні зміни і доповнення з урахуванням існування окремого СК України. Слід нагадати, що майже усе ХХ століття на території сучасної України діяли сімейні кодекси, а тому з позиції принципу стабільності сімейного законодавства, включення сімейного права до проекту оновленого ЦК України видається доволі радикальним кроком. Обидва кодекси як Кодекси приватного права можуть, як показала історія та практика застосування, співіснувати, ефективно взаємодіяти та доповнювати один одного.

Попри це, ідея щодо єдиного Кодексу приватного права, який би регулював усі приватноправові відносини, є досить аргументованою. Ми уже згадували вище про цивільні кодекси Франції та Німеччини, які є системоутворюючими для приватного права Європи, зазначали про держави, які нещодавно відмовилися від ідеї роздільної кодифікації цивільного та сімейного законодавства (Грузія, Естонія, Румунія, Угор-

щина, Чехія тощо). Тому концепція щодо необхідності запровадження єдиних принципів функціонування громадянського суспільства не може бути втілена без існування нового, рекодифікованого Цивільного кодексу, у тексті якого може з часом знайти місце і книга «Сімейне право», як це було за часів Римської імперії, так і в так званий «дореволюційний період».

На підставі вищевикладеного, можна дійти таких висновків:

1. Приватне право більшості держав Західної та Центральної Європи, у тому числі Французької республіки, ФРН, Чеської республіки, Угорщини, Румунії, Латвійської республіки, а також, зокрема, Грузії, представлено кодифікованими правовими актами – цивільними кодексами, на відміну від Республіки Польща, Республіки Сербія, Республіки Молдова, Республіки Білорусь та Російської Федерації, у яких сімейні відносини врегульовуються переважно сімейними кодексами, допускаючи субсидіарне регулювання окремих відносин цивільними кодексами. Зазначена обставина викликана відмінністю в розумінні сімейних відносин: у першому випадку вони розуміються як цивільні, а статус подружжя, батьків та дітей не вирізняється від правового статусу особи, допускаючи більш широке застосування диспозитивного методу правового регулювання, передусім більш широкий вибір договірному режиму подружжя; у другому випадку як сімейні – зважаючи на об'єктивну відмінність сімейних відносин від цивільних, спрямованість дій учасників сімейних відносин в першу чергу на реалізацію не майнових, а особистих немайнових прав та обов'язків, похідний характер майнових відносин, більш широке у зв'язку із необхідністю захисту інтересів сім'ї, материнства та дитинства застосування імперативного методу правового регулювання.

2. У державах першої групи ЦК є основним джерелом сімейного права, а в державах другої – спостерігається дуалізм у правовому регулюванні: ті сімейні відносини, які потребують особливого державного захисту, врегульовуються сімейними кодексами або спеціальними законами, які передбачають обмежене застосування джерел, які містять соціально-правові приписи і як правило у тих сферах, які нерегульовані сімейними кодексами (законами) і де допускається диспозитивне регулювання (у таких випадках за відсутності відповідного договірного

регулювання застосовуються норми ЦК). У державах англо-американської правової сім'ї правове регулювання сімейних відносин здійснюється аналогічно державам другої групи, однак стосується обмеженого кола сімейних відносин, переважна більшість сімейних відносин врегульовується джерелами, які містять соціально-правові приписи та правові позиції.

3. Особливістю ЦК України порівняно із ЦК держав, у яких він виступає основним джерелом сімейного права, є структура та спосіб побудови правових норм. ЦК України побудований за пандектною системою, оскільки включає в себе загальну та особливу частини, інші кодекси – за інституційною системою, що передбачає їх поділ на частини, які регулюють відносини, пов'язані з особою, речами та діями (зобов'язаннями) та сімейними відносинами. Кодекс Наполеона та Німецький цивільний кодекс – це яскраві приклади чи не найкращої кодифікації усіх часів і народів. Вони є фундаментом усього приватного права Європи, оскільки останні кодифікації приватного права в державах Центральної Європи базуються саме на ЦК Франції та Німецькому цивільному уложенні.

4. Сьогодні започатковано процес рекодифікації (оновлення) ЦК України. До складу робочої групи увійшли досвідчені науковці, законотворці та практики, яким, переконаний, під силу підготувати оновлений і ще більш досконалий ЦК України. Причому питання місця у цьому процесі сімейного законодавства знову набуває актуальності в частині вибору моделі правового регулювання сімейних відносин. Йдеться про дискусію щодо включення сімейного права як окремої книги до змісту оновленого Цивільного кодексу чи залишення існуючої моделі роздільної кодифікації цивільного та сімейного права. Вважаємо, що в цій дискусії знайдеться виважене та правильне рішення в інтересах України.

ДОДАТОК

КОНЦЕПЦІЯ ОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

АВТОРИ КОНЦЕПЦІЇ

Концепція підготовлена наступними членами Робочої групи, утвореної постановою Кабінету Міністрів України «Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України» від 17 липня 2019 року № 650¹:

Довгерт Анатолій Степанович – д.ю.н., професор, науковий координатор робочої групи;

Кузнєцова Наталія Семенівна – д.ю.н., професор, науковий координатор робочої групи;

Хоменко Михайло Михайлович – к.ю.н., доцент, секретар робочої групи;

Буяджи Ганна Володимирівна – д.ю.н.;

Захватаєв Володимир Микитович;

Калакура Віктор Ярославович – к.ю.н., доцент;

Капіца Юрій Михайлович – д.ю.н.;

Кот Олексій Олександрович – д.ю.н., професор;

Кохановська Олена Велеонівна – д.ю.н., професор;

Майданик Роман Андрійович – д.ю.н., професор;

Стефанчук Руслан Олексійович – д.ю.н., професор.

¹ Персональний склад робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України затверджено Наказом Міністерства юстиції України № 2771/7/1 від 24 липня 2019 року.

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

GISG – Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 року (UN Convention on Contracts for International Sale of Goods)

DCFR або Проект європейського приватного права – «Принципи, визначення та модельні правила Європейського приватного права» Проект Загальної системи координат 2009 р. (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference)

PECL або Принципи Ландо – Принципи європейського контрактного права (Principles of European Contract Law)

PETL – Принципи європейського деліктного права (Principles of European Tort Law)

ВГСУ – Вищий господарський суд України

ВС – Верховний Суд

ВСУ – Верховний Суд України

ГК, ГК України – Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року № 436-IV

ГПК, ГПК України – Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 року № 1798-XII

ЄКПЛ – Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини

ЄС – Європейський Союз

Закон про МПрП – Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 року № 2709-IV

КСУ – Конституційний Суд України

МПрП – міжнародне приватне право

НЦУ – Німецьке цивільне уложення

ОНВ – особисті немайнові відносини

ОНП – особисті немайнові права

ПВ – право інтелектуальної власності

Принципи UNIDROIT – Принципи міжнародних комерційних контрактів УНІДРУА [ред. 2016 р.]

Робоча група – робоча група, утворена постановою Кабінету Міністрів України “Про утворення робочої групи щодо рекодифікації

(оновлення) цивільного законодавства України” від 17 липня 2019 року № 650; персональний склад робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України затверджено Наказом Міністерства юстиції України № 2771/7/1 від 24 липня 2019 року

РП – речове право

СК, СК України – Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року № 2947-III

Угода про асоціацію – Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (ратифіковано Законом від 16 вересня 2014 року № 1678-VII)

ФЦК – Французький цивільний кодекс

ЦК, ЦК України – Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV

ЦПК, ЦПК України – Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року № 1618-IV

ВСТУП

Останніми роками науковці та практики все частіше обговорюють ідею системного [а не фрагментарного] оновлення ЦК України. На численних наукових заходах та у публікаціях наголошується на тому, що для старту процесу рекодифікації цивільного (приватного) права зараз існують необхідні економічні, політичні та правові передумови.

Автори Концепції оновлення ЦК України (Концепція) вважають, що проведення рекодифікації впливає із логіки подальшої трансформації суспільства, зокрема, формування реальної й ефективної *ринкової економіки*, як невід'ємної складової громадянського суспільства, та *євроінтеграційної спрямованості* всіх компонентів суспільства. Серед *юридичних чинників та передумов* для початку відповідних робіт автори вбачають, зокрема, такі: 1) значний розвиток ринкового законодавства в країні; 2) наявність норм-моделей міжнародних актів; 3) сучасний досвід рекодифікації цивільних кодексів Франції та Німеччини – «бастіонів» приватного права; 4) законодавчий приклад нових членів ЄС – колишніх країн «соціалістичного табору»; 5) необхідний потенціал вітчизняної приватноправової науки (*див. Додаток 1*).

Зважаючи на необхідність подальших приватноправових реформ, Уряд України прийняв відповідні акти щодо оновлення (рекодифікації) цивільного законодавства України та утворив відповідну Робочу групу. Члени Робочої групи на своїх пленарних засіданнях у 2019–2020 роках розробили та погодили зміст даної Концепції.

Розробники Концепції виходять з того, що системних змін і суттєвих структурних новацій потребують усі Книги чинного ЦК. Суттєві структурні новації автори пропонують проводити зважаючи на структуру проектів ЦК 1996-2001 років, які включали книги «Сімейне право» та «Міжнародне приватне право». Зміст Концепції формувався з огляду на беззастережну ліквідацію ГК України. Скасування цього антиринкового акта визначено передумовою подальших рекодифікаційних робіт. Концепція складається з двох частин: у першій – наводяться основні напрями оновлення (рекодифікації) правових масивів, які наразі

представлені у шести Книгах чинного ЦК України, СК України¹, кодифікації МПрП; у другій – аналітичні матеріали, що стосуються зазначених кодифікацій. Аналітичні матеріали є невід’ємною складовою Концепції, оскільки на їх базі було визначено напрями оновлення законодавства. Аналітичні матеріали містять висновки досліджень щодо (i) чинників та передумов системного оновлення ЦК України; (ii) основних результатів кодифікації цивільного законодавства 2004 року та МПрП 2005 року; (iii) огляду та оцінки змін до ЦК після 2004 року та Закону про МПрП після 2005 року; (iv) практики застосування приватноправових норм судами; (v) ефекту уніфікаційних актів, *acquis* та зарубіжного законодавства у сфері приватного права; (vi) очікуваних результатів модернізації (*див. Додатки*).

Перша частина Концепції, яка присвячена основним напрямам оновлення (рекодифікації) ЦК України, складається з пропозицій щодо удосконалення різних за своїм обсягом і значенням правових масивів та конструкцій. Пронумеровані пропозиції не слід розглядати як *numerus clausus*. До проєкту увійшли лише ті напрями модернізації, які були предметом обговорення на засіданнях Робочої групи, члени якої розраховують на конструктивні ініціативи правничої спільноти.

¹ Основні напрями рекодифікації норм сімейного права будуть представлені після обговорення Концепції на етапі її доопрацювання.

1. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ (КНИГА ПЕРША ЦК)

Системне оновлення нормативного масиву Книги першої пропонується здійснювати за наступними напрямами:

1.1. *Визнання таким, що втратив чинність, ГК України.* Системне оновлення Книги першої, як і ЦК України в цілому, можливе лише за умови скасування ГК України. Останній не відповідає параметрам актів, які регулюють підприємницькі відносини, що за своєю природою є передусім приватноправовими. Аналіз змісту двох кодексів, тривалих наукових дискусій, відповідної судової практики показують наявність таких системних вад ГК, які не тільки істотно перешкоджають економічному розвитку України та її реформуванню відповідно до положень Угоди про асоціацію, але становлять реальну загрозу стратегічним прагненням країни.

Розділ I. Основні положення (Глави 1–3)

1.2. *Уточнення сфер, у яких складаються приватноправові відносини, що регулюються цивільним законодавством.* Вбачається доцільним вказати на додаткові (крім тих, що згадані, наприклад, у ст. 9 ЦК) сфери соціальної реальності – підприємництво, корпоративна чи інформаційна сфери тощо, у яких складаються приватноправові за своєю природою відносини, що регулюються цивільним законодавством.

1.3. *Уточнення положень щодо переліку загальних засад цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України).* У даній найважливішій статті для всієї системи приватного права варто прямо зазначити, що перелік основних засад, по-перше, не є закритим, а по-друге, засади охоплюють не тільки законодавство, але і функціонування всієї приватноправової системи або визначальних її частин. Такий підхід значно збільшить правовий інструментарій для судової практики. Окремі принципи ст. 3 ЦК України можливо уточнити. Наприклад, принцип свободи договору точніше сформулювати як принцип свободи правочину. Вже у процесі нормопроекування необхідно буде визначитися з місцем розташування таких важливих для сучасного громадянського суспільства принципів: свобода інтелектуальної (творчої) діяльності;

свобода інформації та інформаційного обміну; усвідомленої відповідальної взаємодії людини з автономними роботами та штучним інтелектом; неприпустимість втручання в особисте життя фізичної особи, обумовлене розвитком новітніх технологій і розвинути їх в окремих книгах ЦК (наприклад, неприпустимість свавільного втручання у геном людини; неприпустимість свавільного втручання в організм людини та її зародка, сферу репродукції людини; крім того – неприпустимість свавільного втручання у сферу інформації про особу, персональних даних та ін.).

1.4. *Співвідношення актів, що регулюють приватноправові відносини (ст. 9 ЦК України).* Скасування ГК зумовлює необхідність внесення змін до ст. 9 ЦК України, яка визначає порядок та пріоритети у застосуванні ЦК до врегулювання приватноправових відносин у сферах охорони довкілля, праці, сім'ї, підприємництва тощо.

1.5. *Визначення меж здійснення суб'єктивних цивільних прав.* З урахуванням актуальної практики застосування положень цивільного законодавства, редакційно мають бути уточнені підходи до визначення меж здійснення суб'єктивних цивільних прав, зокрема норми ст. 13 ЦК України щодо неприпустимості зловживання правом.

1.6. *Уточнення підходів до захисту суб'єктивних цивільних прав.* Уточненню підлягають формулювання Глави 3 «Захист цивільних прав та інтересів», зокрема окремі положення ст. 16 ЦК України, яка закріплює загальні підходи до захисту цивільних прав та інтересів судом. Враховуючи зміни, які були внесені у ЦПК та ГПК України у контексті проведення судової реформи наприкінці 2017 року, положення зазначеної статті мають бути уточнені у площині можливості застосування способів захисту, прямо не передбачених законом або договором. При цьому такі зміни мають не просто повторювати відповідні положення ЦПК та ГПК, а враховувати останні тенденції розвитку приватного права щодо забезпечення особі права на застосування адекватних та ефективних способів захисту порушених суб'єктивних прав, як цього вимагає ст. 13 ЄКПЛ та практика її застосування ЄСПЛ.

Відповідно до запитів судової практики, ЦК України необхідно доповнити новими способами захисту інформаційних прав особи, персональних даних та конфіденційної інформації про особу, у сфері

прав на охорону здоров'я фізичної особи, репродуктивних прав і прав на збереження своєї генетичної ідентичності тощо.

1.7. *Загальні засади відшкодування (компенсації) моральної шкоди.* Безвідносно до місця майбутнього розташування багатофункціональних положень про відшкодування майнової та немайнової шкоди, окрему увагу слід звернути на об'єктивацію загальних засад відшкодування (компенсації) моральної шкоди, зокрема, визначення кола осіб та підстав для відшкодування моральної шкоди у контексті необхідності уникнення ситуацій, коли в результаті вчинення протиправної дії у особи виникатиме обов'язок відшкодування декільком особам (потерпілому, членам сім'ї потерпілого, його близьким родичам тощо).

Розділ II. Особи (Глави 4–11)

1.8. *Закріплення у ЦК вичерпного переліку організаційно-правових форм юридичних осіб.* ЦК України, як основоположний акт приватного права, що регулює в тому числі і загальні положення про юридичних осіб, має визначати вичерпний перелік їх організаційно-правових форм з одночасною відмовою від архаїчних конструкцій юридичних осіб (передусім йдеться про підприємства).

Для юридичних осіб, які зареєстровані у організаційно-правових формах, не передбачених ЦК, має бути наданий час для приведення своєї організаційно-правової форми у відповідність до положень ЦК, зокрема, протягом строку, який буде встановлений законом.

1.9. *Об'єктивація у ЦК загальних положень щодо усіх форм юридичних осіб.* Пропонується повернути до ЦК загальні положення про товариства з обмеженою відповідальністю та окремо зазначити про наявність спеціального регулювання у Законі «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». У ЦК повинні міститися основні положення (наприклад, про корпоративні права, про корпоративний договір, про відповідальність менеджменту товариства перед його учасниками тощо) для всіх передбачених ним форм юридичних осіб. З цією метою, зокрема, доцільно критично переглянути положення чинного Закону України «Про господарські товариства» та інкорпорувати його положення, що не втратили своєї актуальності, до тексту ЦК, а сам закон визнати таким, що втратив чинність.

1.10. Уточнення змісту підрозділу про участь держави, Автономної Республіки Крим та територіальних громад у цивільних відносинах. Передусім необхідно виходити з того, що зазначені учасники цивільних відносин є юридичними особами публічного права. Це впливатиме з відкоригованого тексту ст. 2 «Учасники цивільних відносин». Оскільки юридичні особи публічного права далеко не вичерпуються такими їх видами як держава, АРК та територіальні громади, даний підрозділ кодексу буде стосуватися загальних положень про юридичних осіб публічного права. У даному підрозділі знайдеться місце і для зазначення певних особливостей участі у цивільних відносинах держави, АРК і територіальних громад. Зважаючи на те, що останні є рівноправними [горизонтальними] учасниками цивільних правовідносин, відпадає необхідність у збереженні переважної більшості положень нинішніх глав ЦК України стосовно правових форм їх участі у цивільно-правових відносинах, а також особливостей їх відповідальності за своїми зобов'язаннями.

Розділ III. Об'єкти цивільних прав (Глави 12–15)

1.11. Речі та майно. Щодо вирішення питань про правову природу речей, їх поділ та місце відповідних положень у системі приватного права див. пара. 3.28–3.30.

1.12. Розширення переліку об'єктів цивільних прав. Положення ЦК щодо об'єктів цивільних прав пропонується розширити з огляду на розвиток цивільного обороту та появу в ньому невідомих на момент створення ЦК об'єктів. Передусім йдеться про наступні об'єкти: інформаційні продукти, інформаційні ресурси, інформаційні системи тощо; об'єкти прав, що створюються та знаходяться у мережі Інтернет; криптовалюта; персональні дані, інформація про особу; автономні роботи, штучний інтелект, цифровий контент тощо.

Доцільно також розширити перелік об'єктів цивільних прав, включивши до нього корпоративні права, які на практиці вже давно стали оборотоздатним об'єктом цивільного обороту, а також об'єкти особистих немайнових прав, які, втілюючись в об'єктивовану форму, набули ознак оборотоздатності і використовуються у комерційній діяльності (див. також пара. 2.7) Варто також проаналізувати доцільність

включення до переліку об'єктів цивільних прав низки об'єктів, поява яких зумовлена розвитком медицини (зокрема, біологічний матеріал).

1.13. *Доповнення новими статтями Глави 15.* Даний структурний підрозділ пропонується доповнити окремою статтею «Комерційна таємниця» (див. також пара. 4.4), а також статтями про загальні положення відносно наведених вище об'єктів, зокрема, це стосується інформації як нематеріального блага – об'єкта цивільних прав, що дозволить запровадити важливі і своєчасні для розвитку суспільства доповнення до низки статей усіх Книг ЦК.

1.14. *Удосконалення цивільно-правового режиму окремих об'єктів цивільних прав.* Особливості правового режиму окремих об'єктів цивільних прав підлягають удосконаленню. Йдеться, зокрема, про підприємство як єдиний майновий комплекс; тварин та інші живі організми.

Розділ IV. Правочини. Представництво (Глави 16–17)

1.15. *Перенесення норм щодо поняття, видів договору до Книги першої.* З метою оптимального та більш логічного структурування нормативного матеріалу стосовно конструкції договору, пропонується перенести норми щодо поняття договору та його видів, а також форми договору, до Глави 16 ЦК, передбачивши в ній також положення про недійсність договорів (див. пара. 5.28, 5.32). Така пропозиція обґрунтовується передусім змістовним наповненням зазначеної глави, оскільки у ній по суті йдеться про договір як правочин, як юридичний факт, а не як зобов'язання. Таке перенесення буде виглядати доволі органічним, оскільки левова частка правочинів (за поодинокими винятками на кшталт довіреності та заповіту) охоплюється саме поняттям договору.

1.16. *Переосмислення підходів до форми правочину.* Положення оновленого ЦК України щодо правочинів мають забезпечувати повноцінне функціонування відносин у сфері електронної комерції, смарт-контрактів, веб-банкінгу та враховувати сучасні тренди цифрової економіки. За таких умов обґрунтованим вбачається перегляд загальних підходів до форми правочину, зокрема щодо визначення кола правочинів, які належить вчиняти у письмовій формі, електронній формі (з урахуванням її специфіки і ролі ЕЦП) та в усній формі (з огляду на технічні досягнення у передачі даних).

1.17. *Перегляд конструкції та змісту § 2 «Правові наслідки недодержання сторонами при вчиненні правочину вимог закону» Глави 16.* Конструкція цього параграфу побудована не через юридичні склади, з якими закон пов'язує недійсність правочину або можливість визнання його недійсним, а через наслідки недійсності правочину, що породжує дискусії і проблеми на практиці. Отже, така конструкція не є виправданою та юридично коректною.

1.18. *Розкриття недійсності правочину через положення про недійсність договору.* Зважаючи на те, що питання недійсності найчастіше стосуються договору, пропонується їх вирішення через положення про недійсність договорів із застереженням про те, що дані положення з урахуванням вимог розумності застосовуються і до інших правочинів.

1.19. *Трансформація підходу до інституту недійсності договору (правочину).* Позитивно оцінюючи досвід низки зарубіжних цивільно-правових кодифікацій, доцільно розмежувати підстави недійсності правочину на дві групи: (1) недодержання вимог, які забезпечують дотримання правопорядку (імперативні норми); (2) недодержання вимог щодо суб'єктного складу та вільного волевиявлення (принцип автономної волі). Вочевидь, наведені положення повинні супроводжувати загальне правило про правомірність правочину, закріплене у ст. 204 ЦК України, і становити певні винятки з нього.

1.20. *Відмова від цивільно-правової конфіскації.* Системний перегляд фундаментальних підходів до інституту цивільно-правової відповідальності обов'язково має передбачати виключення з ЦК інституту цивільно-правової конфіскації. Наразі ст. 228 ЦК фактично «реанімувала» ст. 49 ЦК УРСР 1963 р., від якої розробники ЦК принципово відмовилися, замінивши механізм цивільно-правової конфіскації застосуванням реституції із можливим стягненням збитків та компенсації моральної шкоди (ст. 216 ЦК України).

1.21. *Реституція чи безпідставне збагачення?* Самостійного аналізу та подальшого наукового обґрунтування потребує питання про визначення наслідків недійсності правочину – чи варто залишити модель реституції, як це передбачено чинним ЦК України, чи доречніше передбачити застосування положень п. 1 ч. 3 ст. 1212 ЦК про безпідставне збагачення (див. також пара. 5.41).

1.22. Уточнення окремих положень Глави 17 «Представництво». Конкретизації підлягають норми, у яких йдеться про наслідки вчинення представником юридично значимих дій з перевищенням повноважень, а також без відповідних повноважень.

Розділ V. Строки та терміни. Позовна давність (Глави 18–19)

1.23. Удосконалення поняття позовної давності. Окремі норми ЦК щодо позовної давності підлягають корегуванню. Передусім це стосується ст. 257 ЦК, яка помилково визначає позовну давність як строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу.

1.24. «Непідвласні» позовній давності вимоги. Перелік вимог, на які позовна давність не поширюється (ст. 267 ЦК України), підлягає перегляду.

1.25. Збільшення строків позовної давності. Перспективним вбачається визначення триваліших строків позовної давності для особливо цінних для усього суспільства об'єктів навколишнього природного середовища: цінних земель, пам'яток природи, природних парків, земель водного і лісового фонду тощо.

2. ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА (КНИГА ДРУГА ЦК)

Оновлення нормативного масиву Книги другої ЦК пропонується здійснювати за наступними напрямками:

2.1. *Зміна назви Книги другої.* Чинна редакція ЦК до суб'єктів ОНП відносить не тільки фізичних, але й юридичних осіб та державу, тому варто з одночасним відповідним розширенням предмету регулювання Книги другої змінити її назву на «Особисті немайнові права». Одночасно пропонується скорегувати назву Глави 20 – «Загальні положення про особисті немайнові права» та Глави 22 – «Особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи, та особисті немайнові права юридичної особи та держави».

2.2. *Конкретизація особистих немайнових прав юридичної особи.* У вітчизняному цивільному законодавстві за юридичною особою закріплені деякі особисті немайнові права (право на ділову репутацію, право на інформацію), проте вони потребують детальнішого регулювання. Такі нематеріальні блага як найменування та місцезнаходження теж знаходять своє відображення в ЦК України, хоча й без вказівки на них, як на особисті немайнові права.

2.3. *Окрему норму Книги другої пропонується присвятити взаємопов'язаності особистих немайнових прав фізичної особи та юридичної особи, засновником, учасником якої вона є, у випадках, коли діяльність однієї асоціюється з іншою і навпаки (тобто можливість юридичної особи звертатись до суду за захистом при порушенні особистих немайнових прав такої особи, в тому числі після її смерті).* Доцільно врегулювати особливості здійснення особистих немайнових прав не тільки юридичними особами приватного права, але й юридичними особами публічного права, до яких, за умови сприйняття концепції участі держави в цивільних відносинах через юридичних осіб, включаються також держава Україна, Автономна Республіка Крим і територіальні громади (див. також пара. 1.10).

2.4. *Об'єктивація загальних положень про особисті немайнові права.* На рівні загальних положень про ОНП пропонується передбачити положення щодо: принципів (основних засад) регулювання ОНВ (інституційні принципи) чи універсального принципу особистих

немайнових прав, згідно з яким особистість фізичної особи, включаючи її природні права, підлягають захисту. Кожна особа зобов'язана поважати вільний вибір фізичної особи жити, як вона бажає (за прикладом ст. 81 ЦК Чехії); уточнити особливості здійснення ОНП та їх гарантій (зокрема щодо вікових меж здійснення ОНП, а саме здійснення окремих правомочностей самостійно малолітніми особами та недієздатними особами, можливість здійснення окремих правомочностей представником, а також посилення гарантій забезпечення здійснення ОНП); систематизувати спеціальні способи захисту ОНП, закріпивши механізм забезпечення пропорційності їх застосування, у випадках коли це призводить до обмеження інших прав, таких як право на інформацію, право на свободу слова тощо.

2.5. *«Укрупнення» особистих немайнових прав.* Обґрунтованим вбачається при збереженні плюралістичного підходу щодо системи ОНП провести так би мовити їх «укрупнення» (право на фізичну недоторканість, право на індивідуальність, право на приватність). З точки зору юридичної техніки це доцільно зробити шляхом поділу глав на відповідні параграфи. Наведене дозволить усунути прогалини та певні колізії, а також позбавить ЦК України статей, які не отримали визнання правозастосовної практики.

Так, розглядаючи ОНП, що забезпечують фізіологічне (природне) існування фізичної особи, доцільно виділити такі ОНП, що забезпечують фізіологічне (природне) існування фізичної особи: право на життя; право на здоров'я; репродуктивні права; право на свободу (свободу природного існування); право на особисту недоторканість; право на особисту безпеку; право на особисту гідність. Вбачається, що окремі із нормативно регламентованих ОНП фізичних осіб, які закріплені у Главі 21 ЦК України, або включаються до змісту вищенаведених прав, або ж виступають гарантіями їх здійснення чи захисту.

ОНП, які забезпечують соціальне буття фізичної особи, можуть бути розділені на: право людини на ім'я та пов'язані із ним засоби персоніфікації (індивідуалізації), право на індивідуальність тощо; право на честь та право на репутацію; право на свободу пересування, право на вільний вибір місця проживання, право на свободу літературної, художньої, наукової та технічної творчості, право на вибір роду занять;

право на особисту інформацію; право на приватність фізичної особи від зовнішнього втручання з боку соціальної групи.

Положення щодо кожного із зазначених ОНП потребують деталізації із врахуванням напрацювань вітчизняної доктрини, судової практики, а також досвіду законодавчого регулювання ОНВ інших країн.

2.6. *Ревізія спеціального законодавства.* Окрему увагу при оновленні Книги другої ЦК слід приділити відповідності інших законів новій редакції норм ЦК шляхом одночасного внесення відповідних змін та доповнень, а також забезпечення узгодженості при паралельній розробці інших кодифікованих актів, які тією чи іншою мірою регулюють ОНВ (йдеться про Трудовий кодекс України, Медичний кодекс України, Кодекс України з електронних комунікацій тощо).

2.7. *Об'єктивація договірних відносин щодо оборотоздатних особистих немайнових об'єктів.* Необхідним вбачається забезпечення нормативного регулювання договірних відносин, які виникають з приводу особистих немайнових об'єктів, які отримавши об'єктивовану форму, набули ознак оборотоздатності. Тим самим забезпечується право фізичної особи використовувати такі об'єкти в комерційних цілях та дозволяти іншим таке використання.

З урахуванням досягнень вітчизняної доктрини ОНП необхідним є приватноправове закріплення можливості комерційного використання ознак, що індивідуалізують фізичну особу, які у наведеному контексті слід тлумачити широко та охоплювати ними не тільки зображення, ім'я, в усій різноманітності змісту цих термінів, а й голос та інші індивідуальні особливості за умови їх однозначної асоціації з фізичною особою-носієм та комерційною цінністю їх використання.

2.8. *Заборона евгеніки, народження генетично ідентичних людей, трансформації генів, крім лікування генетичних захворювань* (за прикладом ст. 16⁴ ФЦК).

2.9. *Можлива легалізація евтаназії та асистованого самогубства.* Пропонується переглянути питання щодо можливості легалізації пасивної евтаназії та асистованого самогубства з урахуванням практики ЄСПЛ (Pretty проти Сполученого Королівства, Naas проти Швейцарії, Lambert і Інші проти Франції та інші) з паралельним внесенням відповідних змін до Кримінального кодексу України.

2.10. *Об'єктивація репродуктивних прав фізичної особи.* Пропонується закріпити на рівні ЦК України репродуктивні права фізичної особи як систему відокремлених особистих немайнових прав, що спрямовані на здійснення репродуктивної функції фізичних осіб та охоплюють: право на репродуктивний вибір; право на репродуктивне здоров'я; право на інформацію про репродуктивні права; право на таємницю здійснення та захисту репродуктивних прав. Спеціальним законом «Про допоміжні репродуктивні технології» визначити умови, порядок їх застосування (за прикладом ст. 311¹⁹, 311²⁰ ФЦК).

2.11. *Визначення порядку дослідження генетичних характеристик фізичної особи.* Пропонується закріпити порядок дослідження генетичних характеристик лише за письмовою відкличною згодою в цілях визначених законом, таких як медичні цілі та наукові дослідження, та ідентифікації за генетичними відбитками лише у випадках та у порядку, передбачених законом (за прикладом ст. 16¹⁰-16¹³ ФЦК).

2.12. *Визначення цивільно-правових наслідків зміни статі.* Обґрунтованим вбачається визначення цивільно-правових наслідків зміни статі (підстава для припинення шлюбу тощо) (за прикладом ст. 29 ЦК Чехії). Крім того, пропонується чітко встановити, з якого віку, за яких обставин та (або) умов особа має право змінити стать.

2.13. *Забезпечення цивільно-правового захисту права на персональні дані та посилення права на приватність.* Пропонується забезпечити цивільно-правовий захист права на персональні дані, визначивши його зміст та місце в системі ОНП, з одночасним викладенням Закону України «Про захист персональних даних» з метою приведення його у відповідність до Загального регламенту про захист даних ЄС. Зокрема, посилити вимоги щодо умов отримання згоди, яка має бути явною та чітко відрізнятись від інших тверджень; розширити зміст та перелік прав суб'єкта персональних даних (право на доступ до персональних даних із безоплатним наданням їх копій в електронній формі; право на портативність (мобільність) персональних даних – право вимагати передачі персональних даних іншому володільцю).

Обґрунтованим вбачається посилення права на приватність, зокрема шляхом запровадження права бути забутим, згідно із яким особа має можливість вимагати за певних умов видалення своїх

особистих даних із загального доступу, які можуть стати доступні через пошукові системи.

2.14. *Об'єктивація «цифрових прав» особи.* При перегляді нормативного масиву Книги другої ЦК пропонується розвинути положення про «цифрові права» особи, як різновиду ОНП, що створюють можливість реалізації інтересів у сфері діджиталізації.

2.15. *Конкретизація особливостей здійснення та захисту ОНП осіб зі спеціальними правовими модусами.* Більш чіткого нормативного регулювання потребують особливості здійснення та захисту ОНП, якими наділені особи, що мають спеціальні правові статуси (правові модуси), зокрема, публічна фізична особа, пацієнт, член сім'ї, творець об'єкту інтелектуальної власності, цифрова (електронна) особа тощо.

2.16. *Об'єктивація презумпції невинуватості.* Доцільним вбачається закріплення презумпції невинуватості на рівні ЦК та встановлення цивільно-правових способів захисту (в т. ч. припинення порушення та компенсація моральної шкоди) за поширення інформації, яка порушує презумпцію невинуватості (за прикладом ст. 9¹ ФЦК).

3. РЕЧОВЕ ПРАВО (КНИГА ТРЕТЯ ЦК)

3.1. *Зміна назви та структури Книги третьої.* Пропонується повернутися до звичайної назви системи норм щодо речових прав у світових кодифікаціях, у тому числі у проектах ЦК України 1996–2001 років, а саме – «Речове право». Порівняно з чинним ЦК, його Проекти якісно відрізнялися і в структурному плані: у них були наявні окремі структурні одиниці, присвячені загальним положенням про речове право та володінню. З урахуванням досвіду вітчизняних і зарубіжних кодифікацій та збільшення кола «речових» питань, правовий масив даної Книги бажано поділити на наступні Розділи з такими назвами: Розділ I «Загальні положення речового права»; Розділ II «Володіння»; Розділ III «Власність»; Розділ IV «Інші речові права». Пропозиції щодо наповнення змістом нових структурних одиниць та правових конструкцій будуть наведені після презентації можливих шляхів оновлення двох наявних Розділів чинного ЦК.

Розділ I. Право власності (Глави 23–29)

3.2. *Поняття права власності.* Пропонується передбачити в ЦК України поняття права власності як найбільш повного панування над річчю (майном) у межах, передбачених законом. Кожний зобов'язаний утримуватися від порушення права власності іншого.

3.3. *Зміст права власності.* Зміст права власності полягає в тому, що власник вправі за своїм розсудом вчиняти щодо належного йому майна будь-які дії, але ці дії не повинні суперечити закону й іншим правовим актам, а також порушувати права та охоронювані законом інтереси інших осіб. Пропонується доповнити ЦК України такими положеннями про зміст права власності:

«Власнику дозволено робити з річчю все, що не заборонено. У визначених законом випадках власник може вчиняти лише дії, які дозволені законом».

3.4. *Соціальна функція власності.* Пропонується передбачити в ЦК України положення про соціальну функцію власності:

«Власність зобов'язує і власник зобов'язаний, при здійсненні свого права, діяти з належним урахуванням загальних інтересів та індивідуальних інтересів.

Власник не повинен здійснювати своє право власності поза межами, передбаченими для всіх власників такого майна цим або іншим законом, з метою захисту інтересів і безпеки держави, природи, навколишнього середовища та здоров'я людей.

Якщо власник майна підлягає обмеженням з метою захисту інтересів і безпеки держави, природи, навколишнього середовища чи здоров'я людей, які вимагають, щоб він, але не інші власники такого майна, зазнав більшої шкоди, він має право на відшкодування за правилами примусового вилучення майна (експропріації)».

3.5. *Обмеження права власності.* Пропонується доповнити ЦК України положеннями про обмеження права власності у контексті їх речового ефекту:

«Право власності може бути обмежене відповідно до закону. Жодна особа не може бути позбавлена права власності, якщо тільки цього не вимагає публічний інтерес, визначений законом або на підставі закону, з компенсацією, яка не може бути меншою справедливої компенсації.

Власник може з метою, яка не заборонена, обмежувати чи обтяжувати його право.

Якщо власник, внаслідок правочину, встановить заборону відчужувати нерухоме майно чи обтяжувати його, така заборона є чинною щодо третіх осіб, якщо вона зареєстрована в державному реєстрі нерухомого майна та їх обтяжень.

Обмеження права власності на рухоме майно з метою забезпечення вимоги є чинним щодо третіх осіб, якщо воно зареєстроване у відповідному державному реєстрі або якщо третя особа про це знала або могла знати про це».

3.6. *Принцип єдиної нерухомої речі.* Відповідно до принципу єдиної нерухомої речі земельна ділянка є єдиною нерухомою річчю, право власності на яку поширюється й на істотні складові частини цієї речі, тісно пов'язаними із землею. Обговорюючи переваги та недоліки такого підходу, треба взяти до уваги, що його доцільно поширювати також на «квартирну» власність і власність на нежитлову частину будівлі, які тісно пов'язані одна з одною.

Розділ II. Речові права на чуже майно (Глави 30–34)

Володіння

3.7. Природа володіння. Поняття і місце володіння у системі національного права значною мірою залежить від розуміння правової природи цього інституту, зокрема як фактичного стану, що породжує правові наслідки, або виду речового права. Цивільні кодекси більшості країн прямо не відносять володіння ні до фактичного стану, ні до права, його тлумачення є завданням юридичної науки. Якщо підтримати ідею, що володіння є речовим правом, володіння повинно бути відображено в розділі «Обмежені речові права», в якому будуть представлені такі речові права як сервітут, узуфрукт, емфітевзис, суперфіцій, застава, іпотека, інші обмежені речові права.

Заслуговує на підтримку визнання володіння фактичним станом, що породжує правові наслідки, а відтак, володіння не відноситься до категорії речових прав.

Визнання володіння фактичним станом, що породжує правові наслідки, зумовлює місце цього інституту в системі речового права та архітектоніку Книги третьої ЦК. У цьому випадку володінню має бути відведено окремий розділ, який слідуватиме за розділом «Загальні положення» та передуватиме розділам, присвяченим речовим правам.

3.8. Структура Розділу «Володіння». Матеріал розділу пропонується поділити на дві глави: «Загальні положення» та «Наслідки володіння», які міститимуть положення про придбання, здійснення і види володіння, перетворення виду володіння, добросовісне володіння, презумпції безперервного володіння і власності, захист володіння, наслідки володіння і припинення володіння.

3.9. Зміст володіння. Заслуговує на підтримку впровадження в ЦК України положень про володіння як прямого або опосередкованого утримання речі, поєднаного з наміром ставитися до неї як до своєї і панувати над нею як власник або суб'єкт обмеженого речового права. Утримання речі не для себе є триманням (*detentio*), яке не захищається законом за правилами про володіння. Володіння є прямим, якщо фактичне володіння річчю здійснюється володільцем як своєю особисто або через його уповноважену особу. Володіння є опосередкованим, якщо фактичне володіння здійснюється через носія

обмеженого речового права. Цей підхід відповідає тенденції щодо поширення в європейських країнах концепції прямого та опосередкованого володіння (Німеччина, Австрія, Молдова тощо).

3.10. Правові наслідки володіння. Володіння є фактичним станом, що породжує чотири правові наслідки: презумпція власності; набуття права власності на плоди речі, якщо володілець є добросовісним; захист володіння за допомогою речових позовів; набуття володіння внаслідок набувальної давності.

Пропонується передбачити в ЦК України спеціальні засоби (посесорні) захисту володіння, до яких відносяться (1) самозахист; (2) позови про відшкодування шкоди; (3) повернення володіння; (4) припинення порушення володіння; захист кращого володіння за допомогою позовів: (5) про повернення володіння та (6) про припинення порушення.

Інші речові права

3.11. Нові види обмежених речових прав. Крім зазначених у Книзі третій чинного кодексу видів права на чуже майно – сервітут, емфітевзис та суперфіцій, положення про які заслуговують на уточнення, пропонується передбачити тут такі види обмежених речових прав як узуфрукт, речові обтяження нерухомості переважне право купівлі земельних ділянок, речове право очікування.

Що стосується таких видів обмежених речових прав як застава, іпотека, притримання *див. пара. 5.15.*

3.12. Узуфрукт. Сутність інституту узуфрукту полягає в тому, що його суб'єкт (узуфруктуарій) набуває можливість користуватися обтяженою річчю і вилучати з неї плоди і доходи з умовою забезпечення її цілісності і схоронності. Узуфрукт виникає на підставі закону, за договором або внаслідок набувальної давності, встановлюється щодо будь-яких неспоживних речей, рухомих і нерухомих, які знаходяться в цивільному обороті. Річ, яка надана в узуфрукт, може використовуватися як у підприємницькій, так і непідприємницькій діяльності.

3.13. Речові обтяження нерухомого майна. Заслуговує на увагу впровадження в ЦК України положень про речові обтяження нерухомого майна як обмеженого речового права. Речове обтяження нерухомості є речовим правом на чужу земельну ділянку або інше нерухоме майно із повноваженням отримання довічних або протягом тривалого періоду

періодичних платежів, забезпечених можливістю примусового задоволення вимог за рахунок земельної ділянки або іншого нерухомого майна. За своєю природою речове обтяження нерухомості є рентою, яка виплачується з нерухомості й кваліфікується як доходи, що мають речове походження.

В європейських країнах речові обтяження застосовуються в разі продажу земельної ділянки або підприємства на основі ренти, забезпечення осіб похилого віку, утримання майна в кондомініумі (спільної власності), регулювання сусідських відносин, здійснення сервітутних прав, у відносинах забудови. Поширення отримали речові обтяження купівлі-продажу, житлові, індустріальні тощо.

3.14. Перенесення окремих норм про ренту і довічне утримання до Книги третьої. Передбачені у вітчизняному законодавстві (Глава 56 «Рента», ст. ст. 731–743; Глава 57 «Довічне утримання (догляд)», ст. ст. 744–758) рента і довічне утримання (догляд) не відносяться до речових прав і регулюються положеннями ЦК України про зобов'язання. У зв'язку з цим заслуговує на увагу ідея про те, щоб норми про ренту і довічне утримання (догляд) щодо нерухомості, передбачені Главами 56–57 ЦК України, перенести до відповідного розділу Книги третьої.

3.15. Речове право переважної купівлі земельної ділянки. Пропонується передбачити в ЦК речове право переважної купівлі земельної ділянки в переліку обмежених речових прав з усіма ознаками, властивими цьому інституту права.

Передбачене у вітчизняному законодавстві (ст. 362 ЦК України, ст. 130 ЗК України, ст. 9 Закону України «Про оренду землі») право переважної купівлі не відноситься до речових прав.

Інститут речового права переважної купівлі є необхідним і значимим у країнах романо-германського права. Під впливом пандектного вчення переважне право купівлі в законодавстві країн континентальної Європи набуло подвійного характеру: у випадку продажу рухомих речей – зобов'язально-правовий, а в разі продажу нерухомості (земельних ділянок) – речово-правовий режим.

3.16. Речове право очікування. Обмежене речове право очікування є правом особи, яка володіє річчю з метою наступного придбання на неї права власності, у разі виконання володільцем умов, зазначених

у договорі або в законі. Вітчизняною судовою практикою використовується поняття суб'єкта права очікування на отримання речового права на нерухомість у майбутньому. Право очікування є майновим правом, яке є складовою частиною майна як об'єкта цивільних прав. Зазначене майнове право є обмеженим речовим правом, згідно з яким власник цього права наділений певними, але не всіма правами власника майна, та яке засвідчує правомочність його власника отримати право власності на нерухоме майно чи інше речове право на відповідне майно в майбутньому.

3.17. Добросусідство. Пропонується передбачити в ЦК України положення про добросусідство, які відображені в цивільних кодексах країн континентальної Європи (Німеччина, Швейцарія тощо). Положення про добросусідство передбачають, що власник земельної ділянки не має права забороняти викиди газів, пару, запахів, диму, сажі, тепла, шуму, вібрації та подібних впливів, які надходять з іншої земельної ділянки, якщо вони не впливають або впливають несуттєво на використання його земельної ділянки. При цьому за загальним правилом вплив вважається несуттєвим, якщо не перевищено затверджених актами законодавства та нормативно встановленими процедурами меж і цільових показників впливів, встановлених та оцінених відповідно до цих положень.

Критерії прийнятності негативного впливу доцільно визначати спеціальними правилами про добросусідство і правилами, що стосуються відшкодування збитків. У зв'язку з цим спеціальні правила про добросусідство доцільно викласти у Книзі третій «Речове право», а в книзі «Зобов'язальне право» – правила, що стосуються відшкодування збитків (*див. також пара. 5.42*).

3.18. Відмова від права господарського відання і права оперативного управління та їх заміна ринковими конструкціями. З ліквідацією ГК національне законодавство буде позбавлено права господарського відання та права оперативного управління, які є реліктами соціалістичного минулого, штучно створеними для потреб одержавленої економіки обмеженими речовими правами, які не мають аналогів у розвинених правопорядках і не відповідають поняттю речового права.

Наділення майном унітарних державних та комунальних підприємств на праві господарського відання та праві оперативного управління є способом здійснення права власності, перш за все, для публічно-правових утворень, і жодним чином не є юридичною формою економічно необхідної участі однієї особи в праві власності іншої, що є головною передумовою існування самої категорії речових прав на чуже майно.

Традиційним уявленням про речові права на чуже майно не відповідають властиві правам господарського відання та оперативного управління їх встановлення на підставі адміністративного акту органу публічної влади і право власника (держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади) вилучати майно та припиняти ці правові титули на власний розсуд.

Квазіречові права радянської доби не можуть використовуватися в умовах ринкової економіки, коли держава та інші юридичні особи публічного права діють у цивільних відносинах на рівних правах з іншими учасниками, коли ліквідовані «привілейовані» форми власності тощо. В інтересах економічного зростання «радянські» конструкції повинні бути замінені ринковими інструментами у вигляді організаційно-правових форм акціонерних та інших товариств, різних видів договорів, приватноправових конструкцій речових прав.

3.19. Забезпечувальні речові права. ЦК України визнає зобов'язальними правами заставу, іпотеку і притримання, які за своєю природою є речовими правами. Практично всі країни континентальної Європи визнають заставу та іпотеку як речові забезпечувальні права. При цьому в країнах германської правової сім'ї право притримання визнається речовим правом (Німеччина, Австрія, Швейцарія тощо), а в країнах романського типу права – зобов'язальним правом (наприклад, у Молдові).

Більшість країн континентальної Європи визнає речовим забезпечувальним правом інститут забезпечувальної фідуції (Німеччина, Франція тощо).

Забезпечувальні речові права, до яких віднести заставу, іпотеку, притримання та забезпечувальну фідуцію (забезпечувальний фідуціарний фонд) можливо навіть виділити в окремий підрозділ (*див. також пара. 5.15*).

Нові розділи та конструкції

До нових розділів і конструкцій тут віднесено фідучіарний фонд та загальні положення речового права. Хоч і не всі ідеї наведених нижче нових розділів та конструкцій знайшли однозначне схвалення на пленарних засіданнях Робочої групи, в цілях їх публічного обговорення вони наводяться у Концепції.

Фідучіарний фонд

3.20. Правова природа фідучіарного фонду. Поняття і місце фідучіарного фонду в системі цивільного права значною мірою залежить від розуміння правової природи цієї правової конструкції, зокрема як цільового майна (тобто, визначеного метою), що передається в довірчу власність управителя, або як управління чужим майном, управитель якого не є власником.

Якщо підтримати ідею, що фідучіарний фонд має фідучіарний ефект лише у випадку встановлення довірчої власності на майно фонду, а відтак управління чужим майном не має [необхідного] фідучіарного характеру, фідучіарний фонд має бути відображений у Розділі «Власність», серед інших видів права власності, а управління чужим майном – у розділі «Обмежені речові права», в якому будуть представлені обмежені речові права.

Якщо розглядати інститут фідучіарного фонду ширше, як такий, що охоплює основні фідучіарні правові титули на майно – право довірчої власності і право управління чужим майном, то за таким підходом ч. 2 ст. 316 ЦК і Глава 70 ЦК «Управління майном» підлягають виключенню, а положення про фідучіарний фонд потребують включення до окремого розділу.

3.21. Структура правового масиву про фідучіарний фонд. Фідучіарний фонд регулюватиметься положеннями окремих Глав, присвячених загальним положенням і видам фідучіарного фонду, фідучіарній майновій масі, питанням заснування фідучіарного фонду, умовам фідучіарного фонду, повноваженням управителя, засобам правового захисту у випадку невиконання, заміні фідучіаріїв, припиненню і зміні фідучіарного фонду, відносинам із третіми особами та іншим питанням, пов'язаним із фідучіарним фондом.

Особливості фідучіарного фонду як забезпечення зобов'язання регулюватимуться положеннями підрозділу «Забезпечувальні речові права».

3.22. Поняття та підстави виникнення фідучіарного фонду. Фідучіарний фонд створюється на підставі договору (оплатного або безоплатного), заповіту або закону. У випадках, якщо це передбачено законом, він може також створюватися за рішенням суду. Фідучіарний фонд має строковий характер.

Згідно зі створеним фідучіарним фондом один або кілька установників передають своє майно управителю (управителям), які відокремлюють його від власного майна для управління на користь одного або кількох вигодонабувачів, а за їх відсутності – для визначеної суспільно корисної мети.

Фідучіарний фонд може створюватися як фонд довірчої власності, або фонд управління чужим майном. Управитель фонду довірчої власності є довірчим власником майна фонду.

Власником фонду управління чужим майном є установник або вигодонабувач фонду, управитель управляє фондом на праві управління чужим майном, яке є обмеженим речовим правом.

3.23. Права та обов'язки управителя. Прийняття майна у фідучіарний фонд покладає на управителя обов'язок з управління фідучіарним фондом, і прийняття фідучіарного фонду є достатнім для виникнення у вигодонабувача його прав.

Управитель зобов'язаний управляти фідучіарним фондом в інтересах вигодонабувача або для досягнення визначеної мети.

Всі правочини, що здійснюються з майном фідучіарного фонду, є предметом самостійного обліку в управителя.

Управитель володіє, користується, розпоряджається майном фідучіарного фонду в інтересах вигодонабувача або визначеної суспільно корисної мети.

3.24. Права та обов'язки вигодонабувача. Вигодонабувач має право вимагати або надання належного йому доходу, або виплати вартості плодів і доходів, або майна фідучіарного фонду відповідно до правочину про створення фідучіарного фонду чи закону. Вигодонабувач має право вимагати виконання зобов'язань управителя, які стосу-

ються права вигодонабувача на доходи, плоди та майно фонду, оспорити будь-які дії, які вчинені управителем на шкоду фідучіарному фонду або правам вигодонабувача, а також пред'явити позов замість управителя у випадках, якщо той без достатніх підстав відмовляється пред'явити позов, не пред'являє його або йому будь-що перешкоджає його пред'явити.

Управитель і вигодонабувач несуть солідарну відповідальність за дії, вчинені на шкоду правам кредиторів установника або на шкоду майну фідучіарного фонду.

Загальні положення речового права

3.25. *Зміст нового Розділу I Книги третьої.* Розділ I «Загальні положення речового права» містить поняття, принципи і види речових прав.

Пропонується передбачити в ЦК поняття речового права:

«Речове право є пануванням особи над річчю, що діє проти кожного, якщо інше не передбачено законом».

Речовим правам властиві принципи абсолютності, слідування, визначеності законом переліку і змісту речових прав (*numerous clausus*), переваги (старшинства), публічності.

Речові права покликані «зміцнити» (укріпити) суб'єктивне право на річ, відображають сутність майнового присвоєння, сприяють стабільності та усталеному розвитку майнових відносин. Властива речовим правам публічність (гласність) зумовлює завдання національного правопорядку виявити, визнати та юридично охороняти права, які є речовими за своєю природою.

3.26. *Перегляд переліку речових прав, передбачених законом.* Широке розуміння речових прав об'єктивно зумовлює тенденцію до розширення їх переліку і при необхідності – внесення до нього нових речових прав, залишаючи діючим принцип *numerus clausus*.

3.27. *Класифікація речових прав.* Речові права поділяються на право власності та обмежені речові права.

3.28. *Правова природа речей.* Поняття і місце речей у системі цивільного права значною мірою залежить від розуміння правової природи цього об'єкта права, зокрема як об'єкта речового права, або об'єкта цивільного права, правові ефекти якого мають місце також і за межами

речових прав. Цивільні кодекси європейських країн по-різному вирішують це питання – сучасні акти цивільної кодифікації відносять речі до системи речового права як окремого розділу або складової розділу «Загальні положення», деякі цивільні кодекси розташовують норми про речі у складі глави «Об'єкти цивільних прав».

У новому Розділі I Книги третьої можливо передбачити особливості правового режиму окремих видів речей.

3.29. Місце положень про речі у системі речового права. Визнання речі об'єктом речового права зумовлює місце цього об'єкту права у системі речового права та архітектуру Книги третьої ЦК України. У підрозділі «Речі» вміщуються положення про поняття майна та речей, їх властивості та складові частини, цивільний оборот і поділ речей.

3.30. Поділ речей. Передбачений чинним ЦК поділ речей доцільно уточнити або доповнити положеннями про поняття та складові частини нерухомого майна; одиницю кондомініуму; поширення права власності на земельну ділянку; рухомі культурні цінності; нерухоме майно, що зазнало перетворень внаслідок недобросовісних дій набувача тощо.

3.31. Недобросовісне набуття новоствореного нерухомого об'єкту. Пропонується передбачити в ЦК України положення щодо наслідків недобросовісного набуття новоствореного нерухомого об'єкту такого змісту:

«Об'єкт нерухомого майна, створений внаслідок формального поділу, прив'язки до вже наявної нерухомості з використанням її функціональних елементів, в інших випадках недобросовісних дій набувача, не вважається новоствореним об'єктом».

Такий підхід надасть можливість удосконалити захист права власності на нерухоме майно, яке вибуло з володіння власника поза його волю, оскільки передбачатиме необхідність проведення правової оцінки і врахування добросовісності набуття майна набувачем.

4. ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ (КНИГА ЧЕТВЕРТА ЦК)

Основні напрями вдосконалення положень Книги четвертої обумовлені необхідністю: (1) внесення змін до ЦК України та спеціального законодавства, спрямованих на імплементацію Угоди про асоціацію, адаптацію законодавства України до законодавства ЄС; (2) врахування національної практики застосування законодавства у сфері інтелектуальної власності; (3) узгодження положень Книги четвертої між собою та іншими положеннями ЦК України; (4) врахування відповідного досвіду іноземних країн, зокрема країн ЄС.

4.1. *Імплементація положень Угоди про асоціацію та адаптація законодавства України до законодавства ЄС.* Умовою ефективної імплементації Угоди про асоціацію, адаптації законодавства є встановлення та прийняття до уваги сукупності норм права ЄС, рішень Суду ЄС та норм законодавства держав-членів ЄС, що забезпечують функціонування відповідних інститутів охорони прав інтелектуальної власності. При реалізації Угоди про асоціацію істотним є запровадження однакового з ЄС правового режиму щодо охорони та захисту прав інтелектуальної власності в рамках поглибленої і всеохоплюючої зони вільної торгівлі між Україною та ЄС, а також реалізації цілі асоціації з підтримки зусиль України стосовно завершення переходу до діючої ринкової економіки, у тому числі шляхом поступової адаптації її законодавства до *acquis* ЄС (ст. 1 Угоди).

4.2. *Удосконалення окремих положень ЦК та усунення термінологічних розбіжностей.* Вказане, зокрема, стосується питань:

(1) визначення способів використання опублікованого твору (ч. 1 ст. 441, ч. 1 ст. 442);

(2) обмеження автором використання творів після його смерті (ч. 4 ст. 442);

(3) узгодження визначення складу майнових прав інтелектуальної власності (ст. 424 та ст. 440, 452, 464, 474, 487, 490, 495 тощо);

(4) узгодження положень § 6 «Застава» Глави 49 ЦК щодо предмету застави з ч. 3 ст. 424 «Майнові права інтелектуальної власності»;

(5) узгодження ч. 2 ст. 430 та ч. 3 ст. 1112 ЦК стосовно майнових прав інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням;

(6) уточнення положень ст. 432 щодо захисту права інтелектуальної власності судом відповідно до директиви 2004/48/ЄС;

(7) уточнення термінології стосовно організацій мовлення (ч. 3 ст. 451, ст. 455, ч. 3 ст. 456);

(8) узгодження ч. 4 і ч. 6 ст. 488 ЦК щодо строків чинності майнових прав інтелектуальної власності на сорти рослин та породи тварин;

(9) узгодження термінології щодо строків чинності майнових прав інтелектуальної власності (ст. 447, 466, 467, 476, 468, 477, 497, 488, 498) та щодо положень про правові наслідки припинення строку чинності майнових прав інтелектуальної власності;

(10) узгодження положень щодо передання майнових прав інтелектуальної власності на комерційне найменування іншій особі лише разом з цілісним майновим комплексом особи, якій ці права належать, або його відповідною частиною (ч. 2 ст. 490 ЦК та положень ст. 191 ЦК «Підприємство як єдиний майновий комплекс»);

(11) визначення ліцензії як одностороннього правочину, а не як договору (ст. 1107) із зазначенням про те, що особа, якій надано ліцензію, зобов'язана дотримуватися умов, на яких її було видано (ст. 1108);

(12) неможливості укладення договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, предметом якого є права, які на момент укладення договору, ще не виникли (ст. 1113);

(13) уточнення предмета договору комерційної концесії у ст. 1116; узгодження ч. 2 та ч. 3 ст. 1122 ЦК «Особливі умови договору комерційної концесії» стосовно нікчемності умов договору;

(14) уточнення положень ст. 1072 «Черговість списання грошових коштів з рахунка» щодо виплат за авторським договором тощо;

(15) врахування при визначенні збитків у ст. 22 ЦК крім втрат у вигляді знищення чи пошкодження речі – інших майнових втрат тощо.

4.3. *Удосконалення інститутів охорони прав на найменування особи та комерційне (фірмове) найменування.* Пропонується уточнити, що комерційне (фірмове) найменування є додатковим до найменування позначенням особи, та може застосовуватися самостійно або скласти частину найменування юридичної особи. З метою недопущення введення в оману суб'єктів відносин щодо діяльності певної особи, яка

реєструє пізніше та використовує подібне (схоже) найменування або його елементи, відповідний правовий інститут також потребує удосконалення.

4.4. *Адаптація правових режимів охорони комерційної таємниці та ноу-хау до законодавства ЄС.* Відповідно до директиви (ЄС) 2016/943 щодо охорони нерозкритого ноу-хау та бізнесової інформації (комерційної таємниці) проти їх неправомірного набуття, використання та розкриття, у складі комерційної таємниці виділяють два види об'єктів: творчого характеру – ноу-хау та нетворчого – бізнесової інформації. У зв'язку з цим пропонується: (1) доповнити Главу 15 ЦК України окремою статтею «Комерційна таємниця» (див. також пара. 1.13.); (2) Главу 46 ЦК «Право інтелектуальної власності на комерційну таємницю» замінити Главою «Право інтелектуальної власності на ноу-хау»; (3) передбачити, що особливості охорони прав на комерційну таємницю визначаються законом.

4.5. *Посилення охорони прав на корисні моделі та промислові зразки.* Законодавство України з охорони прав на корисні моделі потребує вдосконалення з наближенням до сучасної законодавчої та судової практики провідних держав-членів ЄС, які в інтересах розвитку промисловості та інвестицій забезпечують високий рівень захисту прав на винаходи та унеможливають зловживання правами на корисну модель для обходу винаходу, зокрема, через виключення з правової охорони корисної моделі або визначення корисної моделі як форми охорони прав на винахід з наявністю критерію винахідницького рівня. Інший підхід – розгляд корисної моделі як окремого об'єкту, проте з наявністю критерію винахідницького рівня (прирівнювання критерію винахідницького кроку до винахідницького рівня) або лише як тривимірного об'єкту.

4.6. *Уточнення форми правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності та порядку укладення публічного ліцензійного договору.* У зв'язку з широким використанням в іноземних країнах ліцензій відкритого доступу до твору, пропонується у Главі 75 ЦК передбачити можливість укладення правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності в електронній формі, а також правила про порядок укладення

публічного ліцензійного договору. Такі правила містяться, зокрема у проекті Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 10 березня 2020 р. (Мінекономіки України).

4.7. *Конкретизація змісту майнових прав інтелектуальної власності.* Актуальним в рамках оновлення спеціального законодавства з охорони винаходів, корисних моделей, промислових зразків, є внесення змін щодо змісту майнових прав інтелектуальної власності, а також узгодження положень спеціального законодавства та положень ЦК.

5. ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНЕ ПРАВО (КНИГА П'ЯТА ЦК)

Розділ I. Загальні положення про зобов'язання (Глави 47–51)

Поняття зобов'язання. Сторони у зобов'язанні (Глава 47)

Правовий масив Глави 47 ЦК України містить правила з наступних блоків питань: поняття зобов'язання, підстави його виникнення, сторони зобов'язання (ст. ст. 509–511); заміна кредитора і боржника у зобов'язанні (ст. ст. 512–523); валюта зобов'язання та недопустимість односторонньої відмови від зобов'язання (ст. ст. 524–525).

5.1. *Усунення дисбалансу правових положень щодо поняття та щодо заміни сторін зобов'язання.* У Главі 47 ЦК очевидним є дисбаланс кількості правових норм, присвячених кожному блоку питань. Таку «асиметричність» пропонується усунути за рахунок виділення із наведеного правового матеріалу нових глав, доповнення їх новими правилами та переміщення ст. ст. 524–525 до інших масивів норм. У Главі 47 пропонується сконцентрувати правила про поняття, види і принципи зобов'язання, а нові (виділені) глави будуть присвячені підставам виникнення зобов'язання та заміні сторін зобов'язання.

5.2. *Доповнення зміненої Глави 47 додатковими нормами, присвяченими поняттю, видам та принципам зобов'язання.* У наведеному контексті доцільно звернутися до DCFR, зокрема, до статей III.-1:104 «Co-operation» та III.-1:105 «Non-discrimination». Перша стаття передбачає обов'язок боржника та кредитора співпрацювати один з одним у випадках та в обсязі, коли цього можна розумно очікувати у зв'язку з виконанням обов'язку боржника, а друга – розкриває зміст заборони дискримінації у частині зобов'язальних відносин. У розвиток положень ст. 510 ЦК доцільно було б надати визначення солідарних, часткових та спільних прав та обов'язків за прикладом ст. III.-4:202 DCFR, залишивши деталізацію їх здійснення у Главі про виконання зобов'язання (див. також пара. 5.10).

У проєкті ЦК України стаття про недопустимість односторонньої відмови від зобов'язання (нинішня ст. 525) характеризувала один із принципів виконання зобов'язань. Якщо принцип «*pacta sunt servanda*» розміщуватиметься не в масиві норм про виконання зобов'язання,

а у Главі 47, як загальний принцип зобов'язального права, то ст. 525 ЦК України «Недопустимість односторонньої відмови від зобов'язання» варто залишити у даній Главі.

5.3. *Астрент*. Доцільно доповнити ЦК України положеннями про судову неустойку (астрент), згідно з яким суд може за вимогою позивача зобов'язати відповідача виплатити на користь позивача грошову суму, якщо відповідач не виконає рішення суду. Астрент означає присудження грошових сум як способу забезпечення виконання судового акту, тобто астрент – це неустойка або пеня за неналежне виконання рішення суду. Право на застосування астренту має суд, якщо подано позов про виконання зобов'язання в натурі. Судова неустойка або астрент не може нараховуватися на грошові вимоги.

5.4. *Удосконалення норм щодо заміни кредитора у зобов'язанні*. Зокрема, ст. 514 ЦК «Обсяг прав, що переходять до нового кредитора у зобов'язанні» доцільно доповнити положеннями про можливість відступлення прав, що виникнуть у майбутньому – так звані «недо-зрілі права» (за моделлю договору факторингу). Водночас на рівні закону можливо закріпити недопустимість відступлення невизначених прав вимоги. Слід критично підійти до встановлених ст. 515 ЦК обмежень відступлення права вимоги. Вбачається допустимим дозволити відступлення будь-яких майнових прав, за винятком ситуацій, коли таке відступлення негативно вплине на іншу сторону у зобов'язанні. Виправданим при цьому вбачається закріплення правила про те, що у таких випадках боржник вправі погодити таку заміну кредитора і тим самим нівелювати дію зазначеного обмеження. Окрім цього, обмеження відступлення окремих прав вимоги, пов'язаних з особою кредитора, можна прямо закріпити у законі.

5.5. *Розмежування договорів про відступлення права вимоги та договору факторингу*. Самостійне практичне значення матиме легальне розмежування договорів про відступлення права вимоги та договору факторингу, оскільки сучасна судова практика не завжди правильно кваліфікує зазначені правові моделі, що призводить до оспорювання та визнання недійсними договорів про відступлення права вимоги.

5.6. *Комплексна заміна сторони у синалагматичних зобов'язаннях.* Оскільки на практиці доволі часто відбувається саме *заміна сторони* у зобов'язанні (а не відступлення права вимоги у чистому вигляді), а також з огляду на те, що більшість зобов'язань є синалагматичними (двосторонньо зобов'язуючими), у відповідній главі варто передбачити окремі положення, які б регулювали специфіку «комплексної» заміни сторони у таких синалагматичних зобов'язаннях.

5.7. *Конкретизація конструкцій переведення боргу та заміни боржника.* Сьогодні більшість положень щодо заміни осіб у зобов'язанні присвячена саме заміні кредитора. Тому питанням переведення боргу та заміни боржника варто приділити додаткову увагу. У ст. 520 ЦК доцільно закріпити загальні вимоги, що висувуються до згоди кредитора на заміну боржника в зобов'язанні (за прикладом ст. III.-5:203 DCFR). Обґрунтованою вбачається необхідність закріплення та змістовне розкриття окремих моделей заміни боржника у зобов'язанні (повна заміна боржника, неповна заміна боржника та приєднання нового солідарного боржника) на кшталт ст. III.-5:202 DCFR «Види заміни боржника або вступу нових боржників».

5.8. *Перенесення ст. 524 ЦК «Валюта зобов'язання» до іншого масиву норм.* Дані положення логічно об'єднати із ст. 533 ЦК «Валюта виконання грошового зобов'язання», тим самим виводячи їх за межі Глави 47 ЦК України.

Виконання зобов'язання (Глава 48)

Переважно диспозитивні правила про виконання зобов'язання містяться як у Загальних положеннях про зобов'язання та про договір (Розділи I–II Книги п'ятої), так і в інших частинах ЦК та численних актах цивільного законодавства. У Главі 48 сконцентровано найзагальніші норми цього правового інституту. Керуючись універсальними і регіональними уніфікаційними документами (Принципи UNIDROIT, PECL, DCFR), напрацюваннями доктрини, сучасної законодавчої і судової практики, оновлення відповідного нормативного масиву Глави 48 пропонується здійснювати у таких основних напрямках: (1) структурне удосконалення нормативного матеріалу та покращення його розмежування і взаємодії з іншими главами Загальних положень про зобов'язання та про договір; (2) уточнення існуючих норм про виконання

зобов'язання і включення нових відповідно до положень Принципів UNIDROIT, PECL та DCFR; (3) передбачення спеціальних правил виконання для бізнес-середовища.

5.9. *Структурне удосконалення Глави 48 ЦК про виконання зобов'язання.* Правовий масив даної глави хоча і не поділений на параграфи, але в ньому чітко проглядаються такі групи норм: засади та загальні умови (модальності) виконання; особливості виконання грошових зобов'язань; особливості виконання зустрічних та альтернативних зобов'язань; особливості виконання зобов'язань з множинністю осіб; підтвердження виконання зобов'язання. Зарубіжний нормотворчий досвід показує, що кожна із цих груп норм останнім часом має спрямованість до корегування і збільшення. Так, наприклад, усі згадані уніфікаційні документи, поряд з главами про виконання, включили окремі глави щодо зобов'язань із множинністю боржників і кредиторів. У DCFR питанням множинності осіб присвячена найбільша кількість статей – 19.

Уточнюючи та доповнюючи у процесі рекодифікації нормативний масив Глави 48 ЦК України, цілком логічним виглядає групування відповідних норм як мінімум у два параграфи: § 1. Засади та загальні модальності виконання зобов'язання; § 2. Особливості виконання окремих класифікаційних видів зобов'язань. До першого параграфа увійшли б принципи виконання, норми про загальні умови виконання (суб'єкти, способи, місце, строк), можливо, норми про підтвердження виконання тощо. Наразі даний правовий масив у неповному обсязі міститься у ст. ст. 526–532 та ст. 545 ЦК України. До другого параграфа увійшли б спеціальні норми про виконання окремих видів зобов'язань (частина таких норм нині представлена у ст. ст. 533–544 ЦК України).

5.10. *Покращення розмежування і взаємодії нормативного матеріалу між главами.* До структурного удосконалення Глави 48 ЦК України дотичний наступний напрям оновлення, який полягає у покращенні розмежування і взаємодії нормативного матеріалу між главами загальних положень про зобов'язання та про договір. Оскільки у Главі 48 передбачаються спеціальні норми виконання окремих видів зобов'язання, то вбачається обґрунтованим у попередній Главі (робоча назва – «Поняття, види і принципи зобов'язання» – див. пара. 5.1

та 5.2) навести поняття альтернативних, факультативних, зустрічних, з множинністю осіб, грошових, потестативних, натуральних та інших видів зобов'язань. З іншої сторони, враховуючи те, що у Принципах UNIDROIT правила про виконання доповнено розділом про ускладнення (*hardship*), постає питання про доцільність закріплення у Главі 48 аналогічних статей, замість положень ст. 652 ЦК України про зміну або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин (*change of circumstances* – саме така термінологія використана для даного інституту і у спеціальних статтях PECL та DCFR).

5.11. *Удосконалення норм Глави 48 про виконання зобов'язання з урахуванням положень уніфікаційних документів.* Якщо порівняти встановлені у ЦК загальні вимоги до виконання зобов'язання (*умови або модальності виконання щодо суб'єктів, способів, строку та місця*) з відповідними положеннями Принципів UNIDROIT, PECL та DCFR, то з'ясовуються певні відмінності. Наприклад, в українській кодифікації місце виконання зобов'язання не прив'язується до місця звичайного перебування сторони, а питання про дострокове виконання зобов'язання за загальним правилом вирішено в інший спосіб. Таким чином, загальні умови виконання зобов'язання у ЦК варто гармонізувати з відповідними положеннями (переважно тотожними) Принципів UNIDROIT, PECL та DCFR. Потенціал загальних норм про виконання зобов'язання першого параграфу Глави 48 буде значно підсилений завдяки введенню низки новел, зокрема, правил про витрати і дотримання формальностей, пов'язаних з виконанням; правил про розподіл виконання, іншого ніж платіж за грошовим зобов'язанням; або інших правил, які там відсутні з огляду на акти м'якого права і новітні кодифікації країн ЄС.

5.12. *Оновлення та введення нових спеціальних норм для окремих класів зобов'язань.* Наведена вище методика осучаснення нормативного матеріалу щодо загальних засад і умов виконання зобов'язання поширюється і на оновлення та введення нових спеціальних норм для окремих класів зобов'язань – грошових, зустрічних, альтернативних, факультативних (нині відсутніх) тощо. Через значну кількість норм стосовно виконання зобов'язань із множинністю осіб, правотворчі зусилля у цій сфері переростають в окремий напрям рекодифікації.

5.13. Спеціальні правила виконання для бізнес-середовища. Оскільки ЦК поширюється на правовідносини у підприємницькій сфері, у Главі 48 передбачається посилення бізнес-конотації (а де треба – «споживчої») окремих статей та формування нових спеціальних правил виконання зобов'язань у відносинах між підприємцями. Наприклад, у ЦК встановлена презумпція часткових зобов'язань із множинністю осіб. Проте, враховуючи підвищений рівень відповідальності підприємців, постає питання про доцільність її заміни на презумпцію солідарних зобов'язань. У підприємницькій сфері доцільно, наприклад, надавати сторонам договору можливість обумовлювати право на відмову від виконання зобов'язання сплатою певної грошової суми іншій стороні зобов'язання тощо.

Забезпечення виконання зобов'язання (Глава 49)

5.14. Доповнення загальних положень про забезпечення зобов'язання. Поняття забезпечення зобов'язання відсутнє в чинному ЦК. Воно може визначатися як додаткове право кредитора для захисту його майнового інтересу у випадку прострочення (неналежності) боржника, яке стимулює боржника до належної поведінки. Забезпечувальне право полягає в покладенні додаткових обтяжень на боржника на випадок невиконання або неналежного виконання, резервуванні майна боржника, за рахунок якого може бути досягнуто виконання, притягненні до виконання поряд із боржником третіх осіб і застосовується до відкритого переліку видів забезпечень зобов'язань, які виникають на підставі закону або правочину. Глава 49 має назву «Забезпечення виконання зобов'язання». Пропонується назвати цю главу «Забезпечення зобов'язання». Термін «забезпечення виконання зобов'язання» є умовним, оскільки окремі заходи, які названі законом як такі, не мають відношення до виконання основного зобов'язання, а призначені для захисту майнового інтересу кредитора у випадку прострочення (неналежності) боржника (йдеться про поруку і гарантію). Тому коректніше використовувати термін «забезпечення зобов'язання».

5.15. Місце способів забезпечення зобов'язання у ЦК України. У ЦК положення про забезпечення зобов'язання передбачені в Главі, яка містить способи забезпечення зобов'язання; ці норми розташовані в одній Книзі, присвяченій зобов'язанням. Місце способів

забезпечення зобов'язання у ЦК залежить від визнання поділу забезпечень зобов'язання на речові та зобов'язальні. Зокрема, місце іпотеки, застави, притримання і забезпечувальної довірчої власності в ЦК залежить від вирішення питання про правову природу зазначених способів забезпечення зобов'язання. Якщо виходити із визнання подвійного характеру застави, іпотеки, притримання з урахуванням розмаїття їх об'єктів, основне місце цих забезпечувальних прав у ЦК доцільно визначити у Главі «Забезпечення зобов'язання», а в розділі про речові права представити заставу, іпотеку, притримання як обмежені речові права. При цьому самі договори про встановлення застави, іпотеки, притримання регулюються зобов'язальним правом, а право застави, іпотеки, притримання як обтяження – нормами речового права. (див. також пара. 3.19).

5.16. Зменшення розміру неустойки. Згідно з ч. 3 ст. 551 ЦК розмір неустойки може бути зменшений за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне значення. Чинне законодавство України не містить переліку виняткових випадків (обставин, які мають істотне значення), за наявності яких судом може бути зменшено неустойку. Норму ст. 551 ЦК про зменшення неустойки доцільно доповнити правилами згідно з якими: суд має право зменшити розмір неустойки лише за наявності про це заяви боржника; зменшення неустойки, яка підлягає сплаті підприємцем на підставі договору, допускається у виключних випадках у разі доведеності того, що стягнення неустойки у визначеному договором розмірі може викликати отримання кредитором необґрунтованої вигоди.

5.17. Порука. Доцільно передбачити можливість укладення договору поруки в забезпечення як грошових, так і негрошових зобов'язань, виникнення поруки не лише на підставі договору, але й в силу вказівки закону у разі настання визначених ним обставин, визнання співпоручителів боржниками за правилами часткової множинності осіб пропорційно їх участі в забезпеченні основного зобов'язання.

З метою максимального захисту інтересів кредитора, в ЦК України доцільно передбачити, що у випадках коли зобов'язання, забезпечене порукою, було змінено без згоди поручителя, що викликало збільшення

відповідальності або інші негативні наслідки для поручителя, таке зобов'язання не припиняється, а поручитель відповідає на попередніх умовах; в договорі поруки може бути передбачена заздалегідь надана згода поручителя у разі зміни зобов'язання нести відповідальність перед кредитором на змінених умовах і в установлених у такій згоді межах; порука не припиняється у зв'язку зі смертю боржника, реорганізацією юридичної особи-боржника.

5.18. Доповнення правил про заставу. ЦК України (ч. 3 ст. 591) передбачає право заставодержателя залишати за собою предмет застави, але сам порядок залишення застави за заставодержателем не врегульовано, не визначено й момент виникнення права власності заставодержателя. Цю прогалину доцільно усунути шляхом внесення таких правил у зазначену статтю.

Доцільно розглянути питання щодо прийняття норми ЦК, спрямованої на захист прав третіх осіб, які є добросовісними набувачами заставленого майна (не знали і не могли знати, що майно знаходиться в заставі). Якщо добросовісність буде доведена, то в цьому випадку заставу необхідно вважати припиненою, а заставодержатель має право вимагати дострокового виконання основного зобов'язання, забезпеченого заставою, або заміни предмету застави.

Окремим питанням є приведення у відповідність до ЦК України всіх чинних законодавчих актів, які регулюють відносини щодо застави.

5.19. Незалежна гарантія. Доцільно передбачити в Главі 49 ЦК України незалежну гарантію згідно з якою гарант зобов'язується сплатити бенефіціару визначену грошову суму відповідно до умов наданого гарантом зобов'язання незалежно від дійсності забезпечуваного такою гарантією зобов'язання. Зобов'язання гаранта перед бенефіціаром за цією гарантією не залежить у відносинах між ними не лише від основного зобов'язання, для забезпечення якого видана незалежна гарантія, але й від будь-яких інших зобов'язань, навіть за наявності в гарантії посилання на них.

Незалежні гарантії можуть видавати не лише банки, інші кредитні організації, але й інші підприємницькі організації. На відміну від періоду підготовки і прийняття ЦК України 2003 року, коли зазначення на спеціальних суб'єктів – гарантів було обґрунтованим, наразі таке

обмеження не виправдано звужує сферу використання цього забезпечувального інструменту.

5.20. Забезпечувальний платіж. Доцільно доповнити ЦК України таким новим способом забезпечення зобов'язання як забезпечувальний платіж згідно з яким грошове зобов'язання, у тому числі з відшкодування збитків або сплати неустойки за порушення договору, за угодою сторін можуть бути забезпечені шляхом внесення однією із сторін на користь іншої сторони певної грошової суми (забезпечувальний платіж). Цим платежом може забезпечуватися також і майбутнє зобов'язання. На відміну від інших способів забезпечення, цей забезпечувальний інструмент надає кредитору можливість відшкодувати збитки, отримати неустойку у разі настання передбачених договором обставин без звернення до суду.

Припинення зобов'язання (Глава 50)

5.21. Ураховання відповідних положень уніфікаційних актів. У контексті рекодифікації Глави 50 доцільно врахувати досвід DCFR (норми Розділу 5 Книги III «Припинення»), зокрема, ст. III.-3:502 «Припинення внаслідок істотного невиконання», III.-3:503 «Припинення після повідомлення з встановленням додаткового терміну виконання», III.-3:504 «Припинення невиконання, що передбачається», III.-3:505 «Припинення при належному завершенні у виконанні», III.-3:506 «Обсяг права на припинення», III.-3:507 «Повідомлення про припинення», III.-3:508 «Втрата права на припинення».

Правові наслідки порушення зобов'язання (Глава 51)

Оновлення нормативного масиву Глави 51 пропонується здійснювати у таких основних напрямках: 1) перегляд нормативного підходу до співвідношення понять «правові наслідки порушення зобов'язання» та «відповідальність»; 2) конкретизація правових наслідків порушення зобов'язання з урахуванням положень уніфікаційних документів; 3) перегляд підстав, за якими невиконання боржником зобов'язання є виправданим; 4) відмова від конструкції штрафної неустойки, передбаченої ч. 1 ст. 624 ЦК; 5) перегляд усталених підходів до сплати відсотків за невиконання зобов'язання; 6) об'єктивація інституту передоговірної відповідальності.

5.22. Перегляд нормативного підходу до співвідношення понять «правові наслідки порушення зобов'язання» та «відповідальність».

Пропонується виключити з назви Глави 51 словосполучення «відповідальність за порушення зобов'язання». Таким чином, до випадків порушення договірною зобов'язання пропонується використовувати категорію «правові наслідки невиконання зобов'язання». Водночас категорію «відповідальність» пропонується використовувати щодо випадків протиправного завдання шкоди.

5.23. Конкретизація правових наслідків невиконання зобов'язання з урахуванням положень уніфікаційних документів. Актуальною вбачається імплементація положень, закріплених у Главі 3 Книги III DCFR – «Способи захисту на випадок невиконання» («*Remedies for non-performance*»), яка передбачає можливість кредитора скористатися будь-яким передбаченим в ній способом захисту, якщо зобов'язання не виконано боржником і невиконання не має виправдання (стаття III.-3:101 DCFR).

Значний інтерес у контексті рекодифікації Глави 51 становлять підходи, закріплені у наступних статтях DCFR: III.-3:102 «Поеднання способів захисту» («*Cumulation of remedies*»), III.-3:106 «Повідомлення про невиконання»; III.-3:107 «Невиконання обов'язку повідомити про недолік»; III.-3:108 «Підприємець, який не може виконати замовлення споживача, отримане за допомогою дистанційних комунікацій». Доцільно розглянути можливість імплементації до Глави 51 ЦК низки інших норм Книги III DCFR. Йдеться, зокрема, про статті III.-3:202 «Усунення недоліків боржником: загальні положення»; III.-3:203 «Випадки, коли кредитор не зобов'язаний надавати боржникові можливість виправити недоліки»; III.-3:204 «Наслідки надання боржнику можливості усунути недоліки»; III.-3:301 «Примушування до виконання грошових зобов'язань» («*Enforcement of monetary obligations*»); III.-3:302 «Примушування до виконання негрошових зобов'язань» («*Enforcement of non-monetary obligations*»); III.-3:303 «Збереження права на відшкодування збитків».

При перегляді усталених підходів до розрахунку розміру збитків, завданих невиконанням зобов'язання, слід також використати досвід DCFR. Йдеться, зокрема про положення Розділу 7 «Збитки і відсотки» Книги III DCFR. Доцільною вбачається імплементація до ЦК України клаузули передбачуваності («*Foreseeability*»). Так, відповідно до статті

III.-3:703 DCFR боржник за зобов'язанням, яке виникає із договору чи іншого правочину, відповідає лише за ту шкоду, яку він передбачав або міг розумно передбачити, в момент виникнення зобов'язання, як вірогідного результату його невиконання, за винятком тих випадків, коли зобов'язання було порушене умисно, а також внаслідок недбалості або грубої недбалості боржника. Обґрунтованим вбачається використання конструкцій, об'єктивованих у наступних статтях DCFR: III.-3:710 «Відсотки за комерційними договорами»; III.-3:711 «Недобросовісні умови щодо відсотків».

5.24. *Перегляд підстав, за якими невиконання боржником зобов'язання є виправданим.* Пропонується відмовитись від термінів і категорій, характерних для тих чи інших правових систем, та використувувати нові категорії, наприклад «перешкода поза контролем» (*impediment beyond control*). Значний інтерес у наведеному контексті становлять положення уніфікаційних актів: невиконання стороною зобов'язання має виправдання, якщо вона доведе, що таке невиконання було викликано перешкодою поза її контролем і що від неї нерозумно було очікувати прийняття до уваги цієї перешкоди під час укладення договору або ж уникнення чи подолання цієї перешкоди чи її наслідків. Таке основне правило доповнюється уточнюючими положеннями про те, що виправдання невиконання зобов'язання діє тільки під час існування форс-мажорних обставин за умови вчасного інформування іншої сторони про їх настання тощо (див., зокрема, ст. III.-3:104 «Звільнення від відповідальності в силу перешкоди» (*Excuse due to an impediment*)) DCFR).

5.25. *Відмова від конструкції штрафної неустойки, передбаченої ч. 1 ст. 624 ЦК.* При проведенні рекодифікації Глави 51 ЦК пропонується відмовитися від конструкції штрафної неустойки, передбаченої ч. 1 ст. 624 ЦК, замінивши її конструкцією залікової неустойки.

5.26. *Перегляд усталених підходів до сплати відсотків за невиконання зобов'язання.* Положення статті III.-3:708 DCFR «Відсотки за прострочення платежу» становлять значний інтерес у контексті перегляду норм статті 625 ЦК, яка стосується сплати відсотків за порушення грошових зобов'язань. DCFR передбачає, що у разі прострочення сплати грошової суми, незалежно від того, виправданим

чи невиконання зобов'язання, кредитор вправі вимагати сплати відсотків на цю суму, починаючи з моменту настання строку платежу і до моменту сплати по переважній ставці короткотермінових кредитів, що надаються комерційними банками позичальникам у валюті, що використовується в якості засобу платежу у місці, де він має бути здійснений. При цьому кредитор може стягувати й інші збитки. У статті III.-3:709 DCFR йдеться про капіталізацію відсотків (зокрема, передбачається, що відсотки, які підлягають сплаті на користь кредитора, додаються до несплаченої основної суми боргу кожні 12 місяців).

5.27. *Об'єктивізація інституту переддоговірної відповідальності.* Забезпечення стабільності цивільного обороту, лібералізація умов ведення бізнесу та необхідність посилення захисту прав та інтересів слабкої сторони правовідношення вимагають імплементації до ЦК норм, які передбачали б відповідальність недобросовісного учасника на стадії до вступу у договірні правовідносини. Йдеться, зокрема, про відповідальність за недобросовісне ведення переговорів, забезпечення можливістю юрисдикційного захисту меморандумів, протоколів про наміри тощо. За своєю правовою природою переддоговірна відповідальність має визначатися як відповідальність за зловживання правом. У наведеному контексті необхідно зазначити і про дуалістичну природу переддоговірної відповідальності: така міра переддоговірної відповідальності як відшкодування втрати можливості може бути ототожнена з упущеною вигодою (див. також пара. 5.38.).

У наведеному контексті доцільним вбачається запозичення досвіду DCFR (норми Розділу 3 Глави 3 Книги II DCFR – стаття II.-3:301 та стаття II.-3:302. Йдеться, зокрема, про визначення переддоговірної відповідальності як відповідальності за недобросовісне та (або) нечесне ведення переговорів.

Також у контексті наведеного значний інтерес становить і досвід реформування інституту цивільно-правової відповідальності у Франції. Зокрема, чинна редакція ФЦК не звільняє учасника переговорів від відповідальності за збитки, завдані іншим учасникам своїми винними діями на будь-якій стадії переговорів. Разом з тим, абз. 2 ст. 1112 ФЦК передбачає, що відшкодування збитків, завданих на стадії переговорів, не може мати на меті компенсацію неотримання тих доходів,

які очікувалися в результаті неукладеного договору (така відповідальність має недоговірну природу, якщо лише сторони переговорів не уклали між собою угоду, що регламентує їх відносини при веденні переговорів).

Розділ II. Загальні положення про договір (Глави 52–53)

5.28. *Структурне та змістовне переформатування.* Законопроектні роботи з оновлення даної частини кодексу пропонується проводити з огляду на позитивне вирішення питання про виокремлення загальних положень про договір, як одного з найважливіших і найпоширеніших правочинів, і доповнення цими приписами Глави 16 Книги першої (див. також пара. 1.15, 5.32). У межах структурної частини Книги п'ятої пропонується зосередити увагу не тільки на договорі, а й на всіх (принаймні – більшості) підставах виникнення зобов'язань, звернувши увагу на загальні положення та особливості виникнення цих юридичних фактів (див. також пара. 5.29, 5.30). Такий підхід в цілому кореспондується з підходами, закладеними у DCFR: положення про зобов'язання («Обов'язки та відповідні права»: Книга III) відокремлені від положень, що стосуються підстав виникнення зобов'язань («Договори та інші юридичні акти»: Книга II; «Дії в чужому інтересі»: Книга V; «Безпідставне збагачення»: Книга VII; «Позадоговірна відповідальність за шкоду, заподіяну іншій особі»: Книга VI).

5.29. *Нова Глава «Підстави виникнення зобов'язання».* До нової Глави (Глав) ввійдуть відповідні норми, присвячені договорам; завданню шкоди особі та майну; одностороннім правомірним діям (публічна обіцянка винагороди; вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення; рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи); створенню загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи; набуттю, збереженню майна без достатньої правової підстави; іншим підставам виникнення недоговірних зобов'язань (див. також пара. 5.1, 5.38).

5.30. *Структура нової Глави «Підстави виникнення зобов'язання».* У цій структурній частині ЦК можна викласти нормативний матеріал у межах двох параграфів: перший – договір як підстава виникнення зобов'язання, другий – інші підстави виникнення зобов'язань.

Зокрема, у параграфі, присвяченому договору, доцільно зберегти положення про обов'язковість договору, про свободу договору, а положення щодо особливостей його укладення значно модернізувати, виходячи із рекомендацій DCFR (ст. II.-3:105 «Використання засобів інформаційних технологій»; Розділ 2 Глави 4 Книги II «Оферта і акцепт» та інші); а також приписів частини 1, частини 2 Розділу 2 «Укладення договору» PECL.

У параграфі, присвяченому іншим підставам виникнення зобов'язань, доцільно унормувати загальні положення про завдання шкоди особі та майну; односторонні правомірні дії (публічна обіцянка винагороди; вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення; рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи); створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи; набуття, збереження майна без достатньої правової підстави.

При цьому доцільним вбачається розширення переліку підстав виникнення недоговірних зобов'язань (*див. також пара. 5.38.*).

5.31. Переддоговірні відносини. Особливу увагу слід звернути на необхідність значного розширення обсягу нормативного регулювання переддоговірних відносин, які наразі практично знаходяться за межами правового поля. Так, вбачається за доцільне врахувати положення DCFR, у яких доволі детально регламентуються інформаційні права та обов'язки учасників переддоговірного процесу (зокрема, ст. ст. II.-3:101, II.-3:103, II.-3:104, II.-3:106, II.-3:107, II.-3:108, II.-3:109); а також положення, присвячені самій процедурі ведення переговорів: дотримання принципу добросовісності при веденні переговорів, дотримання принципу конфіденційності, а також встановленню відповідальності за порушення умов ведення переговорів (аналогічні правила закріплені також у частині 3 Розділу 2 Книги II PECL) (*див. також пара. 5.27.*).

5.32. Перенесення норм щодо поняття, видів, форми договору до Книги першої. З метою оптимального та більш логічного структурування нормативного матеріалу стосовно конструкції договору, пропонується перенести норми щодо поняття договору та його видів, а також форми договору, які містяться у ст. ст. 626, 633, 634, 635, 639, у Главу 16 Книги першої «Правочини», розширивши зміст цієї Глави також

положеннями про недійсність договорів як найпоширеніших на практиці правочинів, які враховуватимуть рекомендації DCFR (Глава 7 «Підстави недійсності» Книги II) та PECL, зокрема Розділу 4 «Дійсність» (див. також пара. 1.15, 5.28).

Розділ III. Окремі види зобов'язань

Підрозділ 1. Договірні зобов'язання (Глави 54–77)

5.33. Розширення принципу свободи договору. Актуальні тренди договірного регулювання приватноправових відносин відображаються, зокрема, у підвищенні ролі договору як основного регулятора приватноправових відносин та зміщення акцентів з нормативного в бік індивідуального їх регулювання шляхом розширення меж правового регулювання за рахунок передання ініціативи із забезпечення окремих аспектів його здійснення учасникам договірних відносин.

5.34. Комплексний перегляд норм окремих видів договірних зобов'язань. Перманентне ускладнення економічного обороту і диференціація договірних зобов'язань на комерційні та споживчі, поява нових (непоіменованих) договірних конструкцій, комплексних (змішаних) і нетипових договірних взаємозв'язків зумовлює необхідність комплексного перегляду норм Підрозділу 1 Розділу III Книги п'ятої ЦК.

5.35. Нові договірні конструкції. Обґрунтованим вбачається імплементація до національного законодавства нових договірних конструкцій, які наразі відсутні у ЦК, але добре зарекомендували себе в цивільних кодексах інших держав. Зокрема, необхідно звернути увагу на договір про надання туристичних послуг, який був включений до НЦУ. Можемо констатувати доцільність включення до ЦК України таких договірних конструкцій як форфейтинг, франчайзинг, валютний дилінг, договори про надання медичних послуг, договори азартної гри (парі), компенсаційні договори, рамкові договори тощо. Актуальними є також питання імплементації до ЦК України спеціальних положень про брокерські договори, оренду узурфрукта, договір про управління справами, про обіцянку виконати зобов'язання, договір про визнання боргу. Основним критерієм для включення таких договорів, очевидно, слід вважати їх розповсюдженість в цивільному законодавстві країн

ЄС, зважаючи на необхідність гармонізації законодавства України з нормами європейського приватного права.

5.36. Виключення окремих договірних конструкцій. Водночас доцільно розглянути необхідність виключення з ЦК України деяких інститутів зобов'язального права, які збереглися з часів функціонування адміністративно-командної економіки. Йдеться, зокрема, про інститути договору поставки і контрактації сільськогосподарської продукції.

В цілому одним з основних джерел, яким слід керуватися при реформуванні норм даного підрозділу, можна вважати норми, що містяться у Книзі IV «Договори, права та обов'язки, що слідує з них» DCFR.

Підрозділ 2. Недоговірні зобов'язання (Глави 78–83)

5.37. Застереження про застосування загальних положень про зобов'язання. Загальним положенням про зобов'язання присвячені ст. ст. 509–625 ЦК. Водночас значна частина наведених норм (наприклад, норм про забезпечення зобов'язання) не застосовуються до регулювання недоговірних зобов'язань. З метою вирішення наведеної проблеми пропонується у ст. 509 ЦК зробити застереження про можливість застосування норм Розділу I Книги п'ятої до регулювання недоговірних зобов'язань, якщо інше не встановлено цим Кодексом, договором, законом або не впливає із суті зобов'язання.

5.38. Система недоговірних зобов'язань. Важливим і одним з першочергових завдань рекодифікації недоговірних зобов'язань є визначення їх системи у ЦК. У наведеному контексті необхідним вбачається дослідження правової природи та змісту окремих видів недоговірних зобов'язань, які не регламентовані у ЦК, але існують у зарубіжних правопорядках і у джерелах м'якого права. Зокрема, йдеться про такі недоговірні зобов'язання як використання чужого майна в інтересах інших осіб; обіцянка відшкодування збитків; недобросовісна конкуренція; видача ордерного або на пред'явника цінного паперу; *culpa in contrahendo* (див. також пара. 5.27) тощо.

5.39. Ґрунтовний перегляд норм § 1 Глави 82 ЦК «Загальні положення про відшкодування шкоди». Зважаючи на визначальну роль Глави 82 ЦК у масиві норм, присвячених регулюванню недоговірних зобов'язань, необхідним вбачається кардинальний перегляд загальних положень

про відшкодування шкоди. Перш за все, йдеться про потребу урахування «запитової позиції» національних судів. Зокрема, доцільною є конкретизація на рівні окремих статей § 1 Глави 82 ЦК загальних умов деліктної відповідальності: визначення поняття шкоди (шкода, яка підлягає відшкодуванню; шкода, яка не підлягає відшкодуванню; превентивні витрати; докази завдання шкоди); низка питань, пов'язаних з визначенням причинно-наслідкового зв'язку; низка питань, пов'язаних з визначенням основних засад відповідальності. При формулюванні норм, присвячених вині як умові деліктної відповідальності, необхідним вбачається об'єктивація положення щодо загальноприйнятих норм поведінки (*required standard of conduct*). Доцільною вбачається об'єктивація обставин, які звільняють від деліктної відповідальності з урахуванням положень Розділу IV PETL (*Defences*).

5.40. *Заміна низки бланкетних норм Підрозділу 2 Розділу III Книги п'ятої ЦК реальними регулятивними інструментами.* Можна констатувати наявність значної кількості бланкетних норм, які регулюють недоговірні зобов'язання. Наведене зумовлює відсутність реальних механізмів відшкодування шкоди у численних ситуаціях (наприклад, ч. 3 ст. 1166 – шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи внаслідок непереборної сили, відшкодовується у випадках, встановлених законом; ч. 4 ст. 1166 – шкода, завдана правомірними діями, відшкодовується у випадках, встановлених цим Кодексом та іншим законом; ч. 2 ст. 1176 – право на відшкодування шкоди, завданої фізичній особі незаконними діями органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду, виникає у випадках, передбачених законом; ч. 7 ст. 1176 – порядок відшкодування шкоди завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, органу досудового розслідування, прокуратури або суду, встановлюється законом; ч. 2 ст. 1177 – шкода, завдана потерпілому внаслідок кримінального правопорушення, компенсується йому за рахунок Державного бюджету України у випадках та порядку, передбачених законом; ст. 1189 – особливості відшкодування ядерної шкоди встановлюються законом; абз. 1 ч. 2 ст. 1205 – у разі ліквідації юридичної особи платежі,

належні потерпілому або особам, визначеним ст. 1200 цього Кодексу, мають бути капіталізовані для виплати їх потерпілому або цим особам у порядку, встановленому законом або іншим нормативно-правовим актом; ч. 2 ст. 1207 – умови та порядок відшкодування державою шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, встановлюються законом; ч. 3 ст. 1209 – підстави для відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товару, що є рухомим майном, у тому числі такого, що є складовою частиною іншого рухомого чи нерухомого майна, включаючи електроенергію, встановлюються законом).

5.41. Ревізія кондикційних зобов'язань. П'ятнадцятирічний досвід застосування ЦК України національними судами свідчить про існування проблеми у регулюванні відносин, пов'язаних із набуттям та збереженням майна без достатньої правової підстави. Зокрема, низка питань виникає у зв'язку із тлумаченням ст. 1212 ЦК (що мається на увазі під словосполученням «за рахунок іншої особи»? Яка підстава набуття майна вважається «достатньою»?). Проблеми із застосуванням норм Глави 83 ЦК виникають також і у контексті визначення правових наслідків недійсності правочину (див. також пара. 1.21) У зв'язку з викладеним доцільним вбачається урахування досвіду DCFR. Так, стаття II.-7:303 «Наслідки нікчемності або оспорення договору» передбачає, що питання про те, чи має будь-яка зі сторін право вимагати грошової компенсації або повернення переданого або наданого на підставі договору або частини договору, який є нікчемним або оспорюваним, вирішується відповідно до правил про безпідставне збагачення. Водночас наслідки нікчемності або оспорюваності, що стосуються права власності на майно, передане на підставі нікчемного або оспорюваного договору або його частини, регулюються правилами про передачу майна. При цьому положення наведеної статті DCFR застосовуються з урахуванням права суду змінити договір або його наслідки.

5.42. Система спеціальних деліктів. Доцільним вбачається перегляд системи спеціальних деліктів, передбачених Главою 82 ЦК України. Зокрема, йдеться про необхідність доповнення чинного ЦК положеннями щодо: (1) відшкодування шкоди, завданої шкідливим програмним забезпеченням; (2) відшкодування шкоди, завданої вірусами та іншими біологічними організмами; (3) відшкодування шкоди, завданої

робототехнікою та штучним інтелектом; (4) відшкодування шкоди, завданої малолітніми особами, які перебували під наглядом закладу освіти; (5) відшкодування шкоди, завданої руйнуванням будівлі або споруди, що перебувала у неналежному технічному стані; (6) відшкодування шкоди, завданої інформацією чи порадою; (7) відшкодування шкоди, завданої порушенням правил добросусідства; (8) відшкодування шкоди, завданої навколишньому природному середовищу; (9) відшкодування шкоди, завданої внаслідок зловживання правом.

5.43. *Необхідність об'єктивації колективних позовів у ЦК.* Інститут колективного позову є розвиненим інструментом захисту прав та інтересів у європейському праві, впровадженню та гармонізації якого приділяється значна увага на рівні права ЄС (Рекомендації Європейської Комісії 2013/396/ЄС від 11 червня 2013 року про спільні принципи та механізми для колективних позовів з припинення порушень та колективних позовів про компенсацію, пов'язаних з порушенням прав, що надані у відповідності до законодавства; Зелена книга про відшкодування шкоди, завданої порушенням антимонопольного права ЄС; Біла книга про відшкодування шкоди, завданої порушенням антимонопольного права ЄС; Зелена книга про колективні позови споживачів; Звіт Європейської Комісії щодо послідовного європейського підходу до колективних позовів). У наведеному контексті йдеться саме про об'єктивацію інституту колективного позову у матеріальному праві.

5.44. *Особливості відшкодування шкоди, завданої здоров'ю при виконанні договору.* Доволі популярним трендом сучасного деліктного права у світі є положення відповідно до якого відшкодування шкоди, завданої здоров'ю (*compensation of personal injuries*), повинно здійснюватися за правилами деліктної відповідальності, навіть якщо шкода була завдана внаслідок виконання договору. Вбачається, що відповідне правило повинно бути об'єктивовано у ЦК України за результатами рекодифікації.

5.45. *Інші напрями рекодифікації недоговірних зобов'язань.* У процесі рекодифікації недоговірної сфери підлягають радикальному переосмисленню й інші питання, безпосередньо пов'язані з проблематикою недоговірних зобов'язань: особливості відповідальності у сфері корпоративних відносин; методика розрахунку розміру моральної шкоди;

проблеми, пов'язані з об'ємом, розміром та порядком відшкодування шкоди, завданої у сфері кримінального судочинства; можливість відшкодування збитків, що виникли у випадку настання визначених у договорі обставин; основні підходи до визначення вини юридичної особи тощо.

5.46. *Ревізія нормативних масивів інших частин ЦК.* Результатом рекодифікації недоговірних зобов'язань не має бути перегляд виключно норм Підрозділу 2 Розділу III Книги п'ятої ЦК. Проблематику недоговірних зобов'язань необхідно розглядати у комплексі з суміжними питаннями: перш за все, з підходами до реформування інституту цивільно-правової відповідальності. Доцільним вбачається перегляд підходів до формулювання низки статей усіх Книг ЦК. Зокрема, у Книзі першій концептуальному переосмисленню підлягає ст. 13 «Межі здійснення цивільних прав»; ст. 16 «Захист цивільних прав та інтересів судом»; ст. 21 «Визнання незаконним правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування»; ст. 22 «Відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди»; ст. 23 «Відшкодування моральної шкоди»; Глава 11 «Відповідальність за зобов'язаннями держави, Автономної Республіки Крим, територіальних громад»; підходи до визначення правових наслідків недійсності правочину (ст. 216). У Книзі другій перегляду підлягає ст. 275 «Захист особистого немайнового права»; ст. 276 «Поновлення порушеного особистого немайнового права»; ст. 277 «Спростування недостовірної інформації»; ст. 278 «Заборона поширення інформації, якою порушуються особисті немайнові права»; ст. 279 «Правові наслідки невиконання рішення суду про захист особистого немайнового права»; ст. 280 «Право фізичної особи, особисте немайнове право якої порушено, на відшкодування шкоди». У Книзі третій перегляду підлягають норми Глави 29 «Захист права власності». У Книзі четвертій перегляду підлягає ст. 431 «Наслідки порушення права інтелектуальної власності»; ст. 432 «Захист права інтелектуальної власності судом». У Книзі п'ятій перегляду підлягає низка статей Глави 51 «Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання»; низка статей Глави 53 «Укладення, зміна і розірвання

договору» (перш за все, ст. 649 «Вирішення переддоговірних спорів» та ст. 653 «Правові наслідки зміни або розірвання договору»).

5.47. *Ревізія актів спеціального законодавства.* У процесі рекодифікації ЦК має бути проведена ревізія низки актів спеціального законодавства. У контексті рекодифікації недоговірних зобов'язань кардинальному перегляду підлягає Закон України “Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду” від 1 грудня 1994 року та Закон України “Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань” від 22 листопада 1996 року.

6. СПАДКОВЕ ПРАВО (КНИГА ШОСТА ЦК)

6.1. *Суб'єктний склад спадкових правовідносин.* Виходячи з принципу справедливості, доцільно законодавчо закріпити можливість спадкування дітьми спадкодавця, зачатими вже після його смерті із застосуванням допоміжних репродуктивних технологій. Утім, з метою запобігання можливим зловживанням, а також забезпечення стабільності майнового обороту, варто закріпити певні умови, за яких дитина, зачата після відкриття спадщини, може визнаватися спадкоємцем, зокрема, відповідне волевиявлення заповідача та строк, протягом якого має проводитися запліднення.

6.2. *Удосконалення положень про заповіт з умовою.* У чинній редакції ст. 1242 ЦК міститься застереження про те, що умова, визначена у заповіті, має існувати на час відкриття спадщини. Утім, таке законодавче положення значно обмежує свободу заповіту та не відповідає повною мірою інтересам спадкоємців. У зв'язку з цим, пропонується встановити, що умова, визначена в заповіті, має настати протягом строку, встановленого для прийняття спадщини.

6.3. *Наслідки невиконання умови спадкоємцем за заповітом, який має право на спадкування за законом.* Потребує також вирішення проблема невиконання умови спадкоємцем за заповітом, який має право на спадкування за законом. Згідно з чинною правовою моделлю, у разі ненастання умови на час відкриття спадщини спадкоємець за заповітом, стосовно якого була встановлена така умова, може прийняти спадщину як спадкоємець за законом. Відтак спадкоємець має правову можливість не виконати умову заповіту і не втратити право на спадкування, що, вочевидь, не відповідає концепції впровадження такого заповіту.

6.4. *Заповідальне розпорядження стосовно домашніх тварин.* Видається доцільним встановити на законодавчому рівні заповідальне розпорядження стосовно утримання та догляду належних спадкодавцеві домашніх тварин. Така новація повною мірою відповідає свободі заповіту та значно розширює диспозитивні засади спадкового права. Главою 85 ЦК запропонований вид заповідального розпорядження не визначено, що на практиці є перешкодою для його запровадження.

6.5. *Строк управління спадщиною.* Чинна редакція ст. 1285 ЦК свідчить про недостатньо ефективний механізм управління спадщиною, оскільки відповідні дії вчиняються до з'явлення спадкоємців або до прийняття ними спадщини. Вдосконалення нормативного регулювання відносин з управління спадщиною має бути здійснене у частині строку дії відповідного договору, який недоцільно обмежувати моментом з'явлення спадкоємців або прийняття ними спадщини. Управління спадщиною має тривати щонайменше до оформлення спадкоємцями прав на неї.

6.6. *Обов'язкове управління спадщиною.* В законі слід окремо передбачити ті випадки, коли управління спадщиною повинно здійснюватися в обов'язковому порядку. Йдеться передусім про спадкування частки у статутному капіталі господарських товариств. Напевно, нині це найпоширеніша ситуація, коли необхідно здійснювати управління спадщиною. Частка у статутному капіталі господарських товариств вимагає управління завжди – навіть коли строк між відкриттям спадщини та її прийняттям спадкоємцями є незначним.

6.7. *Управління грошовими коштами.* За загальним правилом ч. 2 ст. 1030 ЦК предметом договору управління не можуть бути грошові кошти, крім випадків, коли право здійснювати управління грошовими коштами прямо встановлене законом. Це унеможливує вчинення управителем дій в межах договору на управління спадщиною за рахунок тих коштів, що входять до її складу, та значно зменшує ефективність управління. Зазначимо, що питання можливості управління грошовими коштами є дискусійним у цивілістичній доктрині, має як прихильників, так і противників. Вбачається обґрунтованою об'єктивна ситуація у ЦК права управителя здійснювати управління грошовими коштами, що входять до складу спадщини. Наведене пояснюється передусім тривалим строком, встановленим законом для прийняття спадщини та її оформлення спадкоємцями, що унеможливує зняття (переведення) грошових коштів протягом щонайменше шести місяців з часу відкриття спадщини.

Згідно з ч. 3 ст. 1298 ЦК до закінчення строку на прийняття спадщини нотаріус може видати спадкоємцеві дозвіл на одержання частини вкладу спадкодавця у банку (фінансовій установі), якщо це викликано

обставинами, які мають істотне значення. Але наведене правило не вирішує проблеми спадкування значних грошових сум, розміщених на банківських рахунках, оскільки їх одержання, по-перше, відбувається лише з дозволу нотаріуса, по-друге, не у повному обсязі, а у певній частці та, по-третє, лише за наявності істотних обставин. Крім того, нотаріус не може видати спадкоємцеві дозвіл на одержання частини грошових коштів, що перебувають у банку на підставі договорів про надання індивідуального банківського сейфа, що охороняється банком (ст. 970 ЦК) та індивідуального банківського сейфа, що не охороняється банком (ст. 971 ЦК).

6.8. *Право обирати особу, яка здійснюватиме управління спадщиною.* Питання про доцільність укладення договору на управління спадщиною, а також вибір управителя за цим договором вирішують: спадкоємці, виконавець заповіту, нотаріус, орган місцевого самоврядування. Водночас спадкоємці з'являються до нотаріуса не одразу після відкриття спадщини, в окремих випадках вимагається проведення дій з їх розшуку та повідомлення про смерть спадкодавця, у зв'язку з чим об'єкти спадкового правонаступництва, що потребують вчинення невідкладних дій з утримання та догляду, можуть бути суттєво знецінені. Крім того, часто між спадкоємцями виникають спори, що значно ускладнює як вибір управителя, так і укладення з ним відповідного договору. У свою чергу, нотаріус особисто не заінтересований в управлінні спадщиною, а випадки призначення виконавця заповіту зустрічаються у нотаріальній практиці зрідка. Наведені обставини суттєво знижують ефективність такого, на перший погляд, дієвого правового інструменту, як договір на управління спадщиною, є причиною незначної кількості цих договорів та ще більше актуалізують проблему правової долі спадщини протягом строку, встановленого для її прийняття. Саме тому заповідачеві на законодавчому рівні слід надати право обрати особу, яка здійснюватиме управління спадщиною після відкриття спадщини шляхом відповідного застереження в заповіті. Наведена новація сприятиме підвищенню ефективності застосування механізму управління спадщиною та запобіганню можливим спорам між спадкоємцями.

6.9. *Спадкування майнових прав інтелектуальної власності.* Практика спадкування майнових прав інтелектуальної власності свідчить

про наявність низки питань, які ускладнюють оформлення спадщини та реалізації прав інтелектуальної власності спадкоємцями. Вказане стосується: (1) невизначеності порядку отримання свідоцтва при спадкуванні прав та обов'язків, пов'язаних з отриманням охоронного документу на об'єкт права інтелектуальної власності, та здійсненням експертизи заявки на отримання охоронного документу; (2) спадкування майнових прав інтелектуальної власності на певний об'єкт права інтелектуальної власності (торговельну марку, винахід, твір тощо) особами, які мають право на обов'язкову частку у спадщині, враховуючи неподільність права інтелектуальної власності; (3) оформлення спадщини на майнові права інтелектуальної власності на твір з врахуванням необов'язковості та добровільності реєстрації авторського права та врахування презумпції авторства (ст. 11 Закону «Про авторське право і суміжні права», ст. 15 Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів); (4) спадкування особистих немайнових прав в цілому для творців об'єктів права інтелектуальної власності. На цей час вказане питання врегульовано для авторів творів (ст. 29 Закону України «Про авторське право і суміжні права») тощо.

Зазначимо, що у спеціальних законах з охорони прав на об'єкти промислової власності відсутній єдиний підхід з викладення положень щодо спадкування прав інтелектуальної власності з наведенням окремих положень у Законі «Про авторське право і суміжні права» (ст. ст. 7, 27, 29, 36, 44) та ЦК (ст. ст. 439, 448).

У зв'язку із зазначеним пропонується передбачити окрему статтю у Книзі шостій ЦК щодо спадкування прав інтелектуальної власності з врегулюванням проблемних питань, виявлених під час практики застосування законодавства.

6.10. Оновлення правового регулювання спадкових відносин у системній єдності з оновленням решти Книг ЦК. На регулювання спадкових відносин суттєво впливають положення інших Книг ЦК, зокрема положення щодо здійснення цивільних прав, виконання цивільних обов'язків, обмежень у здійсненні, зокрема, спадкових прав; правового регулювання цивільної правоздатності та дієздатності фізичної особи; об'єктів цивільних відносин, правочинів, представництва, позовної

давності; щодо особистих немайнових прав фізичних осіб: права власності та інших речових прав; щодо зобов'язального права тощо.

6.11. Інші напрями рекодифікації Книги шостої ЦК. У процесі рекодифікації спадкового права підлягають радикальному переосмисленню й інші питання, безпосередньо пов'язані з проблематикою регулювання спадкових відносин, зокрема:

(1) уточнення норм щодо основних понять – спадкування, склад спадщини (які права входять і які не входять до складу спадщини), час відкриття спадщини; особливості спадкування окремих видів прав та обов'язків, певних об'єктів цивільних прав;

(2) розширення можливості застосування при регулюванні спадкових відносин звичаїв, зокрема місцевих звичаїв, звичаїв національних меншин, тощо;

(3) подальший розвиток правового регулювання спадкування за заповітом, з урахуванням свободи волевиявлення заповідача та захистом прав осіб, що мають право на обов'язкову частку у спадщині;

(4) удосконалення норм, що стосуються окремих видів заповітів (заповіт подружжя, секретний заповіт тощо);

(5) уточнення норм, що стосуються спадкування за законом (зміна черговості, зміна розміру частки, спадкування окремих категорій спадкоємців, зокрема осіб, які проживали сім'єю зі спадкодавцем, та осіб, які перебували на утриманні спадкодавця, тощо);

(6) удосконалення правового регулювання усунення від права на спадкування;

(7) здійснення спадкових прав (прийняття спадщини та відмова від прийняття спадщини): обчислення строків для прийняття спадщини;

(8) спадковий договір: реалізація свободи договору при укладенні спадкового договору.

7. СІМЕЙНЕ ПРАВО

В існуючій на даний час системі законодавства поряд із ЦК України діє також СК України, більшість положень якого були свого часу безпідставно виокремлено із проекту ЦК України. Здійснюючи рекодифікацію цивільного законодавства, пропонується повернутися до звичайно прийнятого у світі погляду на місце у цивільній кодифікації приватно-правового нормативного масиву у сфері сім'ї та шлюбу.

З огляду на історію права та юридичну логіку, даний нормативний масив складає вагому частину приватного права та органічно переплетений з усіма конструкціями та розділами цивільних кодексів – спадковим правом, правом власності, зобов'язаннями, дієздатністю, опікою і піклуванням тощо. Дві «глобальні» кодифікації – ФЦК і НЦУ, поширили такий підхід на більшість країн світу. Варто взяти до уваги й те, що останні оригінальні кодифікації ХХ–ХХІ ст. (Аргентина, Бразилія, Грузія, Естонія, Квебек, Нідерланди, Румунія, Угорщина, Чехія тощо) також включили до своїх структур сімейне право. І це не дивно, адже що може бути більш цивілістичним, ніж сімейне право? У цих країнах зважають на здоровий глузд, поняття приватного (цивільного) права, необхідність запровадження єдиних принципів функціонування громадянського суспільства. На думку розробників модерних кодексів, сучасне сімейне право неможливо розглядати окремо від цивільного, навіть з погляду юридичної техніки – настільки органічно питання сімейного права вплетені у канву всього цивільного права. Отже, включення сімейного права до оновленого ЦК України розглядається Робочою групою архіважливим кроком до гармонізації української доктрини і законодавства з *jus commune*.

Основні напрями оновлення сімейного права, як частини ЦК України, планується здійснити у процесі обговорення Концепції.

8. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Закон про МПрП проектувався за лекалами найпередовіших на той час кодифікацій колізійного права західних країн та міжнародних організацій. Незважаючи на глибоку модернізацію колізійного права в Україні у 2005 році, національна «колізійна» теорія і нормотворча практика ще не повною мірою відповідають доктринальним і законодавчим досягненням МПрП європейських країн.

Рекодифікація МПрП в Україні повинна полягати у законодавчому розширенні та поглибленні базових ідей міжнародних та зарубіжних національних модерних кодифікацій МПрП, елементи яких свого часу було закладено у фундамент *Закону про МПрП*, а саме: (1) зміцнення приватноправових засад колізійного права (зокрема, розширення його диспозитивності, підвищення регулятивних можливостей колізійних норм); (2) надання колізійним нормам більшої гнучкості з одночасним збереженням їх визначеності, у тому числі за допомогою принципу, привязки найтіснішого зв'язку та захисного (корегуючого) застереження, заснованого на найтіснішому зв'язку; (3) «матеріалізація» вибору права; (4) уточнення одновекторного (*unilateral*) підходу до вирішення колізійного питання; (5) окремим напрямом оновлення української кодифікації МПрП мусить стати переформатування тексту *Закону* у завершальну книгу модифікованого ЦК.

1. Зміцнення приватноправових засад колізійного регулювання

На початку приватноправових кодифікаційних робіт у 1990-х роках вітчизняна система колізійних норм і «колізійна» концепція не відповідали як світовому досвіду, так й загальному процесу *відродження приватного права в Україні*. Найперше завдання вчених-розробників полягало в укріпленні приватноправового потенціалу колізійного права, адже його норми, як і будь-які норми приватного права, спрямовані на *регламентацію* саме приватноправових відносин, хоч і з міжнародним забарвленням.

8.1. Розвиток диспозитивності. Зміцнення приватноправового заряду колізійного права передусім пов'язане з розвитком його *диспозитивності*. У МПрП диспозитивність виявляється насамперед у такому правовому інституті, як «автономія волі» (*lex voluntatis*).

В українській кодифікації, на відміну від усього попереднього вітчизняного досвіду, зроблено якісно новий стрибок у даному напрямі. Основні приписи щодо *lex voluntatis* сконцентровані у спеціальній статті Закону (ст. 5), а сфера його застосування значно розширена.

8.2. Під час очікуваного оновлення кодифікації МПрП інститут *lex voluntatis* потребує подальшого удосконалення, як у частині загальних правил, так й у частині спеціальних його проявів в окремих видах правовідносин (договірних, недоговірних, трудових тощо).

Так, сучасна практика міжнародних комерційних арбітражів і навіть національних судових органів дедалі частіше визнають за сторонами міжнародного контракту право вибирати норми *lex mercatoria* для регулювання взаємовідносин. Сьогодні на удосконалення інституту *lex voluntatis* у багатьох його аспектах, у томі числі в аспекті застосування ненаціонального права, спрямовують нещодавно прийняті (2015 р.) Гаазькою конференцією з міжнародного приватного права «Принципи вибору права у міжнародних комерційних договорах». До законодавчого покращення інституту «автономії волі» в Україні націлюють також положення Регламентів ЄС, зокрема «Рим I» та «Рим II».

8.3. Зміцнення регулятивної функції колізійних норм. У сучасній європейській правовій традиції приватноправова природа колізійного права розкривається за рахунок зміцнення регулятивної функції колізійних норм. З останніх вже давно знятий ореол технічності та простої відсильної функції.

Ще німецький вчений Л. Раапе відмічав, що колізійні норми, так само як і матеріальні норми, «звертаються» не тільки до судді, але й до сторін, які бажать знати правила поведінки чи перспективи процесу. У п. 4 ст. 1598 (1551) проекту ЦК, підготовленого до третього читання у Верховній Раді України, розробники вперше у світовій практиці законотворення запропонували таке: «правила ... про визначення права країни, що підлягає застосуванню судом, відносяться і до інших органів, а також учасників відповідних правовідносин». На жаль, дане положення не потрапило до чинного Закону.

У західних та українській кодифікаціях МПрП регулятивна функція колізійних норм найповніше розкривається у наданні останнім більшої

гнучкості. Така їх якість досягається завдяки багатьом прийомам, серед яких домінуючим є сучасний інститут *найтіснішого зв'язку*.

II. Підвищення гнучкості колізійних норм через впровадження принципу і прив'язки найтіснішого зв'язку та заснованого на ньому захисного (корегуючого) застереження

Якщо не брати до уваги вибір права самими учасниками правовідносин («автономія волі»), сучасні європейські системи колізійного права побудовані за допомогою загального принципу *найтіснішого зв'язку* права із правовідносинами у поєднанні з великою кількістю формалізованих колізійних норм, у яких втілюється загальний принцип. Такий підхід дозволив вирішити багато правових завдань, зокрема, досягнення розумного балансу між *правовою визначеністю і гнучкістю колізійних норм*.

Досвід кодифікацій МПРП після Другої світової війни показав, що найкращими інструментами для встановлення балансу між визначеністю і гнучкістю колізійних норм виступають «м'які» прив'язки та захисні (корегуючі) застереження (*escape clauses*). Винахід *найтіснішого зв'язку* сучасного змісту (разом із заснованим на ньому корегуючим застереженням) вдихнув нове життя у сьогоденне МПРП: вибір права почав залежати не від локалізації якогось одного контакту, а від оцінки багатьох обставин конкретної справи.

Проектуючи у 1990-х роках книгу ЦК про МПРП, завдання розробників полягало не просто у створенні нової системи колізійних норм, а й у подоланні їх закостенілості (негнучкості). Останнім треба було надати таких якостей, які б зробили їх більш адаптивними до обставин, нюансів конкретної справи, якихось нестандартних ситуацій. В аспекті балансування «визначеності – гнучкості» поставало також питання про рівень судового розсуду при застосуванні колізійних норм. Для вирішення всіх зазначених завдань кращих інструментів, ніж «*closest connection*» та «*escape clauses*», у світі не існувало.

*Найтісніший зв'язок*¹ став для української кодифікації, як і для сучасних кодифікацій країн світу, чарівною паличкою для заміни

¹ У Законі про МПРП вживаються різні терміни: «більш тісний зв'язок» (ст. 4) «тісний зв'язок з відповідними правовідносинами» (ст. 14), «найбільш тісний зв'язок» (ст. 32). У зв'язку з цим варто подумати над термінологічним удосконаленням.

«жорстких», односторонніх колізійних прив'язок на відкриті, багатосторонні та гнучкі.

Розробники української кодифікації враховували також те, що *найтісніший зв'язок* у сучасних кодифікаціях набув багатофункціонального значення. Він почав виконувати не тільки роль колізійної прив'язки для конкретної сфери правовідносин. В окремих кодифікаціях йому надавалося значення головного колізійного принципу, на основі якого вибудовувалися всі колізійні норми нормативного акту. Його широко використовували також в інших контекстах, зокрема для усунення прогалин у масиві колізійних норм тощо.

Найтісніший зв'язок, як колізійна прив'язка, представлений у *Законі про МПрП* (див., зокрема, ч. 2 ст. 32; ч. 4 ст. 44; ч. 1 ст. 60; ст. 66 *Закону*). Надзвичайно важливим кроком у побудові системи колізійного права України стало надання категорії *найтіснішого зв'язку* функції заповнювача прогалин у колізійному регулюванні (ч. 2 ст. 4 *Закону*).

Навіть надзвичайно розгалужена система формалізованих колізійних норм не забезпечує від можливості викривлення принципу найтіснішого зв'язку при застосуванні колізійної норми за певних «нестандартних» фактичних обставин. Для подолання такої ситуації треба було зробити ще один крок на зустріч гнучкості колізійного регулювання. Використовуючи досвід людства у цьому питанні, українські розробники звернулися до механізму захисних корегуючих застережень (*escape clauses*), що дозволяє судам у потрібних ситуаціях відходити від колізійних правил запропонованих законодавцем (ч. 3 ст. 4 *Закону*).

8.4. *Закріплення найтіснішого зв'язку як принципу*. Розробники проекту Книги восьмої ЦК, положення якого пізніше «перекочували» до *Закону про МПрП*, використовуючи принцип, прив'язки та інші грані *найтіснішого зв'язку*, фактично переписали заново українське колізійне право. Проте, удосконалення інструментів балансування між правовою визначеністю і гнучкістю колізійних норм залишається важливим напрямом оновлення кодифікації *МПрП*. Так, категорію *найтіснішого зв'язку* варто уточнити положенням, аналогічним тому, що наводиться у ст. 1 *Закону про МПрП Австрії*. Його суть полягає у тому, що окремі колізійні правила закону, слід розглядати як вияв принципу *найтіснішого зв'язку*.

8.5. *Розкриття змісту найтіснішого зв'язку.* Інший момент удосконалення категорії найтіснішого зв'язку пов'язаний з потребою у наданні судам певних законодавчих орієнтирів для знаходження у широкому колі зв'язків правовідносин з кількома країнами того одного, нормотворюючого, найбільш тісного зв'язку. Тобто йдеться про розкриття змісту найтіснішого зв'язку.

Сьогодні у європейській доктрині і судовій практиці переважає територіальний підхід до цього питання, згідно з яким найбільш тісний зв'язок вбачається у ступені інтенсивності територіальних контактів правовідносин з певною країною. Проте, у сучасних умовах краще віддавати перевагу не стільки «географічному», скільки матеріально-правовому (змішаному) підходу до змісту найтіснішого зв'язку. Європейська наука все голосніше схиляється до необхідності враховувати при визначенні найтіснішого зв'язку не тільки географічні контакти (*conflict justice*), але й фактори, що знаходяться у площині матеріального права і матеріального результату (*material justice*). Такий підхід, на думку його прихильників, дозволяє зробити колізійний масив ще гнучкішим, а суд «озброїти» всіма тими можливостями при визначенні права, які має законодавець при моделюванні конкретної прив'язки.

8.6. *Врахування матеріальних факторів при визначенні найтіснішого зв'язку.* Виходячи з вищевказаного, в оновленому колізійному законодавстві України можна спробувати запропонувати судам при визначенні найтіснішого зв'язку (як прив'язки, принципу чи захисного застереження) враховувати поряд з територіальними, також матеріальні фактори. Набір останніх залежатиме від бажання поширити такий підхід на всі правовідносини з іноземним елементом або їх частину (скажімо, лише на договірні зобов'язання як у законодавстві Венесуели).

III. Матеріалізація колізійного права

Важливою тенденцією розвитку сучасного колізійного права виступає його *матеріалізація*. Ми говоримо про матеріалізацію не тільки тоді, коли при визначенні *найтіснішого зв'язку* використовують матеріальні фактори, але й тоді коли при визначенні застосовного права законодавець або суд враховують матеріально-правове регулювання і матеріально-правовий результат.

Суть нового європейського підходу полягає у відході від нейтрального, «байдужого» відношення колізійної норми до результату вирішення колізійної проблеми. Колізійна норма вже не прирівнюється до вокзального залізничного розкладу, що лише інформує про час та колію прибуття чи відправлення потягів. Соціальне «наповнення» таких норм відбувається через врахування інтересів суб'єктів відносин, вже втілених законодавцем у матеріально-правовому регулюванні.

Залежно від публічних чи приватних матеріально-правових інтересів, що підлягають врахуванню у колізійному регулюванні, матеріалізацію колізійного права можна поділити на два типи. У межах першого типу матеріалізації до уваги береться переважаючий інтерес певного інституту приватного права або групи осіб (наприклад, захист *слабкої сторони* у трудовому або споживчому договорі; вибір *потерпілим* права, що застосовується до деліктних правовідносин; вибір більш сприятливого права *для дитини* тощо). У другому типі матеріалізації враховується переважаючий публічний інтерес.

8.7. *Ширше використання множинності колізійних прив'язок для матеріалізації колізійного права.* Основним інструментом матеріалізації першого типу скрізь у західних кодифікаціях виступає множинність колізійних прив'язок – тобто прив'язок, що доповнюють одна одну або конкурують при визначенні застосовного права. В українській кодифікації даний інструмент матеріалізації представлений альтернативними, субсидіарними, кумулятивними та іншими видами прив'язок (див., зокрема: ч. 3 ст. 24; ч. 1 ст. 31; ч. 2 с. 45; ст. 66 *Закону*). Для покращення української кодифікації лінію на ширше використання множинності колізійних прив'язок належить продовжити. В одних випадках, це можна зробити за рахунок розширення переліку альтернативних прив'язок для визнання дійсності/недійсності актів. В інших – надати підвищений захист новим суб'єктам, наприклад, працівникам у трудових договорах.

8.8. *Публічний інтерес у другому типі матеріалізації.* Основним інструментом матеріалізації колізійного права другого типу виступає інститут імперативних норм (*mandatory rules*), який доктрина відносить до сучасного *одновекторного підходу* до вирішення колізій.

IV. Одновекторний підхід у кодифікації МПрП

Одновекторний (*unilateral*) підхід до вирішення колізійного питання, на відміну від різновекторного (*multilateral*), не потребує наявності системи колізійних правил. Він характеризується тим, що вибір права відбувається, виходячи із аналізу дії у просторі та щодо осіб самих матеріальних норм, а не із аналізу приватноправових відносин. Здавалось би, що цей прийом канує у Лету разом з середньовічною теорією статутів. Проте, він виявився витребуваним у теперішній час розвитку національних та глобальної економік, який характеризується неабияким державним втручанням в економічні процеси, зокрема через законодавче встановлення всляких заборон та інших імперативних норм, що традиційно відносяться до сфери публічного права.

Через важливе значення імперативних норм для захисту публічного інтересу, держави завжди прагнули до їх застосування незалежно від визначеного на підставі колізійних норм іноземного правопорядку. У повоєнних актах з МПрП почали з'являтися правила щодо таких по-різному названих норм: «імперативні норми», «надімперативні норми», «норми прямої дії» тощо. Проте, широко визнаною доктринальною позицією стало те, що інститут імперативних норм почали відносити до нового способу впливу на відносини МПрП, який доповнює матеріально-правовий та колізійний способи.

Розробники української кодифікації прийняли вищезгадану наукову позицію та віддзеркалили її у ст. 14 *Закону*, в якій йдеться про застосування імперативних норм як українського права, так і, за певних обставин, права третіх країн.

8.9. Практика доктринального тлумачення та судового застосування інституту імперативних норм в Україні свідчить про необхідність внесення до нього певних коректив. По-перше, варто змінити назву цих норм. У доктрині та кодифікаціях МПрП багатьох країн норми, про які йдеться у ст. 14 *Закону*, прийнято називати «надімперативними». Така назва точніше передає характер таких норм та унеможливає їх змішування з імперативними нормами внутрішнього приватного права. По-друге, практика показує, що зарахування окремих норм до розряду надімперативних є досить складним завданням як для науковців, так і для суддів. У тексті ст. 14 *Закону* відсутні хоча б якісь

орієнтири для цього. До того ж, серед таких норм називають як приватно-правові, так і публічно-правові норми.

8.10. Публічно-правовий зміст mandatory rules. До категорії надімперативних норм пропонується відносити тільки норми публічно-правового змісту. Практика показує, що надімперативні норми здебільшого пов'язуються із реалізацією публічних державних інтересів. Якщо визначитись з тим, що у рамках одновекторного підходу до надімперативних норм відносяться лише ті, що мають публічно-правовий характер, то можна погодитися з їх приблизним переліком, який запропонований західною доктриною, зокрема, швейцарським юристом Марком Блессінгом.

8.11. Інструменти оновлення всіх розділів чинної кодифікації МПрП. Згадані вище світові напрями розвитку колізійного права стануть «ключами» для оновлення всіх розділів чинної кодифікації МПрП та їх перенесення до завершальної книги ЦК. Таке оновлення передбачає збільшення обсягу регулювання та ускладнення юридичної техніки, деталізацію юридичних приписів, заміну низки застарілих та неефективних норм більш модернізованими приписами, врахування істотних змін у правовідносинах та необхідності урегулювання нових правових інститутів.

V. Переміщення кодифікації МПрП до ЦК України

З 1996 по 2001 роки у Верховній Раді України обговорювався проект нового ЦК у складі восьми Книг, одна із яких була присвячена кодифікації МПрП.

Згодом, вже після другого читання у Верховній Раді України *проекту ЦК*, різними антиринковими силами було нанесено безліч ударів по його формі і змісту. Не зупиняючись на деталях цієї законодавчої трагедії, лише зазначимо, що наслідком цих нападів була значно знижена, порівняно з проектом, ефективність прийнятого і нині діючого ЦК. Особливо тяжкі наслідки сталися через прийняття антагоністичного приватному праву ГК, який фактично «заблокував» дію ЦК в приватно-правових відносинах у сфері бізнесу. Другий тяжкий удар прийшовся по структурі: від кодифікації «від'єднали» дві Книги («Сімейне право» і «Міжнародне приватне право»), тим самим порушивши логіку та ергономіку системи законодавства, що призвело до значних втрат у правозастосуванні, навчанні юристів тощо.

8.12. Сьогодні у зв'язку з приватноправовою рекодифікацією знову постає питання про оптимальну структуру ЦК, зокрема в аспекті його доповнення Книгою про міжнародне приватне право. Як відомо, свого часу розробники проекту ЦК на підставі вивчення світової практики та аналізу історії права в Україні вирішили проводити широку кодифікацію та новелізацію українського МПрП, розмістивши її окремою книгою в цивільному кодексі. Фактично йшлося про створення спеціального закону про МПрП у рамках нового ЦК. Відповідно до зазначених вище параметрів, й була розроблена Книга восьма проекту під назвою «Міжнародне приватне право».

Висновки щодо форми та структури кодифікації МПрП, до яких дійшли розробники чверть століття потому, підтверджуються актуальною законодавчою практикою держав¹. Навіть найновіші кодифікації МПрП останніх двох десятиліть ХХІ ст. так само свідчать про широке використання цивільних кодексів для свого «пристанища». Так, цивільні кодекси *Аргентини* (2014), *В'єтнаму* (2015) *Литви* (2000), *Молдови* (2002), *Монголії* (2002), *Нідерландів* (2011), *Румунії* (2011), *Таджикистану* (2005) та інших країн містять розвинуті масиви колізійного права. Інколи ці книги (частини, розділи) крім колізійних норм, охоплюють норми міжнародного процесуального права. Поява ж окремих законів про МПрП у деяких країнах пояснюється традицією (Албанія, Польща, Туреччина, Чехія, Угорщина, країни колишньої Югославії, Японія) або відсутністю цивільних кодексів чи розпочатих процесів їх модернізації.

Під час оновлення цивільного законодавства вбачається обґрунтованим повернутися до первісної структури проекту ЦК, зокрема, додати до діючого кодексу Книгу про міжнародне приватне право.

¹ Цікаву «арифметику» щодо форми колізійних кодифікацій наводить відомий американський колізіоніст Симеон Симеонідес у нещодавно опублікованій праці. Вчений дослідив 94 відомі кодифікації МПрП (разом із чотирма завершеними на той час проектами) за 50-ти річний період (1962-2012) у 86 країнах Африки, Азії, Європи та Америки. Результати виявилися такими: у 13 країнах із 86 відбулася фрагментарна кодифікація колізійних норм в актах вузької сфери дії (наприклад, у законах про набуття чинності нормативних актів, сімейних кодексах тощо); 4 країни (Бельгія, Болгарія, Туніс та Туреччина) назвали свої автономні кодифікації кодексами, а 27 країн – переважно законами про МПрП; більшість же країн (42) – вмістили кодифікацію МПрП у цивільні кодекси.

До цієї Книги «перейдуть» модернізовані положення *Закону про МПРП*. Зауваження окремих правознавців про, начебто, незвичність включення до цивільного кодексу процесуальних норм або колізійних норм щодо відносин, які не є його предметом (наприклад, «трудових»), вбачаються необґрунтованими. Це підтверджується і досвідом зарубіжних країн (Аргентина, Квебек, Перу).

ДОДАТКИ

1. ЧИННИКИ ТА ПЕРЕДУМОВИ ОНОВЛЕННЯ ЦК УКРАЇНИ

Основи концепції та змісту проекту ЦК України були створені у 1992–1996 роках. Відтоді за чверть століття в Україні та світі багато що змінилося в економічному, політичному та правовому вимірах.

Питання про рекодифікацію ЦК України не виглядало б сьогодні таким актуальним, якби на межі століть спільними зусиллями сотень фахівців із країн Європи не були знайдені найоптимальніші та глобально-придатні правові норми (рішення) для багатьох сфер приватно-правових відносин.

Такі норми-рішення втілено у численних міжнародних документах з уніфікації приватного права. На їх основі в європейських країнах розпочалася найновіша модернізація (й одночасно гармонізація) національних цивільних кодексів і приватноправових доктрин.

Таким чином, слід визнати, що світова (особливо європейська) тенденція до уніфікації та гармонізації приватноправового регулювання слугує вагомим чинником сучасної рекодифікації цивільних кодексів багатьох країн.

Проведення рекодифікації ЦК України за сучасним «європейським сценарієм» потребує логіка подальшої трансформації суспільства, зокрема формування правдивої й ефективної *ринкової економіки* як невід'ємної складової громадянського суспільства та *євроінтеграційна спрямованість* усіх компонентів суспільства.

Протягом наступного десятиліття варто очікувати значної гомогенності національної ринкової економічної системи з європейською. Тому, якщо зараз розпочати процес рекодифікації ЦК України, то якраз через 10–15 років більш розвинуті досі внутрішні ринкові відносини «матимуть» досконаліше цивільно-правове регулювання, до того ж максимально гармонізоване з тим, яке діє у країнах ЄС. Взагалі ж *євроінтеграційна спрямованість України* є сьогодні найсуттєвішим чинником реформ у всіх сферах суспільства. Можна навіть сказати, що основним напрямом рекодифікації ЦК України є подальша «європеїзація» кодексу.

Основними чинниками та передумовами рекодифікації цивільного законодавства в Україні є: (1) стан міжнародної уніфікації норм приватного права; (2) сучасні реформи цивільного законодавства країн ЄС на основі засад та норм міжнародних актів; (3) спроможність приватноправової доктрини в Україні до наукового супроводу процесу рекодифікації.

1. *Міжнародні документи з уніфікації приватного права.* Моделі оптимальної регламентації для багатьох сфер приватноправових відносин сьогодні пропонуються численними директивами і регламентами ЄС, іншими актами, зокрема, такими, без перебільшення, епохальними міжнародними документами, як Принципи міжнародних комерційних контрактів UNIDROIT (ред. 2016 р.); Принципи європейського контрактного права; Принципи, визначення та модельні правила Європейського приватного права, Проект Загальної системи координат 2009 р. (*DCFR*), Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (*CISG*). Наведений далеко не повний перелік актів показує, що у напрямі створення широкого глобально-уніформованого приватного права зроблено величезні кроки.

Названі документи мають однакові уніфікаційні цілі, принципи, формулювання численних правил, причому раніше прийнятий у часі інструмент виконував роль своєрідного «трампліну» для наступного. Водночас акти різняться за багатьма параметрами, зокрема, за юридичною силою, за географією застосування, за колом включених до них правових питань тощо.

Наведені вище міжнародні акти все ширше застосовуються у бізнесі та судовій практиці. Вони визнані інструментами, які повністю відповідають потребам сучасного майнового обігу як між контрагентами однієї країни, так і між сторонами різних країн. Причому вони не зазнали впливу політичних інтересів якоїсь однієї країни. Не менш важливе й те, що ці міжнародні акти загалом стали результатом праці професорів і юристів-практиків багатьох країн та синтезом найкращих рішень конкретних правових завдань (*«best practices»*) із різних правових систем. Зважаючи на сучасний стан (якість і кількість) уніфікації матеріальних норм приватного права, можна зробити висновок про суттєве «визрівання» міжнародної моделі реформ як чинника

рекодифікації. Вбачається, що названі вище міжнародні уніфікаційні документи повинні стати найсуттєвішим джерелом для українських фахівців у процесі рекодифікації ЦК України.

2. *Реформи цивільного законодавства країн ЄС на основі засад та норм міжнародних актів.* Вагомим чинником для проведення рекодифікації ЦК України стає новітнє реформування приватного права в країнах ЄС, зокрема, розробка й прийняття нових цивільних кодексів та законів, модернізація «старих» цивільно-правових кодифікацій з урахуванням європейських й універсальних міжнародних документів.

Першою країною, в якій міжнародні акти з уніфікації приватного права отримали визнання та практичне втілення, стала Німеччина, де на початку 2000-х років відбулося реформування зобов'язального права.

У результаті щойно проведеної реформи договірного права й загальних положень про зобов'язання у Франції та частина Кодексу Наполеона, котра завжди здавалася «непорушним базальтовим фундаментом цивільного права Франції», гармонізована із «загальноєвропейським приватним правом». Прийнятий Урядом цієї країни Ордонанс від 10 лютого 2016 р. № 2016-131 «Про реформу договірного права, загального режиму зобов'язань та їх доказування» був включений французьким Парламентом до Французького цивільного кодексу і почав діяти з 1 жовтня 2016.

Зараз у Франції активно обговорюється реформа щодо цивільно-правової відповідальності, як договірної, так і позадоговірної.

Нові члени ЄС (колишні країни-сателіти чи республіки СРСР: Польща, Чехія, Угорщина, Румунія, Словаччина, Болгарія, Словенія, Латвія, Литва, Естонія) до вступу в Союз не мали, як правило, нових цивільних кодексів чи законів. Більшість із названих країн лише відкоригували «старе» цивільне законодавство відповідно до нових економічних умов. Але з набуттям членства в ЄС у багатьох «країнах-новачках» приймаються нові цивільні кодекси, зокрема, у Румунії (2009 р., набрав чинності 1 жовтня 2011 р.), Чехії (2012 р., набрав чинності з 1 січня 2014 р.), Угорщині (2009 р., набрав чинності з 2013 р.). Польща та Словаччина вже стоять на порозі нових кодифікацій. Міжнародні документи з уніфікації норм матеріального приватного права справили неабиякий вплив на нові угорський, чеський та румунський цивільні кодекси.

На положеннях Принципів Ландо та інших «уніфікаційних» міжнародних актів базується щойно розроблений Проект реформи ЦК Латвії. На цих же позиціях формується концепція кодифікації та проекти майбутнього ЦК Словаччини.

Важливою характеристикою сучасного розвитку права країн Центральної та Східної Європи є рішуча відмова від «дуалізму» приватного права. Так, одночасно з набуттям чинності нового ЦК Чехії припинив дію її Торговий кодекс 1991 р. Разом із Чехією від торгових кодексів відмовилися Угорщина, Польща, Румунія та інші країни. Якщо у 1900-х роках торгівлі кодекси мала половина із 20 країн цього регіону, то зараз їхня кількість скоротилася вдвічі.

Під час процесу рекодифікації ЦК України законодавчий досвід Франції, Німеччини, нових членів ЄС буде надзвичайно корисним.

3. *Приватноправова доктрина в Україні та рекодифікація.* Необхідною передумовою створення концепції та нормативного тексту проекту рекодифікації ЦК України і деяких «прилеглих» до нього законів є спроможність вітчизняної доктрини цивільного (приватного) права «очолити» та науково забезпечити реформаторський процес.

Річ у тім, що нині у світі роль приватноправової доктрини у нормотворчій діяльності як ніколи висока.

Сьогодні українська цивільно-правова наука і кодифікація не виглядають «*terra incognita*» на правовій мапі світу. Також варто зазначити, що з часу набрання чинності ЦК України (1 січня 2004 р.) у країні здійснено численні наукові дослідження з широкою проблематики приватного права. Важливо також і те, що по тематиці всіх книг ЦК України виконані докторські дисертації, окремі висновки яких виглядають етюдами до майбутньої концепції рекодифікації. В юридичну науку і практику прийшло нове молоде покоління цивілістів, які своїми працями довели готовність до рішучого зближення вітчизняної доктрини із західноєвропейською наукою цивільного права. Тому, незважаючи на невідповідність окремих параметрів нашої та «європейської» доктрин цивільного права, все ж вбачається, що вітчизняній науці «під силу» забезпечити процес рекодифікації ЦК України.

Таким чином, для початку процесу рекодифікації ЦК України зараз існують необхідні чинники та передумови, серед яких, зокрема: наявність норм-моделей міжнародних актів; досвід рекодифікації цивільних кодексів Франції та Німеччини – «бастіонів» приватного права; законодавчий приклад нових членів ЄС – колишніх країн соціалістичного табору; необхідний потенціал вітчизняної приватноправової науки¹.

¹ Докладніше див.: Довгерт А. С. Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники і передумови для старту // Право України. 2019. № 1. С. 27–41; Гармонізація приватно-правового законодавства України із законодавством країн ЄС. Матеріали ІХ Міжнародного цивілістичного форуму, Харків 11–12 квітня 2019 рік. Київ : ТОВ «Знання», 2019. 761 с.

2. ОСНОВНІ РЕЗУЛЬТАТИ КОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА 2004 РОКУ ТА МПРП 2005 РОКУ

Книга перша «Загальні положення» створила стабільну основу цивільно-правового регулювання особистих немайнових і майнових відносин в усіх сферах громадянського демократичного суспільства.

Визначення у ст. 1 ЦК України кола відносин, які становлять предмет цивільно-правового регулювання мало принципове значення як для розуміння цивільного права як права приватного, так і для мети вірного застосування усіх його основоположних принципів та норм. Важливим результатом кодифікації стало сформульоване положення про те, що цивільним законодавством та іншими джерелами цивільного права регулюються дві групи відносин – особисті немайнові та майнові (саме у такому порядку), що набули традиційної назви – «цивільні відносини». Такий підхід став кроком вперед, оскільки до цього приватне право призначалося для регулювання майнових відносин, а пізніше – і окремих немайнових відносин. При цьому, на переконання розробників кодексу, не варто ставити питання – які з відносин – майнові чи особисті немайнові, є основними, яка із цих груп відіграє пріоритетну роль у процесі розвитку громадянського суспільства. Між тим, зрозуміло, що таке особисте немайнове право як право на життя є основоположним для здійснення всіх без виключення прав, закріплених у ЦК.

Визнаним досягненням чинного ЦК є положення про те, що цивільно-правовим регулюванням охоплюються всі цивільні відносини, незалежно від тієї сфери діяльності, в якій вони виникли і існують, а норми ЦК і весь інструментарій цивільного права застосовуються протягом десятиліть незалежності України для регулювання цивільних відносин фактично в усіх сферах, в тому числі і в підприємстві, корпоративних, інформаційних відносинах тощо. Це не виключає регулювання відносин у цих сферах і нормами спеціального законодавства. Час підтвердив обґрунтованість підходу законодавця у цьому ключі щодо регулювання актів цивільного стану, відносин опіки та піклування, земельних та житлових відносин у їх приватно-правовій частині, щодо речових прав на землю і помешкання, їх обігу та ін. Таким чином, усі відносини, які за своєю природою є приватними,

відповідно до ЦК регулюються нині цивільним (приватним) правом. Підтвердженням цього є норми ст. ст. 4, 9 ЦК України.

Водночас в результаті проведеної у 2004 році кодифікації *предмет правового регулювання* ЦК України зазнав істотних змін у порівнянні з первісним проектом ЦК через одночасне ухвалення разом з ним і ГК України. Доводи, які неодноразово наводилися розробниками ЦК України, здобули своє підтвердження на практиці, зокрема:

(1) Конституція України закріпила як економічну основу України ринкову економіку, рівність усіх суб'єктів права власності, рівні умови їх функціонування і правового захисту, тому не було і наразі відсутні підстави для окремого регулювання цих відносин двома кодексами;

(2) відсутні об'єктивні умови для окремого регулювання приватних відносин у економічній сфері окремим ГК, а торговельні кодекси, які діють в деяких країнах є кодексами приватного права і виступають логічним продовженням діючих там ЦК, водночас закономірною стає тенденція створення єдиних ЦК;

(3) час підтвердив негативні прогнози щодо появи цілої низки юридико-технічних і практичних ускладнень у результаті прийняття двох кодексів – ЦК і ГК, оскільки до майнових відносин у сфері бізнесу виявилось неможливим застосовувати загальні положення ЦК про правочини (договори), про зобов'язання, про відшкодування збитків за порушення зобов'язань тощо;

(4) труднощі виникли і у процесі залучення в економіку України іноземних інвестицій, які за законодавством усіх країн регулюються нормами цивільного права. Водночас як у часи підготовки проекту чинного ЦК України, так і в сучасних умовах усе вищенаведене не спрямоване на те, щоб заперечувати важливість публічно-правових норм, які сприяють державному регулюванню економіки (податки, державна реєстрація тощо), а державна підтримка підприємництва була і залишається важливою передумовою адекватної систематизації відповідних норм.

Надзвичайно важливим є закріплення у ст. 1 ЦК конститутивних ознак цивільних відносин: вони засновані на юридичній рівності учасників, їх вільному волевиявленні та майновій самостійності, а їх характер є природним, незалежним навіть від волі законодавця.

Законодавець повинен лише сприйняти і визнати їх природню сутність і встановити адекватне регулювання.

Нові правила щодо учасників цивільних відносин, запроваджені у чинному ЦК є також важливими позитивними результатами кодифікації. Йдеться про введення і визначення понять фізичної та юридичної особи, зокрема з такою новелою як поняття юридичної особи публічного права.

Водночас попри значні досягнення чинного ЦК, не можна обійти увагою певні «втрати» кодифікації: чинна ст. 83 ЦК (на відміну від її проекту) закріпила відкритий перелік організаційно-правових форм юридичної особи. Відтак, ця важлива категорія, покликана впорядкувати систематизацію юридичних осіб і слугувати їх важливим ідентифікатором, значною мірою знизила ефективність свого впливу на процес впорядкування суб'єктного складу цивільних відносин. Чинний ЦК вперше закріпив у спеціальному розділі норми про об'єкти цивільних прав, передбачивши в їх числі не тільки традиційні для цивільного права об'єкти: речі, гроші, роботи, результати творчої діяльності, але й значно розширивши їх коло за рахунок цінних паперів, послуг, єдиного комплексу підприємства, а також нематеріальних об'єктів – інформації та особистих немайнових благ.

Значною мірою були новелізовані норми про правочини, представництво, позовну давність.

Особливо слід зазначити, що позитивним наслідком кодифікації 2003 року є ствердження у Книзі першій основоположних засад цивільного права, які слугують потужним фундаментом всього кодексу. Ці принципи, закріплені у ст. 3 ЦК, червоною ниткою проходять крізь всю правову матерію кодексу, наповнюють його норми ідеями природного права, поваги до людини як найвищої соціальної цінності, недопущення свавільного втручання держави у приватну сферу фізичної особи.

ЦК України, визнавши ОНВ невід'ємною складовою предмета цивільного права, *Книгу другу* присвятив ОНП фізичної особи, виокремивши в ній Загальні положення, а також окремі глави стосовно ОНП, що забезпечують природне існування фізичної особи, а також ОНП, що забезпечують соціальне буття фізичної особи.

При цьому значний масив норм, що регулюють ОНВ міститься в інших книгах ЦК¹, а також в інших актах цивільного законодавства².

Досягненням нового ЦК України стала не лише чітка позиція щодо регулювання та охорони ОНВ, але й суттєва зміна ролі та значення цих відносин у структурі предмета цивільного права. Так, було запроваджено позитивне регулювання ОНВ, яке до цього або взагалі не здійснювалося, або було винесено за межі цивілістичного правового матеріалу, хоча за своїм змістом мало б стосуватися саме цивілістики. Формування у ЦК України окремої Книги, присвяченої ОНП фізичної особи, стало галузевим втіленням проголошення у ст. 3 Конституції України людини, її життя, здоров'я, честі та гідності, недоторканності та безпеки найвищою соціальною цінністю.

Перевагою чинного ЦК стало виокремлення загальних положень про ОНП фізичної особи та закріплення на їх рівні поняття, видів, зміст, гарантій здійснення та способів захисту ОНП. Книга друга сьогодні – гармонійна складова структури Кодексу, який кодифікує норми приватного права, цілісну систему норм, що компонується за єдиними принципами і ґрунтуються на єдиному методі регулювання суспільних відносин; визначає загальні положення, спільні для всіх норм певного роду; виділяє за диференційованими підходами окремі інститути, закріплюючи їх у відповідному порядку. У Книзі другій йдеться саме про норми, що регулюють ОНВ на засадах рівності, диспозитивності, неприпустимості втручання у сферу особистого життя фізичної особи; судового захисту будь-якого порушеного цивільного права; справедливості, добросовісності, розумності тощо і мають таким чином тісний зв'язок із Книгою першою.

¹ Наприклад: серед загальних засад цивільного законодавства закріплюється «неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини» (п. 1 ч. 1 ст. 3 ЦК); визначається місце ОНП в обсязі цивільної правоздатності (ст. 26 ЦК) та цивільної дієздатності (ст. 31 ЦК) фізичної особи та юридичної особи (ст. 94); окремим об'єктом цивільних прав визнається особисте немайнове благо (ст. 201 ЦК); ОНП інтелектуальної власності (ст. 418, 421, 423, 425, 429, 430, 438, 442) тощо.

² Наприклад: Сімейний кодекс України; Закони України «Про міжнародне приватне право», «Про інформацію», «Про захист персональних даних», «Про доступ до публічної інформації», «Основи законодавства України про охорону здоров'я» та багато інших.

Логіка законодавця, за якою ОНП не просто розміщені серед інших традиційних цивільних прав, але й передують їм, визнана на сьогодні практично усіма цивілістами і ґрунтується на переконанні в тому, що соціальна значущість ОНП значно вища, ніж прав, які існують у матеріальній сфері суспільства, оскільки є, перш за все, конституційними правами, духовною основою суспільства і виступають передумовою забезпечення свободи власності, свободи договору, свободи підприємництва тощо. Крім цього пріоритетність системного розміщення ОНП зумовило також перегляд на сучасному рівні самого поняття цивільних відносин та цивільного права.

Крім того, за час своєї дії Книга друга стала системоутворюючим ядром для інших актів законодавства, що містять цивільно-правові норми і регулюють ОНВ, незалежно від того, чи є вони суто цивільними, чи мають комплексний характер.

Розробники ЦК України втілили в ньому положення плюралістичної концепції, шляхом закріплення загальних консолідованих положень щодо ОНП та широкого каталогу конкретних ОНП фізичних осіб, чим здійснено їх позитивну регламентацію. При цьому в окрему групу законодавець відносить ті ОНП фізичних осіб, що мають первинне закріплення Конституцією України та походять із відповідних конституційних прав (ст. 270 ЦК). А перелік ОНП, встановлених в законодавстві, визнається невичерпним. ЦК України сприйняв класифікацію ОНП, в якій за основу класифікаційного критерію беруть мету, на досягнення якої спрямоване відповідне ОНП, та здійснив у Книзі другій поділ ОНП фізичної особи на ті, що забезпечують природне існування (глава 21), та ті, що забезпечують соціальне буття (глава 22). Книга друга ЦК України складається із 47 статей (ст. ст. 269–315), що регламентують ОНП фізичних осіб, поєднані у три Глави, а саме: Главу 20 – «Загальні положення про особисті немайнові права фізичної особи», Главу 21 – «Особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи» та Главу 22 – «Особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи». Таким чином, ЦК України містить на сьогодні значний комплекс норм, що регулюють ОНВ і забезпечує системність викладу правового матеріалу щодо ОНП.

Важливе досягнення чинного ЦК України полягає в системному регулюванні **речових прав** (РП) і збільшенні їх ролі як складової предмета цивільного права. Було законодавчо впроваджено відносно значне коло РП, які до цього були представлені переважно правом власності. Формування в ЦК України окремої Книги, присвяченої РП, сприяло відновленню класичних для цивілізованих правопорядків уявлень про РП, є втіленням і конкретизацією на рівні законодавчого акту цивільної кодифікації положень Конституції України, яка визначила коло об'єктів і суб'єктів права власності (ст. ст. 13, 41, 142, 143), рівність усіх суб'єктів права власності (ст. 13), гарантії права власності й обов'язки власників (ст. ст. 13, 41) та встановила, що правовий режим власності має визначатися виключно законами України (п. 7 ч. 1 ст. 92).

Перевагою чинного ЦК стало виокремлення загальних положень про РП та закріплення поняття, видів, змісту і способів захисту РП.

За весь час своєї дії **Книга третя** виконує роль базових положень для інших актів законодавства, що регулюють речові відносини у приватній сфері.

Розробники ЦК України втілили в ньому положення про РП як суб'єктивне право безпосереднього панування над річчю (майном) шляхом закріплення універсальних (загальних) положень про РП та порівняно широкого переліку конкретних РП у вигляді права власності та трьох видів речових прав на чуже майно – сервітуту, емфітевзису і суперфіцію.

В окремий розділ законодавець відносить право власності, яке має первинне закріплення Конституцією України та походить із відповідних конституційних прав (ст. ст. 13, 41 Конституції, ст. ст. 316–394 ЦК). При цьому у розумінні ст. 22 Конституції України перелік РП, закріплених цією Конституцією, не є вичерпним. ЦК України сприйняв класифікацію РП, в якій за основу класифікаційного критерію беруть зміст відповідного РП, та здійснив у Книзі третій поділ РП на право власності (Глави 23–29) та РП на чуже майно (Глави 34–30). Норми, які закріплюють право власності, поєднані у сімох главах, присвячених загальним положенням про право власності (Глава 23), набуттю права власності (Глава 24), припиненню права власності (Глава 25), праву спільної власності (Глава 26), праву власності на землю (земельну

ділянку) (Глава 27). Норми, які регулюють РП на чуже майно, містяться в п'яти главах, присвячених загальним положенням про РП на чуже майно (Глава 30), праву володіння чужим майном (Глава 31), праву користування чужим майном (сервітут) (Глава 32), праву користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) (Глава 33) і праву користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій) (Глава 34).

Чинний ЦК України містить значний комплекс норм, що закріплюють РП і забезпечує відносну системність правового регулювання РП.

Книга четверта є цілісною системою норм, які формуються за єдиними принципами і ґрунтуються на єдиному методі регулювання суспільних відносин.

Книга четверта «Право інтелектуальної власності» та Глава 75 «Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності» ЦК України стала важливим етапом подальшого розвитку законодавства України у сфері творчої діяльності:

(1) з єдиних теоретичних та методологічних позицій були визначені загальні положення про ПІВ та загальні принципи регулювання відносин інтелектуальної власності для різних об'єктів ПІВ;

(2) консолідація нормативного масиву у Книзі четвертій ЦК повною мірою визначило як роль, так і значення відносин інтелектуальної власності у вітчизняному законодавстві і підкреслило приватноправову природу відносин інтелектуальної власності, визначило їх вплив на розвиток громадянського суспільства, поставивши людину – творця у центр системи регламентації відповідних відносин;

(3) було запроваджено єдиний для всіх об'єктів ПІВ підхід щодо визначення змісту майнових прав інтелектуальної власності, визначені загальні для всіх об'єктів ПІВ спеціальні способи захисту прав; єдині підходи з укладання договорів про розпорядження ПІВ; єдині підходи щодо статусу охоронного документу, який засвідчує набуття майнових прав; прав попереднього користувача тощо. В умовах відмінностей положень спеціальних законів стосовно змісту майнових прав інтелектуальної власності, способів захисту тощо прийняття Кодексу стало чинником уніфікації відповідних положень у спеціальному законодавстві.

Найбільша за обсягом *Книга п'ята* «Зобов'язальне право» об'єднує 735 статей, що входять до складу 37 Глав. Перший з трьох розділів містить загальні положення про зобов'язання, які стосуються як договірних, так і недоговірних зобов'язань, другий – присвячений загальним положенням про договір, а третій – передбачає правила щодо окремих зобов'язань.

Положення Книги п'ятої ЦК ґрунтуються на тому, що суб'єкти відносин, пов'язаних з товарообміном, самостійно визначають зміст договірних відносин, виходячи зі своїх інтересів. Норми договірного зобов'язального права є переважно диспозитивними, водночас недоговірні зобов'язання регламентуються імперативними нормами.

Значна роль у регулюванні договірних зобов'язань належить саме договору, звичаям ділового обороту, вимогам, які звичайно ставляться. Саме таким чином у нормах ЦК формуються загальні підходи до загальних умов виконання зобов'язань. Особлива увага приділяється дотриманню умови про добросовісність, розумність, справедливість при виконанні зобов'язань. У Книзі п'ятій нормативно закріплена роль договору як універсальної та найбільш ефективною правової форми опосередкування товарно-грошових та інших майнових відносин.

В умовах ринкової економіки значно зростає вплив держави на майнові відносини у приватній сфері, що супроводжується поглибленням принципу свободи договору, дія якого забезпечує свободу вибору контрагента, визначення умов договору за домовленістю сторін, застосування санкцій виключно на їх розсуд.

У Книзі «Зобов'язальне право» окремо виділені зобов'язання, що виникають внаслідок односторонніх правомірних дій (публічної обіцянки винагороди, вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення; рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи).

Серед охоронювальних зобов'язань новим є інститут зобов'язань, які виникають внаслідок створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи. Низкою новел доповнено умови настання відповідальності у зобов'язаннях, що виникають внаслідок завдання шкоди.

Книга шоста «Спадкове право» регламентує один із інструментів цивільного права, який слугує благородній меті – гуманізації суспільних відносин, за допомогою спеціальних важелів норми спадкового права стимулюють учасників цивільних відносин до піклування, матеріальної допомоги тим, хто через хворобу або каліцтво опинився у безпорадному стані.

Чинний ЦК характеризується численними новелами, які спрямовані на вдосконалення правового режиму відносин у сфері спадкування, до яких можна віднести наступні:

(1) значне підвищення рівня диспозитивності в регулюванні спадкових відносин;

(2) введення нових видів заповітів (заповіт подружжя, заповіт з умовою, секретний заповіт);

(3) збільшення кількості черг спадкоємців з метою значного розширення кола спадкоємців за законом (в основу формування кола спадкоємців покладено не лише споріднення до шостого ступеня включно, а й шлюб, проживання сім'єю, усиновлення, перебування на утриманні). Це суттєво мінімізує визнання спадщини відумерлою та забезпечує перехід прав на спадкове майно до фізичної особи, як більш ефективного власника;

(4) зміна положення держави, як учасника спадкових відносин (можливість бути спадкоємцем лише за заповітом);

(5) певне удосконалення правового регулювання права на обов'язкову частку в спадщині;

(6) введення спадкового договору та розширення застосування договірному регулюванню відносин спадкування загалом тощо.

Високо оцінюючи беззаперечні досягнення чинного ЦК України, який дійсно заклав правові підвалини функціонування громадянського суспільства в Україні, не можна обійти мовчанням негативні наслідки кодифікаційного процесу 2003–2004 років. Крім одночасного прийняття разом із ЦК також ГК, який не можна кваліфікувати інакше як рудиментарний залишок радянської тоталітарної системи, до таких втрат ЦК слід віднести вилучення із його складу двох надзвичайно важливих структурних частин: Сімейного права (Книга шоста проекту) та МПРП (Книга восьма проекту).

Така «резекція» нормативного масиву ЦК безумовно негативно відбилася на системному регулюванні приватних відносин у суспільстві, забезпеченні єдності та повномасштабності всього процесу впорядкування приватноправової сфери.

У *Законі України «Про міжнародне приватне право»* від 23 червня 2005 року вперше в історії законодавства нашої країни знайшла втілення широка кодифікація національного колізійного права разом з приписами міжнародного цивільного процесу. За багатьма параметрами українська кодифікація МПрП стала однією з наймасштабніших у світі. Український кодифікаційний досвід викликав світову зацікавленість вчених і законодавців. За кордоном вийшло чимало наукових праць, в яких аналізувалися здобутки вчених України.

Підвищена міжнародна увага до українського документу значною мірою викликана тим, що *Закон про МПрП* був сконструйований на основі сучасних підходів європейської правової доктрини, кодифікацій МПрП західних країн (Австрія, Італія, Канада (Квебек), ФРН, Швейцарія та ін.), міжнародних договорів, що уніфікують колізійні норми. Серед останніх варто навести Римську конвенцію про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1980 р. (*Римська конвенція*), Гаазьку конвенцію про право, що застосовується до міжнародної купівлі-продажу 1986 р. (*Гаазька конвенція 1986*), Гаазькі конвенції з питань шлюбу, сім'ї, спадкування тощо.

Закон про МПрП буквально перевернув всю колізійну теорію і законодавчу практику, що існували до цього в Україні та колишньому СРСР. На відміну від попереднього законодавства, він встановлював не просто більш повне колізійне регулювання міжнародних приватноправових відносин. *Закон* переводив всю систему колізійного права на рейки нових широко визнаних у світі підходів та принципів, зокрема таких, як широка автономія волі для сторін правовідносин; застосування до правовідносин права країни, що має з ними найтісніший зв'язок; запровадження значного судового розсуду при виборі застосовного права; точне і повне застосування іноземного права; максимальне врахування інтересів фізичної особи щодо її особистого і сімейного статусу тощо.

3. ОГЛЯД ТА ОЦІНКА ЗМІН ДО ЦК ПІСЛЯ 2004 РОКУ ТА ЗАКОНУ ПРО МПРП ПІСЛЯ 2005 РОКУ

За період чинності ЦК України до нього вносилися численні зміни. Характер та обґрунтованість цих змін були різними: подекуди вони обумовлювалися об'єктивними потребами розвитку суспільних відносин і сприяли поліпшенню процесу їх правового регулювання. Водночас серед них були і такі, що відверто лобіювалися окремими політичними та бізнесовими групами і не сприяли підвищенню якості правової регламентації.

За таких умов аналіз внесених до ЦК змін є об'єктивно необхідним і актуальним з огляду на загальні завдання рекодифікації цивільного законодавства.

Книга перша ЦК в цілому зберегла стабільність: жодних змін за весь час дії ЦК не було внесено до Глави 1 та Глави 2, що слід вважати позитивом, враховуючи, що саме у цих Главах закріплені найважливіші положення, які стосуються цивільних відносин в цілому і їх бачення розробниками ЦК, починаючи з визначення цивільних відносин, завершуючи підставами виникнення цивільних прав і обов'язків, а також здійсненням цивільних прав і виконанням обов'язків.

До Глави 3 були внесені нечисленні зміни і доповнення.

Так, було доповнено абз. 20 ч. 2 ст. 16 ЦК, зокрема словами «чи судом у визначених законом випадках»; ч. 4 ст. 22 була викладена в новій редакції: «На вимогу особи, якій завдано шкоди, та відповідно до обставин справи майнова шкода може бути відшкодована і в інший спосіб, зокрема, шкода, завдана майну, може відшкодовуватися в натурі (передання речі того ж роду та тієї ж якості, полагодження пошкодженої речі тощо), якщо інше не встановлено законом»; був викладений в новій редакції п. 4 ч. 2 ст. 23 щодо того, в чому полягає моральна шкода: «у приниженні честі та гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи»; був викладений у новій редакції абз. 1 ч. 3 ст. 23: «Якщо інше не встановлено законом, моральна шкода відшкодовується грошовими коштами, іншим майном або в інший спосіб».

До Розділу II «Особи», зокрема до Підрозділу I «Фізичні особи» були внесені зміни до ст. ст. 29, 32, 36, 38, 42, 44, 46, 49 ЦК, розділ доповнено

ст. 48¹ щодо правових наслідків нездатності фізичної особи виконати свої майнові зобов'язання і погасити борги, а ст. 50 у Главі 5 «Фізична особа-підприємець» була виключена. Основний перелік цих змін не змінив принципових підходів до розуміння фізичної особи. Те ж саме можна зазначити і про низку змін до статей Глави 6 «Опіка і піклування».

Значні зміни торкнулися Підрозділу 2 «Юридична особа» Розділу II ЦК. Втручання відбулися як на рівні загальних положень про юридичну особу, так і на рівні окремих видів юридичних осіб, що потребує окремого і доволі детального аналізу, вирішення низки теоретичних питань, про які йтиметься далі.

У той же час норми Підрозділу 3 «Участь держави, Автономної Республіки Крим, територіальних громад у цивільних відносинах» зазнали мінімальних змін (зокрема, норма ст. 169 ЦК).

У Розділі III ЦК «Об'єкти цивільних прав» передусім зроблена відсилка у ч. 1 ст. 177 ЦК про офіційне тлумачення її положень в Рішенні КСУ від 10 грудня 2009 року, при цьому важливі зміни торкнулися ст. 182 «Державна реєстрація прав на нерухомість», ст.ст. 190–191 ЦК, практично усіх норм Глави 14 «Цінні папери», визначення інформації як нематеріального блага (ст. 200). Детального аналізу потребують зміни до низки статей Розділу IV «Правочини. Представництво» і Розділу V «Строки та терміни. Позовна давність», оскільки вони вносилися протягом років і безсистемно, що певним чином спотворило первісні підходи розробників до їх розуміння. Зокрема, це стосується змін внесених до ст. ст. 205, 209, 228, 234 (Глава 16 «Правочини»), ст. ст. 245, 246 (Глава 17 «Представництво»), ст. ст. 258, 268 (Глава 19 «Позовна давність»).

Також не зазнала істотних змін і *Книга друга* «Особисті немайнові права фізичних осіб». Незначні зміни у тексті стосувалися:

(1) ОНВ, які складаються з приводу інформації¹. Зокрема, з ЦК було виключено презумпції «добропорядності», відповідно до якого

¹ Див.: Закони України «Про внесення змін до Цивільного кодексу України щодо права на інформацію»; «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про інформацію» та Закону України «Про доступ до публічної інформації».

негативна інформація, поширена про особу, вважається недостовірною, допоки не буде доведено протилежне. Уточнено регулювання поширення інформації, отриманої з офіційних джерел.

(2) ОНВ у сфері надання медичної допомоги¹. Виключено положення щодо стерилізації недієздатної фізичної особи за наявності медичних та соціальних показань може бути проведена лише за згодою її опікуна. У сфері репродуктивних прав: скорочено строк, протягом якого може бути проведене штучне переривання вагітності. Закріплено право повнолітньої жінки та чоловіка на застосування лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій. Врегульована можливість неповнолітніх осіб бути донором гемопоетичних стовбурових клітин.

(3) Права на ім'я. Вдосконалено порядок реалізації права на заміну імені. Уточнено порядок використання імені в літературних та інших творах, а також імені фізичної особи, яка затримана, підозрюється чи обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, або особи, яка вчинила адміністративне правопорушення.

(4) У 2019 році до ЦК були внесені зміни², спрямовані на державний захист викривачів корупції шляхом: встановлення обмеженої відповідальності викривачів за майнову та (або) моральну шкоду, завдану особистим немайновим правам внаслідок повідомлення викривачем недостовірної інформації про можливі факти корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень, інших порушень Закону України «Про запобігання корупції».

Можемо констатувати, що деякі із зазначених змін спричинили наукову дискусію. Зокрема, попри виключення з тексту ЦК презумпції «добропорядності», судова практика у справах про захист честі, гідності

¹ Див.: Закони України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо клінічних випробувань лікарських засобів», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо надання психіатричної допомоги», «Про внесення змін до статті 281 Цивільного кодексу України», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині», «Про внесення змін до статті 290 Цивільного кодексу України», «Про внесення змін до Сімейного та Цивільного кодексів України».

² Див.: Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про запобігання корупції» щодо викривачів корупції».

та ділової репутації виходить із того, що обов'язок довести, що поширена інформація є достовірною, покладається на відповідача¹.

Закріплена у *Книзі третій* ЦК система РП не зазнала істотних змін.

До тексту окремих статей вносилися зміни, що стосувалися управління майном, що є в державній власності²; правомірності набуття права власності³; набуття добросовісним набувачем права власності на майно, відчужене особою, яка не мала на це права⁴; набуття права власності на новостворене майно та об'єкти незавершеного будівництва⁵; момента набуття права власності на нерухоме майно за договором⁶; набуття права власності на єдиний майновий комплекс державного (комунального) підприємства у разі приватизації державного майна та майна, що є в комунальній власності⁷; самочинного будівництва⁸; права на земельну ділянку у разі набуття права власності на житловий будинок, будівлю або споруду, що розміщені

¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду у справі № 522/14156/14-ц від 14 лютого 2018 року <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/72269115>> (дата звернення: 23.11.2020).

² Закон України «Про управління об'єктами державної власності» № 185-V (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2006, № 46, ст. 45).

³ Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і покарання за набуття таких активів» № 263-IX від 31.10.2019 (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2020, № 2, ст. 5).

⁴ Закон України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» № 1255-IV від 18.11.2003 (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, № 11, ст. 140).

⁵ Див.: Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» № 3201-IV від 15.12.2005 (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2006, № 13, ст. 110); Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та інших законодавчих актів України» № 1878-VI від 11.02.2010 (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010, № 18, ст. 141); Закон України «Про приватизацію державного і комунального майна» № 2269-VIII від 18.01.2018 (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2018, № 12, ст. 68).

⁶ Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та інших законодавчих актів України» № 1878-VI від 11.02.2010 (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010, № 18, ст. 41).

⁷ Закон України «Про приватизацію державного і комунального майна» № 2269-VIII від 18.01.2018 (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2018, № 12, ст. 68).

⁸ Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності та вдосконалення державного регулювання у сфері містобудівної діяльності» № 4220-VI від 22.12.2011 (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2012, № 29, ст. 345).

на ній¹; квартири як об'єкту права власності²; нотаріального посвідчення договору ренти та договору про передачу нерухомого майна під виплату нерухомого майна (ст. 732 ЦК)³; виключення ч. 2 ст. 745 ЦК про державну реєстрацію договору довічного утримання (догляду), за яким передається набувачеві у власність нерухоме майно⁴.

Істотні зміни, пов'язані із зміною системи РП, стосуються права довірчої власності. До ЦК (ч. 2 ст. 316) було впроваджено інститут права довірчої власності як особливого виду права власності, яке виникає внаслідок закону або договору управління майном⁵. У ч. 2 ст. 316 слова «управління майном» було виключено. При цьому, не визначивши загальні положення про право довірчої власності й обмеживши його регулювання в ЦК бланкетною нормою ч. 2 ст. 316, законодавець пішов шляхом законодавчого регулювання окремих видів довірчої власності у спеціальних законах, присвячених фондам фінансування будівництва, фондам операцій з нерухомістю⁶ та консолідованому іпотечному боргу⁷, що ускладнило формування однакової практики застосування положень про довірчу власність.

¹ Див.: Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення порядку набуття прав на землю» № 1702-VI від 05.11.2009 (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010, № 5, ст. 40); Закон України «Про приватизацію державного і комунального майна» від 18.01.2018 № 2269-VIII (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2018, № 12, ст. 68).

² Закон України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку» від 14.05.2015 № 417-VIII (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2015, № 29, ст. 262).

³ Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та інших законодавчих актів України» (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010, №18, ст. 141).

⁴ Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та інших законодавчих актів України» (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010, №18, ст. 141).

⁵ Див.: Закон № 132-IX від 20.09.2019 і Закон № 980-IV від 19.06.2003.

⁶ Закон України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» від 19.06.2003 № 978-IV (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, № 52, ст. 377).

⁷ Закон України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, № 1, ст. 1) {Закон втратив чинність на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення функцій із державного регулювання ринків фінансових послуг» від 12.09.2019 № 79-IX (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2019, № 44, ст. 277)}.

Крім того, до цивільного законодавства було введено інститут довірчої власності як способу забезпечення за кредитним договором, договором позики шляхом доповнення Глави 49 окремим параграфом¹. Зазначений правовий титул визнано різновидом права власності на майно, за яким довірчий власник не має права самостійно відчужувати таке майно, крім як для звернення стягнення на нього, а також викупу його для суспільних потреб у порядку, встановленому законом. На сьогодні ця правова конструкція поки на практиці не використовується переважно з причини відсутності спеціальних норм про оподаткування цих відносин. Введення до ЦК забезпечувальної довірчої власності викликало низку критичних зауважень серед науковців і практикуючих юристів щодо допустимості даного правового інституту.

Окремі зміни були внесені до **Книги четвертої** «Право інтелектуальної власності», зокрема:

(1) до ст. 432 «Захист права інтелектуальної власності судом» Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності стосовно виконання вимог, пов'язаних із вступом України до СОТ» № 1111-V від 31.05.2007;

(2) до ст. 420, 502, Глави 40 стосовно уточнень положень щодо компонування напівпровідникового виробу та географічних зазначень відповідно до ст. ст. 204–207, 224–227 Угоди про асоціацію, директиви ЄС № 87/54/ЄЕС від 16.12.1986 та Регламенту (ЄС) № 1151/2012 від 21.11.2012 (закони № 123-IX від 20.09.2019, № 111-IX від 19.09.2019);

(3) до ст. 460 стосовно зміни об'єкту корисної моделі (Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформи патентного законодавства» від 21.07.2020 № 816-IX);

(4) до ст. 461, 462, 465 стосовно уточнень критеріїв патентоздатності, строку чинності майнових прав на промисловий зразок відповідно до ст. ст. 212–218 Угоди про асоціацію, директиви 98/71/ЄС від 13.10.1998, а також щодо засвідчення набуття майнових прав на промисловий

¹ Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні» від 20.09.2019 № 132-IX (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2019, № 46, ст. 299).

зразок свідоцтвом; до ст. 496 щодо дати, з якої є чинними майнові права інтелектуальної власності на торговельну марку (Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення охорони і захисту прав на торговельні марки і промислові зразки та боротьби з патентними зловживаннями» від 21.07.2020 № 815-IX).

Зміни, які були внесені до *Книги п'ятої* «Зобов'язальне право», в цілому не мали істотного впливу, вони були обумовлені здебільшого активною динамікою світового і європейського зобов'язального права. Частина змін носила уточнюючий характер.

Так, у 2017 році була доповнена ст. 509 ЦК. У 2009 році доповнена ст. 520: правило про заміну боржника в зобов'язанні лише за згодою кредитора було доповнено уточнюючим виразом «якщо інше не передбачено законом». Аналогічне доповнення було передбачено в ч. 1 ст. 534 ЦК, яка передбачає черговість погашення вимог за грошовим зобов'язанням.

У 2010 році положення ч. 1 ст. 537 ЦК про виконання зобов'язання внесенням боргу в депозит нотаріуса було доповнено словами [в депозит] «нотаріальної контори».

У 2012 році ст. 537 була доповнена ч. 3, яка тепер містить спеціальне уточнююче положення щодо порядку внесення в депозит нотаріуса (нотаріальної контори) «цінних паперів, які існують в бездокументарній формі».

В цілому майже всі інші зміни, внесені до Книги п'ятої з 2003 року дотепер, носять уточнюючий характер або характер відповідних поправок, викликаних певними змінами в інших нормативних актах України або ж деякими незначними недоліками законодавця, що не були виявлені своєчасно.

Найбільш істотні зміни до Книги п'ятої були внесені під впливом тенденцій, пов'язаних з євроінтеграційними процесами. Перш за все, це доповнення ЦК ст. ст. 597¹-597¹³ (Параграф 8 Глави 49), який був включений в ЦК у 2019 році, а також положення, що містяться нині в Параграфі 2 Глави 72 «Рахунок умовного зберігання (ескроу)» (статті 1076¹-1076⁸), який був включений до ЦК в 2017 році.

Крім того, до Книги п'ятої ЦК в різний час з тих же причин були включені 6 нових статей, що стосуються договорів купівлі-продажу, оренди та

кредитних угод, зокрема: ст. 658¹ «Отримання права на одностороннє розірвання договору купівлі-продажу»; ст. 681¹ «Правові наслідки відкликання товару у покушця»; ст. 810¹ «Оренда житла з викупом»; ст. 1056¹ «Проценти за кредитним договором»; ст. 1057¹ «Правові наслідки недійсності кредитного договору»; ст. 1075¹ «Внесення змін до договору банківського рахунку, майнові права на кошти на якому є предметом обтяження».

За час чинності ЦК до Підрозділу 2 Розділу III Книги п'ятої, який присвячений регулюванню недоговірних зобов'язань, вносилися фрагментарні зміни, які концептуально не вплинули на ідеологію регулювання недоговірних зобов'язань, передбачених первісною редакцією ЦК 2003 року. До того ж, зміни вносилися лише до Глави 82 «Відшкодування шкоди». Так, змін зазнали 9 статей Глави 82. Також Глава 82 була доповнена ст. 1211¹.

Протягом строку чинності ЦК до *Книги шостої* «Спадкове право» було внесено низку змін.

Так, ст. 1221 доповнено ч. 3 згідно із Законом № 189-VIII від 12 лютого 2015 року щодо уточнення місця відкриття спадщини.

До ст. 1241 були внесені зміни щодо уточнення осіб, які мають право на обов'язкову частку в спадщині (Закон № 2146-IV від 3 листопада 2004 року).

У 2008 році ЦК було доповнено ст. 1232¹ «Спадкування прав та обов'язків за договором оренди житла з викупом», яка передбачає, що до спадкоємців переходять усі права та обов'язки за договором оренди житла з викупом, які мав спадкодавець та містить положення щодо відмови спадкоємців від договору оренди житла з викупом та припинення цього договору за ініціативою спадкоємців (Закон № 800-VI від 25 грудня 2008 року).

Ст. 1247 доповнено ч. 4, яка передбачає, що заповіти, посвідчені особами, зазначеними у ч. 3 цієї статті, підлягають державній реєстрації у Спадковому реєстрі в порядку, затвердженому Кабінетом Міністрів України (Закон № 2527-VI від 21 вересня 2010 року). Цим же законом були внесені зміни до ст. 1304 «Форма спадкового договору» – додані положення щодо його державної реєстрації у Спадковому реєстрі.

Редакційних змін зазнали ст. ст. 1251-1252 щодо посвідчення заповітів посадовою особою органу місцевого самоврядування, іншими

посадовими та службовими особами (Закон № 1254-VI від 14 квітня 2009 року, Закон № 2435-VI від 6 липня 2010 року, Закон № 2581-VIII від 2 жовтня 2018 року).

Ч. 7 ст. 1254 зазнала змін щодо державної реєстрації у Спадковому реєстрі інформації про скасування заповіту, внесення до нього змін (Закон № 2527-VI від 21 вересня 2010 року).

В 2010 та 2014 році були внесені уточнення до ст. 1269 щодо подання заяви про прийняття спадщини спадкоємцем, який бажає прийняти спадщину, але на час відкриття спадщини не проживав постійно із спадкодавцем (Закони № 2435-VI від 6 липня 2010 року, № 1709-VII від 20 жовтня 2014 року). Цими законами вносилися редакційні правки і до ст. ст. 1272–1273 щодо наслідків пропущення строку для прийняття спадщини та права на відмову від прийняття спадщини.

Суттєві зміни були внесені до ст. 1277 щодо удосконалення правового регулювання відумерлості спадщини та до ст. 1283 щодо охорони спадкового майна (Закон № 1533-VIII від 20 вересня 2016 року). Цим законом передбачені зміни і до ст. 1285 – управління спадщиною.

У 2018 році зазнала змін ст. 1281 – пред'явлення кредитором спадкодавця вимог до спадкоємців, а також ст. 1282, яка стосується обов'язку спадкоємців задовольнити вимоги кредиторів (Закон № 2478-VIII від 3 липня 2018 року).

Відбулися певні зміни і в ст. 1297, що регулює обов'язок спадкоємця звернутися за свідоцтвом про право на спадщину (Закон № 2478-VIII від 3 липня 2018 року).

Аналіз змін, внесених до Книги шостої дозволяє зробити наступні висновки: (1) більшість з них носила редакційний, юридико-технічний характер; (2) частина змін була пов'язана із змінами у назвах державних органів та установ, найменуваннях посадових та службових осіб, створенням Спадкового реєстру; (3) лише частина правок спрямована на сутнісні зміни в правовому регулюванні спадкових відносин; (4) відсутність системного підходу до удосконалення правового регулювання спадкових відносин.

Попри високу загальну оцінку, **Закон про МПрП** відразу містив прикрі неточності та недоліки, значна частина яких виникла через «неуважність» законодавця під час трансформації положень Книги

восьмої «Міжнародне приватне право» проекту ЦК до автономного закону. Спектр недоліків був різноманітним: від неправильних назв розділів до втрати повноти регулювання у сфері міжнародного цивільного процесу (останній опинився «розірваним» між трьома актами: *Законом*, ЦПК та ГПК).

Першою спробою удосконалення нової української кодифікації з МПрП стало прийняття 21 січня 2010 року Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань міжнародного приватного права» («Закон про зміни»). Даним актом запропоновано десять змін до кодифікації, вісім з яких пов'язані лише з редакційними уточненнями назв двох розділів (VI та VII) та викладу деяких статей (ст. ст. 1; 12; 77; 79; 80 *Закону*).

Крім редакційних уточнень, у *Законі про МПрП* зроблено дві суттєві зміни вельми дискусійного характеру (*перша зміна* – до іноземного елемента у суб'єктному складі додався факт проживання громадянина України за її межами; *друга зміна* полягала у виведенні міжнародних звичаїв із числа джерел колізійного права).

Закон про зміни передбачав корегування не тільки *Закону про МПрП*, але й інших актів колізійного та процесуального права (зокрема, КЗпП (ст. 8), ГК (ч. 2–5 ст. 382)). Найбільша кількість змін і доповнень *Законом про зміни* була внесена до ЦПК та ГПК. Адже це й не дивно – у базовому акті МПрП не вдалося провести комплексну кодифікацію норм міжнародного цивільного процесу. Законодавець продовжив попередню тактику «балансування» між трьома актами у даній сфері. Названі процесуальні кодекси доповнено однаковими детальними положеннями щодо судових доручень. Зрозуміло, що було б доцільніше включити таку велику кількість норм про судові доручення лише у *Закон про МПрП*, як це зроблено з інститутами про судовий імунітет (*Законом про зміни* виключені відповідні статті із ЦПК та ГПК) та підсудності справ з іноземним елементом. У ЦПК та ГПК дублюючими залишилися положення щодо процесуальних прав та обов'язків іноземних осіб, хоча цей інститут повно представлений у *Законі про МПрП*. А от такий інститут міжнародного цивільного процесу, як визнання та виконання рішень іноземних судів, цілком залишився у рамках ЦПК. Між тим, *Законом про зміни* у цей інститут внесена дуже суттєва новела: рішення

іноземного суду визнаються і виконуються в Україні на основі презумпції про взаємність (раніше вимагалася міждержавна договірна взаємність). Подальші зміни в інституті визнання та виконання рішень іноземних судів відбулися у результаті прийняття у 2017 р. нової редакції ЦПК. Слід відмітити, що після 2010 року розділи *Закону про МПрП*, присвячені міжнародному цивільному процесу, також зазнали незначних доповнень, які відобразили розвиток законодавства у сфері банкрутства, державно-приватного партнерства, протидії державі-агресору.

Що стосується інших корекцій *Закону про МПрП* після 2010 року, то незначні уточнення текстів відбулися у ст. 31 (форма правочину) та ст. 50 (право, що застосовується до відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт/послуг).

Оцінюючи в цілому зміни та доповнення до колізійного законодавства протягом останніх п'ятнадцяти років, слід констатувати таке : 1) у *Законі про МПрП*, окрім деяких термінологічних уточнень, істотних покращень не сталося; 2) невідкладним завданням законодавця залишається узгодження з нормами *Закону про МПрП* положень інших актів колізійного права; 3) у результаті реформування міжнародного цивільного процесу значно скорочено дублювання його положень у різних актах завдяки «нейтралізації» ГПК у даній сфері правового регулювання. Проте, сконцентрувати приписи міжнародного цивільного процесу в одному документі – *Законі про МПрП*, не вдалося.

4. ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ ПРИВАТНОПРАВОВИХ НОРМ СУДАМИ

Правозастосування є надзвичайно важливим чинником, що слугує критерієм ефективності правових норм. ЦК України надає доволі широкі можливості для судової дискреції в процесі їх застосування. Це передусім обумовлено наявністю значного масиву оціночних понять у правовому масиві ЦК, що дає можливість у процесі судового розгляду з'ясувати їх зміст із врахуванням фактичних обставин.

Крім того, судова практика дозволяє виявити прогалини в окремих статтях, неточності, неясності у формулюваннях тощо. З огляду цього, постанови ВС (Касаційного цивільного суду та Касаційного господарського суду у складі ВС, Великої Палати ВС), у яких містяться правові позиції щодо тлумачення та застосування норм ЦК, а також чинні постанови Пленуму ВСУ, прийняті до 2010 року слід розглядати як важливе джерело, яке має використовуватися в процесі рекодифікації.

Особливе місце в цій царині посідають рішення ЄСПЛ, які в силу ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» є обов'язковими для судів України, вони разом із ЄКПЛ складають юриспруденцію ЄСПЛ, яка в частині, що стосується регламентації приватних відносин, має враховуватися при оновленні ЦК.

Для *Книги першої* ЦК визначальною є позиція судів з питань застосування засадничих принципів цивільного права, загальних підходів до здійснення суб'єктивних цивільних прав та їх захисту, недопущення зловживання правом тощо.

Передусім національні суди доволі широко застосовують принцип справедливості, добросовісності та розумності (ст. 3 ЦК).

Зокрема, обґрунтовуючи недопустимість збільшення (донарахування) сум, що підлягають оплаті, ВС визнав це неправомірним та таким, що суперечить загальним засадам цивільного законодавства, встановленим ст. 3 ЦК – справедливості, добросовісності

та розумності – з огляду на встановлені обставини справи та поведінку сторін¹.

В іншій справі ВС застосував ст. 3 ЦК ще ширше та зауважив, що невиконання або неналежне виконання боржником свого грошового зобов'язання не може бути залишене без реагування та застосування до нього міри відповідальності, оскільки це суперечило б загальним засадам цивільного законодавства, якими є справедливість, добросовісність та розумність².

Заслугує на увагу позиція, викладена у постанові ВС від 15 травня 2019 року, у якій йдеться про взаємозв'язок між категоріями справедливості, добросовісності, розумності, з одного боку, та здійсненням суб'єктивних цивільних прав і зловживання ними, з іншого.

У судовому акті вказується, що однією із основоположних засад цивільного законодавства є справедливість, добросовісність та розумність (п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК). Тобто дії учасників цивільних правовідносин мають відповідати певному стандарту поведінки, що характеризується чесністю, відкритістю і повагою інтересів іншої сторони договору або відповідного правовідношення.

Принцип справедливості, добросовісності і розумності є проявом категорій справедливості, добросовісності і розумності як суті права загалом. Принцип добросовісності є одним із засобів утримання сторін від зловживання своїми правами. Основне призначення цього принципу вбачається у наданні суддям більших можливостей з'ясувати в повному обсязі фактичні обставини справи і, насамкінець, встановити об'єктивну істину. Загалом зміст принципу справедливості, добросовісності і розумності полягає в тому, що тексти законів, правочинів та їх застосування суб'єктами цивільних правовідносин мають бути належними і справедливими та відповідати загальноновизнаним нормам обороту та нормам закону.

¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів палати для розгляду справ щодо земельних відносин та права власності Касаційного господарського суду у справі № 904/11673/16 від 26 березня 2018 року <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/72972335>> (дата звернення: 23.11.2020).

² Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі №910/9947/15 від 6 листопада 2018 року <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77916284> (дата звернення: 23.11.2020).

Згідно зі ст. 13 ЦК, визначивши межі здійснення цивільних прав, закон встановлює, що особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд; при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині; не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах.

Цивільне законодавство ґрунтується на вільному здійсненні цивільних прав, а також добросовісності учасників цивільних правовідносин при здійсненні цивільних прав і виконання обов'язків. Таким чином, особа не може отримувати переваги від недобросовісної поведінки¹.

Заслуговує на увагу і тісний зв'язок між принципом свободи договору, закріпленим у ст. 3 ЦК та ст. 627 ЦК, і презумпцією диспозитивності цивільно-правових норм, яка в якості загального правила закріплена у ч. 3 ст. 6 ЦК.

Так, у судовій практиці ВС саме через наявність цього зв'язку і обґрунтовується можливість сторін вільно визначати умови договору та відступати від положень актів цивільного законодавства². Особливо цікавим є те, що подібний суто цивілістичний підхід застосовується судами і до так званих «господарських договорів»³.

Окрім зазначеного, під час оновлення положень Книги першої ЦК України доцільно використати і практику ЄСПЛ по застосуванню положень ЄКПЛ.

Так, згідно з позицією ЄСПЛ, у багатьох справах ЄКПЛ є по суті «живим інструментом» (*living instrument*) і тому має сприйматися і тлумачитися у розрізі сучасних, таких, що динамічно змінюються, умов.

¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі № 917/803/18 від 15 травня 2019 року <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81844300> (дата звернення: 23.11.2020).

² Окрема думка судді Великої Палати Верховного Суду Ситнік О. М. у справі № 322/1178/17 від 15 січня 2020 року < <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87888402> > (дата звернення: 23.11.2020); Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі № 904/547/18 від 5 березня 2019 року <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/80308639>> (дата звернення: 23.11.2020).

³ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі № 922/2529/18 від 13 червня 2019 року <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/82426040>> (дата звернення: 23.11.2020).

Аналіз судової практики, у тому числі і практики ЄСПЛ¹, дає підстави стверджувати, що закріплення у Книзі першій основних засад цивільного законодавства сьогодні є вкрай витребуваним і дозволяє ефективно використовувати на практиці принципи цивільного права як механізм забезпечення належного захисту цивільних прав, у тому числі за відсутності відповідних правових норм, або навпаки – за наявності колізійного регулювання спірних правовідносин.

У контексті застосування судами норм *Книги другої* ЦК передусім слід зазначити про значний вплив на розвиток цивільно-правового регулювання ОНВ рішень КСУ.

Достатньо згадати конституційне тлумачення поняття «інформація про особисте та сімейне життя особи», якою є будь-які відомості та/або дані про відносини немайнового та майнового характеру, обставини, події, стосунки тощо, пов'язані з особою та членами її сім'ї, за винятком передбаченої законами інформації, що стосується здійснення особою, яка займає посаду, пов'язану з виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, посадових або службових повноважень. Така інформація про особу є конфіденційною². А також рішення КСУ щодо визнання такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), окремих положень абз. 1 п. 40 Розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Бюджетного кодексу України щодо права Міністерства фінансів України отримувати інформацію, що містить персональні дані³.

¹ У наведеному контексті слід звернути увагу на справи: *Vo v. France* (08.07.2004) та *Evans v. The United Kingdom* (10.04.2007) при вирішенні питання про виникнення права на життя, юридичний факт народження людини, фізичну особу як суб'єкт цивільних прав тощо; висновки, зроблені ЄСПЛ у справах *Ünal Tekeli v. Turkey* (16.11.2004), *Garnaga v. Ukraine* (16.05.2013), *Losonci Rose et Rose c. Suisse* (09.11.2010), можуть бути використані при формуванні позиції щодо індивідуалізації фізичної особи; поняття інформації як об'єкту цивільних прав стало предметом розгляду ЄСПЛ у справах *Z v. Finland* (25.02.1997), *Leander v. Sweden* (26.03.1987), *Gaskin v. The United Kingdom* (07.07.1989), *Rotaru v. Romania* (04.05.2000), *Odievre v. France* (13.02.2003).

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України від 20.01.2012 № 2-рп/2012.

³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень абзагу першого пункту 40 розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Бюджетного кодексу України від 11.10.2018 № 7-рп/2018.

Важливим кроком в розвитку приватноправового регулювання ОНВ стало напрацювання судової практики щодо захисту ОНП. Переважна більшість справ стосується захисту гідності, честі та ділової репутації. Так, ще в 2009 році Пленум ВСУ прийняв Постанову «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи»¹. Ця практика продовжує свій розвиток в рішеннях ВС². У практиці ВС отримали своє застосування й норми щодо інших ОНП, зокрема: право на належні, безпечні і здорові умови праці (справи щодо відшкодування шкоди, яка заподіяна умовами виробництва, внаслідок порушення таких особистих немайнових прав, як право на життя, право на охорону здоров'я³); право на особисту недоторканність (справа про правомірну відмову у прийнятті дитини до садочка без висновку лікарсько-консультативної комісії при відсутності у дитини щеплень⁴); право на індивідуальність (справа про порядок розгляду заяви про встановлення факту народження та національності⁵) тощо.

На основі аналізу практики ЄСПЛ, виходячи із доктрин позитивних обов'язків держави та горизонтального ефекту прав людини, можна виділити такі аспекти ОНВ, які охоплюються змістом ЄКПЛ:

(1) *Право на життя*, що включає такі питання: початок життя⁶; евтаназія та асистоване самогубство⁷; захист життя окремих категорій осіб від вчинення ними самогубства⁸.

¹ Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27.02.2009, № 1.

² Див.: Огляд практики Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду у справах про захист гідності, честі та ділової репутації / Упоряд.: канд. юрид. наук, доцент Д. Д. Луспенник. Київ, 2019. Вип. 52 стор.

³ Постанова Верховного Суду у справі № 161/19127/15-ц від 7 березня 2018 року <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73029805> (дата звернення: 23.11.2020).

⁴ Постанова Верховного Суду у справі № 682/1692/17 від 17 квітня 2019 року <<https://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81652333>> (дата звернення: 23.11.2020).

⁵ Постанова Верховного Суду у справі № 760/19921/16-ц від 1 лютого 2018 року <<https://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71952400>> (дата звернення: 23.11.2020).

⁶ Див., наприклад: *Vo v. France*, 08.07.2004; *Evans v. The United Kingdom*, 10.04.2007.

⁷ Див., наприклад: *Pretty v. The United Kingdom*, 29.04.2002; *Haas v. Switzerland*, 20.01.2011; *Lambert and others v. France*, 05.06.2015.

⁸ Див., наприклад: *Renolde v. France*, 16.10.2008; *Keenan v. The United Kingdom*, 03.04.2001; *Mosendz v. Ukraine*, 17.01.2013; *Younger v. The United Kingdom*, 07.01.2003; *Fernandes De Oliveira v. Portugal*, 31.01.2019.

(2) *Право на здоров'я*, що включає такі питання: згода пацієнта на медичний огляд та лікування¹; надання невідкладної медичної допомоги²; відмова від лікування та примусове лікування³ (в тому числі осіб, хворих на психічні хвороби⁴).

(3) *Репродуктивні права*, що включає такі питання: пренатальна діагностика⁵; штучне переривання вагітності⁶; право народжувати вдома⁷; штучне запліднення⁸; права дитини, народженої в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій⁹; застосування методів стерилізації¹⁰.

(4) *Право на усунення небезпеки, яка загрожує життю та здоров'ю*, що включає такі питання: захист від небезпеки, спричиненої екологічними або техногенними катастрофами¹¹; захист від нещасних випадків¹².

(5) *Право на безпечне для життя і здоров'я довкілля*, що включає такі питання: викиди шкідливих речовин від промислових об'єктів¹³; право на інформацію про екологічні ризики або аварії¹⁴; шумове забруднення¹⁵.

(6) *Право на свободу та особисту недоторканість*, що включає такі питання: втрата свободи з вини приватних осіб¹⁶; заборона фізичного покарання дітей¹⁷; правове визнання гендерної ідентичності¹⁸.

¹ Див., наприклад: Hoffmann v. Austria, 23.06.1993.

² Див., наприклад: Nitecki v. Poland, 21.03.2002; Oyal v. Turkey, 23.03.2010.

³ Див., наприклад: Glass v. The United Kingdom, 09.03.2004.

⁴ Див., наприклад: Bensaid v. The United Kingdom, 06.02.2001; X v. Finland, 03.07.2012.

⁵ Див., наприклад: Draon v. France, 06.10.2005.

⁶ Див., наприклад: Tysięc v. Poland, 20.03.2007; A, B AND C v. Ireland, 16.12.2010.

⁷ Див., наприклад: Ternovszky v. Hungary, 14.12.2010.

⁸ Див., наприклад: Evans v. The United Kingdom, 10.04.2007; S.H. and others v. Austria, 03.11.2011.

⁹ Див., наприклад: Mennesson c. France, 26.06.2014; Labassee c. France, 26.06.2014.

¹⁰ Див., наприклад: K.H. and others v. Slovakia, 28.04.2009.

¹¹ Див., наприклад: Öneriyildiz v. Turkey, 30.11.2004; Budayeva and others v. Russia, 20.03.2008; Kolyadenko and others v. Russia, 28.02.2012, Brincat and others v. Malta, 24.07.2014.

¹² Див., наприклад: Kalender c. Turquie, 15.12.2009; Banel v. Lithuania, 18.06.2013; Cevrioğlu v. Turkey, 04.10.2016; Binnur Uzun et autres c. Turquie, 19.09.2017.

¹³ Див., наприклад: Giacomelli v. Italy, 02.11.2006.

¹⁴ Див., наприклад: Tătar c. Roumanie, 27.01.2009.

¹⁵ Див., наприклад: Moreno Gómez v. Spain, 16.11.2004.

¹⁶ Див., наприклад: Riera Blume and others v. Spain, 14.10.1999.

¹⁷ Див., наприклад: Wetjen and others v. Germany, 22.03.2018.

¹⁸ Див., наприклад: Hämäläinen v. Finland, 16.07.2014.

(7) *Право на ім'я*, що включає такі питання: реєстрація та зміна імені чи його складових¹; визначення прізвища особи після одруження².

(8) *Повага до людини, яка померла*, що охоплює такі питання: час та місце поховання³; вилучення органів померлої особи⁴.

(9) *Право на недоторканність ділової репутації*, що охоплює такі питання: захист репутації публічних осіб⁵; баланс між правом на репутацію та правом на свободу слова⁶; захист майнових аспектів ділової репутації – гудвілу⁷.

(10) *Право на індивідуальність*, що охоплює такі питання: право встановити своє походження⁸; релігійна самобутність⁹; прояв індивідуальності через зовнішність¹⁰; національна самобутність¹¹.

(11) *Право на особисте життя та його таємницю*, що охоплює такі питання: захист персональних даних¹²; відбір і зберігання клітинного матеріалу, а також визначення і збереження профілів ДНК¹³; доступ до особистої інформації¹⁴; таємниця інформації про стан здоров'я¹⁵.

(12) *Право на сімейне життя та його таємницю*, що охоплює такі питання: фактичне проживання однією сім'єю¹⁶; одностатеві пари¹⁷; взаємне спілкування між матір'ю чи батьком і дитиною¹⁸; усиновлення¹⁹; прийомні сім'ї²⁰; сімейне життя між братами і сестрами, бабою і дідом та онуками²¹.

¹ Див., наприклад: Garnaga v. Ukraine, 16.05.2013.

² Див., наприклад: Ünal Tekeli v. Turkey, 16.11.2004; Losonci Rose et Rose c. Suisse, 09.11.2010.

³ Див., наприклад: Hadri-Vionnet v. Switzerland, 14.02.2008.

⁴ Див., наприклад: Petrova v. Latvia, 24.06.2014.

⁵ Див., наприклад: Egill Einarsson v. Iceland, 07.11.2017.

⁶ Див., наприклад: Tamiz v. The United Kingdom, 19.09.2017.

⁷ Див., наприклад: Van Marle and Others v. The Netherlands, 26.06.1986.

⁸ Див., наприклад: Odievre v. France, 13.02.2003.

⁹ Див., наприклад: Folgerø and others v. Norway, 29.06.2007.

¹⁰ Див., наприклад: Biržietis v. Lithuania, 14.06.2016.

¹¹ Див., наприклад: Ciubotaru v. Moldova, 27.04.2010.

¹² Див., наприклад: Rotaru v. Romania, 04.05.2000.

¹³ Див., наприклад: S. and Marper v. The United Kingdom, 04.12.2008.

¹⁴ Див., наприклад: Odievre v. France, 13.02.2003.

¹⁵ Див., наприклад: Z v. Finland, 25.02.1997.

¹⁶ Див., наприклад: Johnston and others v. Ireland, 18.12.1986.

¹⁷ Див., наприклад: Vallianatos and others v. Greece, 07.11.2013.

¹⁸ Див., наприклад: Monory v. Romania and Hungary, 05.04.2005.

¹⁹ Див., наприклад: Pini and others v. Romania, 22.06.2004.

²⁰ Див., наприклад: Moretti et Benedetti c. Italie, 27.04.2010.

²¹ Див., наприклад: Moustaquim v. Belgium, 18.02.1991; Marckx v. Belgium, 13.06.1979.

(13) *Право на інформацію*, що охоплює такі питання: свобода отримувати і передавати інформацію¹; свобода засобів масової інформації²; свобода художньої творчості³; свобода наукової діяльності⁴; доступ до Інтернету⁵; доступ до публічної інформації⁶.

(14) *Право на таємницю кореспонденції*, що охоплює такі питання: листи приватного і професійного характеру⁷; поштові посилки⁸; телефонні розмови⁹; електронні повідомлення (e-mail)¹⁰; використання Інтернету¹¹; дані, що зберігаються на комп'ютерних серверах¹², включно з жорсткими дисками¹³ і гнучкими дисками¹⁴; телекси¹⁵; повідомлення на пейджері¹⁶; приватна радіотрансляція¹⁷.

(15) *Право на зображення*, що охоплює такі питання: право особи контролювати використання свого зображення¹⁸; відеоспостереження у громадських місцях¹⁹.

(16) *Право на недоторканність житла*, що охоплює такі питання: займання або пошкодження власності²⁰; виселення з житла²¹; зміни

¹ Див., наприклад: Ahmet Yildirim v. Turkey, 18.12.2012.

² Див., наприклад: Lingsen v. Austria, 08.07.1986; Times Newspapers Limited v. the United Kingdom, 10.03.2009.

³ Див., наприклад: Müller and others v. Switzerland, 24.05.1988.

⁴ Див., наприклад: Sorguc v. Turkey, 23.06.2009.

⁵ Див., наприклад: Ahmet Yildirim v. Turkey, 18.12.2012.

⁶ Див., наприклад: Leander v. Sweden, 26.03.1987; Gaskin v. The United Kingdom, 07.07.1989.

⁷ Див., наприклад: Niemietz v. Germany, 16.12.1992.

⁸ Див., наприклад: X. v. the United Kingdom, 12.10.1978.

⁹ Див., наприклад: Margareta and Roger Andersson v. Sweden, 25.02.1992.

¹⁰ Див., наприклад: Bărbulescu v. Romania, 05.09.2017.

¹¹ Див., наприклад: Copland v. The United Kingdom, 03.04.2007.

¹² Див., наприклад: Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, 16.10.2007.

¹³ Див., наприклад: Petri Sallinen and others v. Finland, 27.09.2005.

¹⁴ Див., наприклад: Iliya Stefanov v. Bulgaria, 22.05.2008.

¹⁵ Див., наприклад: Christie v. The United Kingdom, 27.06.1994.

¹⁶ Див., наприклад: Taylor-Sabori v. The United Kingdom, 22.10.2002.

¹⁷ Див., наприклад: X. and Y. v. Belgium, 13.05.1982.

¹⁸ Див., наприклад: Reklós and Davourlis v. Greece, 15.01.2009.

¹⁹ Див., наприклад: Peck v. The United Kingdom, 28.01.2003.

²⁰ Див., наприклад: Khamidov v. Russia, 15.11.2007.

²¹ Див., наприклад: Orlic v. Croatia, 21.06.2011.

умов договору найму¹; неспроможність осіб, переміщених внаслідок воєнного конфлікту, повернутись до свого житла².

(17) *Право на свободу об'єднання і мирні зібрання*, що охоплює такі питання: свобода мирних зібрань³; свобода об'єднання⁴.

Також слід відзначити важливість рішень КСУ для регламентації РП і в цілому приписів *Книги третьої* ЦК.

На підставі приписів Основного Закону України КСУ сформулював низку юридичних позицій щодо РП, зокрема щодо правового режиму власності, співвідношення положень Конституції та галузевих законів про право власності, змісту права власності, конституційно-правових меж права власності, іпотеки як специфічного виду забезпечення зобов'язання нерухомим майном, переважного права орендаря на придбання державного, в тому числі й військового майна⁵.

Важливе значення у розвитку РП має *практика судів загальної юрисдикції*. Переважна більшість справ стосується захисту права власності.

Так, Пленуми ВСУ і ВССУ прийняли постанови «Про судову практику у справах за позовами про захист права приватної власності» від 22 грудня 1995 року № 20⁶, «Про судову практику в справах

¹ Див., наприклад: Berger-Krall and others v. Slovenia, 12.06.2014.

² Див., наприклад: Sargsyan c. Azerbaïdjan, 16.06.2015.

³ Див., наприклад: Djavit An v. Turkey, 20.02.2003.

⁴ Див., наприклад: Gorzelik and Others v. Poland, 17.02.2004.

⁵ Див.: Справа про приватизацію державного житлового фонду від 9 листопада 2011 року № 14-рп/2011; справа про земельні аукціони від 11 листопада 2008 року № 25-рп/2008; справа про визнання колекції образотворчого мистецтва національним надбанням України“ від 16 жовтня 2008 року № 24-рп/2008; справа про постійне користування земельними ділянками) від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005; справа про права акціонерів ЗАТ від 11 травня 2005 року № 4-рп/2005; справа про захист права власності організації споживчої кооперації) від 11 листопада 2004 року № 16-рп/2004; справа про мораторій на примусову реалізацію майна) від 11 червня 2003 року № 11-рп/2003; справа про заощадження громадян від 10 жовтня 2001 року № 13-рп/2001; справа щодо приватизації державного майна) від 1 липня 1998 року № 9-рп/1998; справа про приватизацію державного житлового фонду від 9 листопада 2011 року № 14-рп/2011; справа щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 61 Сімейного кодексу України від 19 вересня 2012 року № 17-рп/2012; справа про право на обов'язкову частку у спадщині повнолітніх непрацездатних дітей спадкодавця від 11 лютого 2014 року № 1-рп/2014.

⁶ Постанова пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах за позовами про захист права приватної власності» від 22 грудня 1995 року № 20 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0020700-95#Text>

про захист права власності та інших речових прав» від 7 лютого 2014 року № 5¹ та «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин» від 30 березня 2012 року № 5². Питанням судової практики іпотеки присвячений лист ВСУ від 1 лютого 2015 року «Аналіз судової практики застосування судами законодавства, яке регулює іпотеку як заставу нерухомого майна»³.

Ця практика продовжує свій розвиток у рішеннях ВС⁴, у практиці якого отримали своє застосування норми щодо всіх РП, зокрема: право власності⁵, довірча власність⁶, речові права на чуже майно⁷, право

¹ Постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав» від 7 лютого 2014 року № 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005740-14#Text>

² Постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин» від 30 березня 2012 року № 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005740-12#Text>

³ Лист Верховного Суду України від 01.02.2015 р. «Аналіз судової практики застосування судами законодавства, яке регулює іпотеку як заставу нерухомого майна» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://ips.ligazakon.net/document/vss00088>

⁴ Див.: Огляд практики Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду щодо розгляду справ у спорах, що виникають із спадкових правовідносин [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/ogljad_KCS.pdf; ДАЙДЖЕСТ судової практики Великої Палати Верховного Суду за I півріччя 2020 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Dajdzhest_VP_01_01_30_06_2020.pdf; ОГЛЯД судової практики Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду Рішення, внесені до ЄДРСР за лютий 2020 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_KCS_02_2020.pdf

⁵ Огляд судової практики розгляду Касаційним господарським судом у складі Верховного Суду справ у спорах щодо права власності За період з 01.01.2018 по 01.11.2018 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyd_vlasn.pdf

⁶ Див.: Постанова ВП ВС від 05.06.2019 № 755/12638/15-ц (14-167цс19): <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82308714>; Постанова ВГСУ від 05.04.2017 року у справі №42/339-10 [Електронний документ]. – Режим доступу: https://protocol.ua/ua/postanova_vgsu_vid_05_04_2017_roku_u_spravі_42_339_10

⁷ Огляд практики Верховного Суду у справах щодо права користування чужою земельною ділянкою: сервітут, емфітевзис, суперфіцій [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_zemlya.pdf

очікування¹, іпотека та застава², переважне право купівлі нерухомості³, притримання майна⁴.

На основі аналізу практики ЄСПЛ, виходячи із доктрин позитивних обов'язків держави та права власності як визначального конвенційного права людини, заслуговують на увагу такі аспекти РП, які охоплюються змістом ЄКПЛ:

(1) *Право на захист власності*, що охоплює такі питання: встановлення значущої мети й законності втручання в право власності⁵; пропорційність (рівновага) втручання в право власності⁶; майно та легітимні очікування⁷; експропріація та націоналізація⁸.

¹ Див.: Постанови Верховного Суду України від 18 лютого 2015 року у справі № 6-244цс14, від 24 червня 2015 року у справі № 6-318цс15, від 02 грудня 2015 року у справі № 6-1502цс15, від 02 грудня 2015 року у справі № 6-1732цс15, від 18 листопада 2015 року у справі № 6-1858цс15, від 04 листопада 2015 року у справі № 6-1920цс15, від 10 лютого 2016 року у справі № 6-2250цс15, від 25 травня 2016 року у справі № 6-503цс16, від 30 березня 2016 року у справі № 6-3129цс15, від 30 березня 2016 року у справі № 6-265цс16, від 23 березня 2016 року у справі № 6-289цс16, від 16 березня 2016 року у справі № 6-290цс16, від 20 квітня 2016 року у справі № 6-2994 цс15.

² Див.: Постанова ВП ВС від 18.09.2018 р., справа № 921/107/15-г/16; Постанова ВС від 11.04.2018 р., справа № 761/17280/16-ц; Постанова ВС від 14.11.2018 р., справа № 910/2535/18.

³ Див.: Постанова ВСУ від 30.03.2016 р. у справі № 6-107цс16 (визнання переважного права купівлі приміщення) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://oda.court.gov.ua/sud1590/pravovipoziciivsu/6-107cs16> ; Постанова ВСУ від 10 жовтня 2012 року у справі № 6-106 цс 12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://nz.cn.court.gov.ua/sud2515/visnovki/visnovok_kupivlya-prodazh

⁴ Див.: Постанова ВГСУ від 06 жовтня 2015 року у справі № 918/150/15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://protocol.ua/ua/postanova_vgsu_vid_06_10_2015_goku_u_spravі_918_150_15/ ; Постанова ВГСУ від 10 січня 2011 р. у справі № 19/46; постанова ВГСУ від 19 січня 2011 р. у справі № 3/115-09; постанова господарського суду Волинської області від 13 жовтня 2011 року у справі № 5004/1503/11; [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://jurblog.com.ua/2017/04/pritrimannya-yak-sposib-zabezpechennya-zobovuzannya-analiz-sudovoyi-praktiki/>; Постанова Дніпропетровського апеляційного господарського суду від 10 травня 2018 року у справі 904/7589/17 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://youcontrol.com.ua/catalog/court-document/73937326>

⁵ Див., наприклад: «Маркс проти Бельгії», «Звержинський проти Польщі».

⁶ Див., наприклад: «Спорронг і Лئونрот проти Швеції», «Христов проти України», «Новоселецький проти України», «Федоренко проти України», «Кривенький проти України», «Рисовський проти України».

⁷ Див., наприклад: «Броньовський проти Польщі», «Бурдов проти Росії», «Ясіюніє проти Литви», «Войтенко проти України», «Джасійєне проти Литви», «Копеський проти Словаччини».

⁸ Див., наприклад: «Спорронг і Лئونрот проти Швеції», «Гентрих проти Франції», «Брумареску проти Румунії», «Дація С. Р. Л. проти Молдови», «Джеймс та інші проти Сполученого Королівства», «Василеску проти Румунії», «Бейлер проти Іспанії».

(2) *Право на обмежені речові права*, що охоплює такі питання: сервітут¹; іпотека².

Аналіз судової практики застосування положень *Книги четвертої* «Право інтелектуальної власності» та спеціальних законів у сфері інтелектуальної власності виявив низку суттєвих проблем:

(1) щодо колізій положень спеціальних законів та ЦК у зв'язку з неприведенням у 2003-2018 роках спеціального законодавства у відповідність до ЦК;

(2) щодо видачі охоронних документів без проведення кваліфікаційної експертизи на корисні моделі та промислові зразки. Недоліки законодавства призвели до розвинутого патентного тролінгу, користування цим для зупинення вантажів на митному кордоні з вимогами сплати винагороди; а також для обходу винаходів через патентування корисних моделей;

(3) щодо діяльності організацій колективного управління;

(4) ускладненим є захист прав на найменування юридичної особи з невідповідністю повною мірою законодавства сучасній практиці європейських країн; потребує вдосконалення співвідношення інститутів охорони прав на найменування та на комерційне (фірмове) найменування та низка інших проблем правозастосовної практики.

Заслужує на особливу увагу аналіз практики національних судів по застосуванню норм *Книги п'ятої* «Зобов'язальне право».

Слід відзначити, що судові рішення (в тому числі і ті, які ухвалюються найвищими судовими інстанціями) далеко не завжди є послідовними, обґрунтованими; мають місце розбіжності у тлумаченні одних і тих же правових норм, неоднакове їх застосування в аналогічних фактичних ситуаціях.

Це в тому числі є свідченням недоліків, якими страждають окремі норми зобов'язального права.

Наявні проблеми у застосуванні таких норм при ухваленні судових рішень є підставою для глибокого їх осмислення з метою забезпечення при оновленні Книги п'ятої ЦК України максимальної правової

¹ Див., наприклад: «Пономаренко проти України».

² Див., наприклад: «ВАТ «Нафтова компанія «Юкос» проти Росії», «Стаблінгс та інші проти Сполученого Королівства».

визначеності, чіткості формулювань, логічної послідовності правового масиву.

Виходячи із аналізу практики національних судів, потребують ґрунтовного опрацювання та корекції питання правової регламентації:

- (1) заміни сторін у зобов'язанні (ст. ст. 512-523 ЦК);
- (2) виконання зобов'язання (ст. ст. 526-545 ЦК);
- (3) забезпечення зобов'язання, зокрема: неустойки (ст. 549 ЦК); поруки (ст. ст. 554, 559 ЦК); гарантії (ст. ст. 561, 564 ЦК); притримання (ст. ст. 594, 595 ЦК);
- (4) правових наслідків порушення зобов'язань (ст. ст. 610-624 ЦК);
- (5) грошових зобов'язань (ст. 625 ЦК).

Висновок про необхідність опрацювання наведених проблем підтверджується наявністю численних судових рішень (практично всіх інстанцій, включаючи судові палати ВС), ухвалених з порушеннями правових норм, викликаних в тому числі їх дефектами.

Основною проблемою національних судів у частині вирішення недоговірних спорів є відсутність чіткої регламентації недоговірних зобов'язань. Так, відсутність нормативних орієнтирів у питаннях визначення причинно-наслідкового зв'язку, вини правопорушника, відсутність дієвої методики розрахунку розміру моральної шкоди, відсутність чіткої відповіді на питання щодо співвідношення норм договірної та недоговірної (зокрема, деліктної) права та низки інших питань не сприяють формуванню усталеної судової практики. Окремо слід зупинитися на значній кількості бланкетних норм, які не конкретизуються у спеціальному законодавстві. Йдеться, зокрема про положення статті 1177 ЦК, яка практично є мертвою нормою, оскільки закон про порядок відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, відсутній.

Досвід застосування положень *Книги шостої* ЦК судами, державними органами та установами, органами місцевого самоврядування, нотаріусами та адвокатами, виявив певні недоліки в регулюванні окремих видів спадкових відносин, деяких правових понять та конструкцій.

При здійсненні оновлення правового регулювання спадкових відносин необхідно враховувати напрацювання ВС у справах про

спадкування, наприклад: Постанова Великої Палати ВС від 17 квітня 2018 року у справі № 522/407/15-ц (№ 14-53цс18) – строк вимоги кредитора і строк позовної давності; Постанова ВС від 28 листопада 2018 року у справі № 2-1201/2005 (№ 61-13700св18) – скасування чи визнання заповіту недійсним; Постанова ВС від 26 червня 2019 року у справі № 369/3186/17 (№ 61-42486св18) – складення нового заповіту передбачає втрату чинності попереднім заповітом повністю або частково; Постанова Великої Палати ВС від 20 листопада 2019 року у справі № 368/54/17 (№ 14-487цс19) – довічне успадковування володіння; Постанова ВС від 3 квітня 2019 року у справі № 525/1385/16-ц (№ 61-27443св18) – спадкування права користування земельною ділянкою; Постанова ВС від 20 лютого 2019 року у справі № 755/7730/16-ц (№ 61-2935св18) – обставини, які підлягають встановленню при вирішенні спорів про стягнення заборгованості за вимогами кредитора до спадкоємців боржника тощо.

Аналіз практики застосування спадкового законодавства свідчить про необхідність його модернізації. Проблема полягає в тому, що незважаючи на концептуально новий підхід, закладений у ЦК, який декларує широку правову свободу в сфері спадкового права, чинна правова модель зазнає суттєвих перепон в частині її адаптації до сучасної судової та нотаріальної практики застосування спадкового законодавства. У цьому аспекті слід вказати на істотні порушення судами принципу свободи заповіту в зв'язку із поширеною практикою визнання недійсними заповітів, посвідчених нотаріусами за межами свого нотаріального округу, що жодним чином не впливає на формування волі та волевиявлення сторони правочину, а також не є порушенням його форми.

Крім того, здійснюючи тлумачення заповіту, суди в окремих випадках фактично змінюють волю власника, підміняючи у такий спосіб сам заповіт. Варто наголосити також на неоднозначному розумінні судами умови заповіту та безпідставне ототожнення такого розпорядження із заповідальним відказом, адже фактично ігнорується імперативне правило стосовно існування умови заповіту на час відкриття спадщини.

Складність у розумінні певних категорій спадкового права призводить до критичної ситуації, коли нотаріуси відмовляють у вчиненні

нотаріальних дій, які хоча й визначені законом, проте є нетиповими (наприклад, посвідчення заповіту із покладенням на спадкоємців певних дій немайнового характеру або заповіту з умовою).

Окремі проблеми правового регулювання спадкових відносин розглядалися КСУ. Варто згадати офіційне тлумачення положення ч. 1 ст. 1241 щодо права повнолітніх непрацездатних дітей спадкодавця на обов'язкову частку у спадщині (див. Рішення КСУ № 1-рп/2014 від 11 лютого 2014 року).

Проблеми судової практики у *сфері МПРП* мали б знайти адекватне відображення у низці роз'яснень і листів вищих судових інстанцій¹. Проте, названі документи часом є лише повторенням або не ліпшим переказом задіяних у регулюванні відносин з іноземним елементом нормативних актів. А в описах наведених там справ, на жаль, відсутній аналіз колізійного права на предмет визначення спірних підходів до тлумачення його норм, виявлення прогалин у регулюванні, вирішення за юридичною аналогією, неоднакового застосування певних правил МПРП тощо.

Більша частина текстів згаданих вище документів нагадує суддям, крім колізійних, деякі процесуальні питання розгляду справ з іноземним елементом. Міжнародному цивільному процесу присвячені також спеціальні судові «директиви»², які є певною підказкою суддям при вирішенні нечисленних, порівняно з їх загальною кількістю, справ. Їх вплив на покращення судової практики залишається

¹ Роз'яснення Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» від 3 травня 2002 р. №04-5/608; Листи Вищого господарського суду України «Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів» від 01 січня 2009 р. та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом» від 16 травня 2013 р. № 24 –754/0/4-13.

² Зокрема, прийнята ще 24 грудня 1999 р. Постанова № 12 Пленуму Верховного суду України «Про практику розгляду судами клопотань про визнання і виконання рішень іноземних судів та арбітражів, а також про скасування рішень, прийнятих у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» та Узагальнення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних прав «Про практику розгляду судами справ про оспорювання рішень Міжнародного комерційного арбітражного суду України при Торгово-промисловій палаті України та про визнання та виконання рішень міжнародних та іноземних арбітражів» від 1 вересня 2015 року.

вкрай незначним. Наприклад, вони так й не змогли подолати «хворобу» вітчизняної судової системи, яка полягає у безпідставному застосуванні публічного порядку при вирішенні питання про виконання іноземних арбітражних рішень в Україні.

Якщо ж шукати у роз'ясненнях, листах, узагальненнях, постановках вищих судових інстанцій або в окремих судових рішеннях реальний запит життя для удосконалення законодавства про МПрП, то у цьому питанні роль судової практики вбачається ще меншою. Трапляються навіть випадки, коли суди наповнюють таке законодавство регресивним тлумаченням. Показовим у цьому плані є Розділ 9 Постанови Пленуму ВСУ *«Про практику розгляду судами корпоративних спорів»* від 24 жовтня 2008 року № 13. У цьому документі вища судова інстанція констатувала, що відносини між українськими та іноземними акціонерами створеного в Україні товариства, не можуть підпорядковуватися іноземному праву, а угода про вибір права (якщо укладена) є нікчемною. Більш того, на думку Пленуму, учасники акціонерного товариства позбавлені можливості передавати корпоративні спори на розгляд міжнародним комерційним арбітражним судам тощо. На відміну від аналогічних за змістом Рекомендацій ВГСУ *«Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин»* від 28 грудня 2007 року, Розділ 9 або вся Постанова № 13 на даний час ще не скасовані.

У контексті впливу практики ЄСПЛ на сферу МПрП слід зазначити, що від початку своєї діяльності ЄСПЛ вирішує чимало справ, які демонструють суттєвий вплив прав, закріплених у ЄКПЛ, на МПрП. За даними дослідників кількість таких справ з 1960-років наближається до двохсот¹, причому більшість з них припадає вже на XXI ст. Найчастіше положення ЄКПЛ впливають на три сфери МПрП: юрисдикція, визнання і виконання іноземних судових рішень та сфера колізійних норм.

Вплив інституту прав людини відбувається переважно через контроль певної країни над своїми внутрішніми нормами МПрП. Такі

¹ Kiestra L.R. The impact of the ECHR on private international law: An analysis of Strasbourg and selected national case law (PhD Thesis). – 2013: Amsterdam Center for International Law (ACIL). 382 p.

норми переглядаються та оцінюються у кожній державі-члені ЄКПЛ на предмет їх відповідності правам людини.

Так, корегування норм у сфері *визнання і виконання іноземних судових рішень* можна проілюструвати справою *Wagner and J.W.M.L. v. Luxembourg*, no. 76240/01, ECHR 2007-VII. У цій справі ЄСПЛ постановив, що відмова Люксембурзького суду у визнанні судового рішення, винесеного у Перу, про усиновлення порушує право на повагу до сімейного життя (ст. 8 ЄКПЛ). Причиною розгляду справи у ЄСПЛ стало те, що іноземне судове рішення не визнається у Люксембурзі, якщо при цьому порушуються національні колізійні правила. А колізійна норма для такого випадку встановлювала, що умови усиновлення визначаються за *lex patriae* матері, яка у цій справі була громадянкою Люксембургу. Особистий закон матері (право Люксембургу) не дозволяв повного усиновлення одинакам. На цій підставі матері було відмовлено у визнанні Перуанського рішення. Проте, ЄСПЛ не погодився з цим, вважаючи що у Перу була створена сім'я *de facto*, а тому відмова у визнанні Перуанського рішення порушує ст. 8 ЄКПЛ. Справи *Mary Green and Ajad Farhat v. Malta (dec.)*, no. 38797/07, 6 July 2010; *McDonald v. France (dec.)*, no. 18648/04, 29 April 2008; *Négrépontis-Giannisis v. Greece*, no. 56759/08, 3 May 2011 та ін. також вказують на необхідність корегування вітчизняних правил МПрП країни форуму, коли йдеться про визнання набутого закордоном статусу, що захищається ЄКПЛ.

Щодо впливу прав людини на *колізійне право*, то у якості прикладу можна навести перегляд у 1980-х роках низки «сімейних» колізійних норм у ФРН, Італії та інших країнах. Тоді суди чи законодавець цих країн відкидали прив'язки до національного права чоловіка у сімейних відносинах, як такі, що відображають патріархальний погляд на шлюб та не відповідають новим ціннісним орієнтирам (недискримінаційність, рівність чоловіка і жінки).

Нещодавно ЄСПЛ піддав ретельній перевірці колізійну норму Франції на предмет відповідності загальному принципу рівності та права на сімейне життя у справі *Harroudj v. France*, no. 43631/09, 4 October 2012. Ця справа підкреслила необхідність оцінювати кожне правило МПрП крізь призму ЄКПЛ. І в цьому її велике значення.

Якщо конституційний або міжнародний контроль за відповідністю вітчизняних норм МПРП правам людини є відносно новим явищем, то оцінка іноземного права та іноземного судового рішення через категорію публічного порядку, що стосується прав людини – класичний та «старий» інструмент МПРП. Ще у справах «про рабство», що розглядалися у XVIII ст. в Англії та Франції, зміст застосованого у тих справах публічного порядку включав, безумовно, аспект людських прав.

Сьогодні категорія публічного порядку для держав-учасниць ЄКПЛ набула нових граней. Зараз незастосування іноземного права або невизнання іноземного судового рішення, що суперечать правам людини, стає обов'язком держав. Причому обсяг невідповідності встановлений безпосередньо у ЄКПЛ. У справі *Pellegrini v Italy App no 30882/96 (ECtHR 20 July 2000)* суд постановив, що держава-учасниця ЄКПЛ порушує гарантію справедливого правосуддя (ст. 6), якщо її суди визнають іноземне судове рішення ухвалене у країні, яка не є учасницею ЄКПЛ, судовий процес якої не відповідав усім вимогам ст. 6 ЄКПЛ.

Виходячи із вищенаведеного, положення українського законодавства про МПРП повинні бути «перевірені правами людини» та у разі потреби певною мірою адаптовані з тим, щоб Україна виконувала свої міжнародні зобов'язання за ЄКПЛ та іншими інструментами у царині людських прав.

5. УНІФІКАЦІЙНІ АКТИ, ACQUIS ТА ЗАРУБІЖНЕ ЗАКОНОДАВСТВО

Процес оновлення приватного права у сучасних умовах набуває глобального характеру, перш за все у європейських країнах. Він характеризується гармонізацією правового режиму впорядкування приватної сфери шляхом створення рекомендаційних актів, метою яких є формування спільних (загальних) підходів до врегулювання найбільш актуальних проблемних питань.

Моделі оптимальної регламентації для багатьох сфер приватноправових відносин сьогодні пропонуються численними Директивами і Регламентами ЄС, іншими надзвичайно авторитетними міжнародними актами, такими як Принципи UNIDROIT, Принципи Ландо, DCFR, CISG. Як свідчить цей далеко не повний перелік, світовою цивілістичною спільнотою в цьому напрямі зроблено величезні кроки.

Названі документи мають однакові уніфікаційні цілі, принципи, формулювання численних правил, характеризуються принципом наступності.

Як зазначають розробники DCFR Крістіан фон Бар, Ерік Клів та Паул Варул, *DCFR як переважно науковий текст відображає розвиток цивілістичної думки в Європі, а також у всьому світі. Розроблений текст є добрим зразком для вдосконалення законодавства у сфері приватного права незалежно від того, є держава членом ЄС чи ні. DCFR має велике значення для держав, у яких розробляються нові цивільно-правові кодифікації або вдосконалюються існуючі кодекси. Для створення DCFR був проведений глибокий аналіз приватноправових актів різних європейських держав... Гармонізація приватного права сприяє інтеграції економіки та взаємодії між людьми. DCFR як модельний закон покликаний підштовхнути до модернізації цивільного законодавства окремих держав. Незалежно від того, чи є держава учасником ЄС, і беручи до уваги певну спільність принципів та моделей, при вдосконаленні національних законів DCFR повинен привести до більш широкій*

гармонізації приватного права, яка в свою чергу сприяє більш успішній взаємодії між юридичними особами та громадянами як у комерційних, так і в інших сферах¹.

Навряд чи є потреба додатково обґрунтовувати доцільність і необхідність при оновленні ЦК України враховувати принципові ідеї, закладені в наведених міжнародних документах.

Слід зазначити, що процес модернізації цивільного законодавства з врахуванням концептуальних положень DCFR, Принципів UNIDROIT, Принципів Ландо охопив більшість європейських країн із розвинутими цивільно-правовими кодифікаціями (Німеччина, Франція, Чехія, Польща, Румунія, країни Балтії та ін.).

Варто зауважити, що ще у 2002 році, під час виступу на Конгресі UNIDROIT в Римі Worldwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration професор Оле Ландо заявив, що через різні підходи у різних правових системах до концепції Європейського цивільного кодексу робота у його групі (відомій як *Комісія Ландо*) в основному йде у напрямі розробки загальної доктрини цивільного права².

При цьому слід врахувати, що пострадянські країни, які здійснювали роботу з підготовки нових цивільних кодексів, не розглядалися як учасники вищезазначеного процесу, а тому і не мали на меті одночасно досягти рівня приватноправових конструкцій західного зразка. Тому просування законодавства України до рівня європейських кодифікацій відбувалося поступово і досить обережно протягом п'ятнадцяти років із збереженням усталених вітчизняних традицій у законотворенні.

При оновленні *Книги першої* варто врахувати положення:

(1) Принципів UNIDROIT, зокрема: Глави 3 «Дійсність» у частині визнання правочинів (договорів) недійсними; Глави 4 «Глумачення»

¹ Модельные правила европейского частного права. Предисловие к российскому изданию. Статут, М., 2013. С. 47.

² Юридическая практика. 2002. № 48 (258). Режим доступу: <https://pravo.ua/articles/garmonizacija-chastnogo-prava>

у частині з'ясування змісту категорій «розумність», «тлумачення правочину (договору)».

(2) DCFR, зокрема: DCFR визначають базовими і пріоритетними принципами засади свободи, безпеки, справедливості та ефективності. Вони можуть розглядатися важливими вихідними положеннями як при оновленні Книги першої, так і ЦК в цілому.

У наведеному контексті заслуговують на увагу також приписи ст. I.-1:103 «Добросовісність і чесна ділова практика» та ст. I.-1:104 «Розумність».

Можуть бути корисними в процесі оновлення Книги першої також положення про письмову форму та підпис, які містяться у ст. ст. I.-1:106; I.-1:107; а також про обчислення строків (ст. I.-1:110) Книги I «Загальні положення».

Враховуючи зобов'язання, взяті на себе Україною відповідно до Угоди про асоціацію, а також враховуючи тенденції європеїзації приватного права, вбачається необхідним при оновленні *Книги другої* ЦК, як і цивільного законодавства в цілому, звернути увагу на акти *acquis*, серед яких: (1) *Acquis*, які стосуються права на інформацію¹; (2) *Acquis*, які стосуються права на приватність²; (3) *Acquis*, які стосуються репродуктивних прав³; (4) *Acquis*, які стосуються особистих немайнових прав,

¹ Зокрема, Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law; Directive (EU) 2016/800 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings; Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC.

² Зокрема, Directive (EU) 2016/681 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the use of passenger name record (PNR) data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime; Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA; Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications).

³ Зокрема, Directive 98/79/EC of the European Parliament and of the Council of 27 October 1998 on in vitro diagnostic medical devices; Commission Directive 2006/17/EC of 8 February 2006 implementing Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council as

що пов'язані із сімейними правовідносинами¹; (5) *Acquis*, які стосуються права на здоров'я².

Доцільність врахування положень *acquis* є актуальною і в процесі рекодифікації **Книги третьої** ЦК. Обґрунтованим вбачається використання наступних *acquis*: (1) *Acquis*, які стосуються права на житлову нерухомість³; (2) *Acquis*, які стосуються права на предмети культури⁴; (3) *Acquis*, які стосуються прострочених платежів

regards certain technical requirements for the donation, procurement and testing of human tissues and cells (Text with EEA relevance).

¹ Зокрема, Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction; Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships; Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes; Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation; Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations; Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000; Regulation (EU) 2019/1157 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on strengthening the security of identity cards of Union citizens and of residence documents issued to Union citizens and their family members exercising their right of free movement.

² Зокрема, Regulation (EU) 2017/746 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on in vitro diagnostic medical devices and repealing Directive 98/79/EC and Commission Decision 2010/227/EU; Regulation (EU) No 536/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on clinical trials on medicinal products for human use, and repealing Directive 2001/20/EC; Directive 2010/45/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on standards of quality and safety of human organs intended for transplantation; Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells; Directive 2002/98/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 setting standards of quality and safety for the collection, testing, processing, storage and distribution of human blood and blood components and amending Directive 2001/83/EC тощо.

³ Зокрема, Директива Європейського Парламенту і Ради 2014/17/ЄС від 4 лютого 2014 року про кредитні договори для споживачів, що стосуються житлової нерухомості, і внесення змін до Директив 2008/48/ЄС та 2013/36/ЄС та до Регламенту (ЄС) № 1093/2010.

⁴ Зокрема, Директива Ради № 93/7/ЄС від 15 березня 1993 р., Директиви № 96/100/ЄС та № 2001/38/ЄС Європейського Парламенту і Ради, Директива № 2014/60/ЄС Європейського парламенту і Ради від 15 травня 2014 р.

та титульного фінансового забезпечення¹; (4) *Acquis*, які стосуються «кібервласності»/віртуальної власності².

Важливе значення на розуміння РП у межах права ЄС має судова практика Європейського суду справедливості, зокрема, з таких питань: (1) *Негативна гармонізація норм речового права держав-членів ЄС*³; (2) *Захист права власності як основоположного права ЄС*⁴; (3) *Вільне переміщення товарів*⁵; (4) *Вільне переміщення осіб (установи) та капіталу*⁶.

Подальший розвиток положень *Книги четвертої* ЦК має враховувати зобов'язання України, що слідує з Угоди про асоціацію, а також врахування законодавства ЄС у цій сфері (в частині, що стосується уточнення, доповнення або зміни певних положень ЦК України). Вказане стосується положень Угоди про асоціацію та законодавства ЄС щодо:

(1) строків чинності майнових прав інтелектуальної власності на твори і об'єкти суміжних прав⁷;

(2) права на прокат, права на позичку⁸;

(3) виплати винагороди авторам, виконавцям; можливості перегляду ліцензійних договорів та договорів про передання виключних

¹ Зокрема, Директива 2011/7/ЄС від 16 лютого 2011 року про боротьбу із затримкою платежів у комерційних операціях, Директива № 2000/35/ЄС від 29 червня 2000 р. «Про боротьбу з простроченими платежами в комерційних операціях», Директива № 2002/47/ЄС від 6 червня 2002 р. «Про механізми фінансового забезпечення».

² Зокрема, Директива (ЄС) 2019/770 Європейського парламенту і Ради від 20 травня 2019 р. «Про певні аспекти стосовно договорів поставки цифрового контенту та надання цифрових послуг», Загальний регламент про захист даних від 14 квітня 2016 р. № 2016/679 тощо.

³ Див., наприклад: Schulte проти Deutsche Vausparkasse Badenia (справа C-350/03), Моельндорф проти Моельндорфа-Ніхауза (справа C-117/06), Комісія проти Німеччини (справа C-503/04); Німеччина проти Парламенту і Ради, справа № C-376/98 (Germany v. Parliament and Council, Case № C-376/98).

⁴ Див., наприклад: Nold KG проти Комісії, справа № C-4/73; Liselotte Hauer v. Land Rheinland-Pfalz, справа C-44/79.

⁵ Див., наприклад: «Krantz GmbH v. J. Krantz@Zoon NV (справа C-69/88).

⁶ Див., наприклад: «Manfred Trummer and Peter Mayer» (справа C-222/97).

⁷ Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights (codified version).

Directive 2011/77/EU of the European Parliament and of the Council of 27 September 2011 amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights.

⁸ Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (codified version).

майнових прав інтелектуальної власності з авторами та виконавцями з метою виплати цим суб'єктам належної винагороди¹;

(4) прав інтелектуальної власності на комп'ютерну програму, базу даних, що створені у зв'язку з виконанням трудового договору²;

(5) права слідування³;

(6) правового режиму використання сирітських творів та творів, які знаходяться поза межами комерційного обороту⁴;

(7) охорони прав на винаходи у сфері біотехнологій⁵;

(8) сертифікату додаткової охорони для лікарських заходів та засобів захисту рослин⁶;

(9) охорони прав на промислові зразки, зокрема, уточнення критеріїв патентоздатності, охорони прав на незареєстровані промислові зразки⁷;

(10) охорони прав на торговельні марки, зокрема, стосовно нових видів торговельних марок⁸;

¹ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.

² Directive 2009/24/EC of the European Parliament and the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (codified version); Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases.

³ Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art.

⁴ Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works. Directive (EU) 2019/790.

⁵ Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions.

⁶ Regulation (EC) No 469/2009 of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 concerning the supplementary protection certificate for medicinal products (codified version); Regulation (EC) No 1901/2006 of 12 December 2006 on medicinal products for pediatric use and amending Regulation (EEC) No 1768/92, Directive 2001/20/EC, Directive 2001/83/EC and Regulation (EC) No 726/2004; Regulation (EC) No 1610/96 of the European Parliament and of the Council of 23 July 1996 concerning the creation of a supplementary protection certificate for plant protection products.

⁷ Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs. Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs.

⁸ Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks. Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (codification).

- (11) охорони прав на компонування напівпровідникових виробів¹;
- (12) охорони прав на географічні зазначення, традиційні гарантовані страви, спеціальні найменування якості²;
- (13) охорони прав на сорти рослин, зокрема, строків чинності майнових прав³;
- (14) охорони прав на ноу-хау та бізнесову інформацію⁴;
- (15) питань захисту ППВ, зокрема щодо визначення збитків при порушенні ППВ; передбачення як альтернативи виплати паушальної суми як принаймні суми роялті, якби порушник звернувся щодо надання дозволу⁵ тощо.

Значимо, що у 2004–2018 роках не були реалізовані вимоги Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами від 14 червня 1994 року та Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18 березня 2004 року щодо адаптації законодавства України у сфері інтелектуальної власності відповідно до законодавства ЄС. Вказаним Законом визначалися строки здійснення адаптації законодавства (зокрема, і у сфері інтелектуальної власності). Водночас у визначені строки (2004–2007 роки) відповідні проекти законодавчих актів не було подано до Верховної Ради України.

Викладене обумовило істотне відставання законодавства у сфері інтелектуальної власності в Україні від сучасної практики держав-членів ЄС.

Другий етап адаптації законодавства розпочався з підписанням Угоди про асоціацію у 2014 р. Однак лише у 2019–2020 роках законами

¹ Council Directive 87/54/EEC of 16 December 1986 on the legal protection of topographies of semiconductor products.

² Regulation (EU) № 1151/2012 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on quality schemes for agricultural products and foodstuffs.

³ Council Regulation (EC) No 2100/94 of 27 July 1994 on Community plant variety rights.

⁴ Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure.

⁵ Ст. 240 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС. Ст. 13 Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights.

від 20.09.2019 № 123-IX, 19.09.2019 № 111-IX, 21.07.2020 № 815-IX, 21.07.2020 № 816-IX були внесені окремі зміни до ЦК стосовно врахування вимог Угоди про асоціацію та законодавства ЄС у сфері промислової власності. Проте процес адаптації національного законодавства не є закінченим у частині необхідності внесення змін стосовно охорони авторського права і суміжних прав, комерційної таємниці, врахування положень директиви 2015/2436 про наближення законодавства, що стосується торговельних марок, а також інших актів ЄС.

Зазначимо також, що з врахуванням вимог Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу», а також з метою запровадження однакового з ЄС правового режиму щодо охорони та захисту ПІВ в рамках передбаченої Угодою про асоціацію зони вільної торгівлі, при адаптації законодавства мають враховуватися рішення Суду ЄС щодо тлумачення актів ЄС без врахування яких (зокрема, що стосується охорони промислових зразків, біотехнологічних винаходів, сертифікату додаткової охорони) не є можливим ефективно застосування адаптованого відповідно до актів ЄС українського законодавства.

Нормативний масив *Книги п'ятої* ЦК «Зобов'язальне право» на етапі оновлення має бути орієнтований передусім на ідеї, закладені у фундаментальних актах гармонізації європейського приватного права, зокрема на DCFR, а також на Принципи Ландо. Так, Книга II DCFR охоплює визначення договору, положення про автономію волі при укладенні договору, форми договору, етапи його укладення, питання недійсності, в тому числі підстави недійсності, регламентує переддоговірні обов'язки, тлумачення договорів.

Принциповим для рекодифікації ЦК є вирішення питання про місце положень, які присвячені регламентації саме договору, насамперед, які положення доцільно перенести до Книги першої (до Глави 16), розширивши її зміст наявністю положень стосовно договору як юридичного факту, враховуючи, що саме договори складають найбільший сегмент у загальному обсязі правочинів. Вочевидь, не випадково у DCFR Книга II присвячена договорам та іншим юридичним актам (тобто юридичним фактам), а Книга III – зобов'язанням та відповідним правам.

Аналізуючи основні ідеї Книги III DCFR, можна відзначити, що значна увага приділена як різним видам зобов'язань (умовним, обмеженим у часі дії), так і особливостям їх виконання, способам припинення, а також умовам і способам захисту у разі невиконання.

При оновленні нормативного масиву, присвяченого регулюванню недоговірних зобов'язань, перспективним вбачається використання положень, що містяться в PETL. Так, пропонується імплементувати до § 1 Глави 82 ЦК окремі положення, присвячені визначенню шкоди, що підлягає відшкодуванню (*Protected interests*, ст. 2:102); шкоди, яка не підлягає відшкодуванню (*Legitimacy of damage*, ст. 2:103); превентивним витратам (*Preventive expences*, ст. 2:104); доказуванню завдання шкоди (*Proof of damage*, ст. 2:105). Перспективною вбачається об'єктивація у новій редакції ЦК безпосереднього причинно-наслідкового зв'язку та інших умов (*Conditio sine qua non*, ст. 3:101; *Concurrent causes*, ст. 3:102; *Alternative causes*, ст. 3:103; *Potential causes*, ст. 3:104; *Uncertain partial causation*, ст. 3:105; *Uncertain causes within the victim's sphere*, ст. 3:106).

Перспективними з точки зору можливої їх імплементации до ЦК вбачаються також положення Розділу III PETL – Загальні підстави відповідальності за завдану шкоду (*Bases of Liability*). Зокрема, положення ст. 4:102 «Загальноприйняті норми поведінки» (*Required standard of conduct*).

Доволі прогресивними вбачаються також положення Розділу IV PETL – Обставини, що звільняють від відповідальності (*Defences*).

Перспективними у контексті їх можливої імплементации вбачаються положення Глави III Регламенту «Рим II» у частині об'єктивації поняття «*culpa in contrahendo*» (ст. 12).

Значний інтерес становлять положення Книг V, VI та VII DCFR, які безпосередньо присвячені особливостям регулювання недоговірної сфери.

У контексті можливої об'єктивації переддоговірної відповідальності як відповідальності за недобросовісне та (або) нечесне ведення переговорів доцільним є запозичення досвіду, сформульованого у Розділі III Глави 3 Книги II DCFR (ст. II.-3:301, ст. II.-3:302).

Зважаючи на взаємопов'язаність недоговірних зобов'язань з низкою загальних норм, які є складовою інститутів захисту та відповідальності

(в т.ч. і договірної відповідальності), деякі положення Принципів Ландо повинні бути враховані при підготовці проекту відповідних змін до ЦК. Так, особливу увагу слід приділити положенням Глави 8 «Невиконання та загальні положення про засоби правового захисту» (*Non-Performance and Remedies in General*, ст. ст. 8:101–8:109) та Глави 9 «Окремі засоби правового захисту при невиконанні» (*Particular Remedies for Non-Performance*, ст. ст. 9:101–9:510).

На увагу заслуговують положення ст. 7.1.7 Принципів UNIDROIT щодо непереборної сили (форс-мажору) та Розділу 4 Глави 7 «Збитки» (ст. ст. 7.4.1–7.4.13).

Беззаперечно важливими є як сам процес оновлення ЦК, так і його результати у країнах, у яких діють «класичні» цивільні кодифікації – Франція та Німеччина. Здобутки реформування положень зобов'язального права в Німеччині, а також реформування передусім положень деліктної відповідальності, який ще триває у Франції, мають бути проаналізовані і максимально враховані в процесі рекодифікації ЦК України.

Роботи з удосконалення нормативного масиву *Книги шостої* ЦК повинні ґрунтуватися на вивченні досвіду іноземних країн, особливо країн ЄС у цій сфері; з урахування міжнародно-правових актів щодо спадкування, таких як Конвенція ради Європи (Базельська конвенція) про запровадження системи реєстрації заповітів від 16 травня 1971 року, Регламент № 650/2012 від 4 липня 2012 року про компетенцію, застосовуване право, визнання і виконання рішень, прийняття і виконання нотаріальних актів з питань спадкування, а також про створення європейського свідоцтва про спадкування («Рим IV») тощо.

У процесі рекодифікації значної уваги потребує питання розвитку національного законодавства з урахуванням тенденцій у законодавствах країн ЄС та з'ясування доцільності запровадження до спадкового законодавства України окремих правових конструкцій та понять. Цьому також сприяє процес оновлення цивільного законодавства в європейських країнах, який відбувається як шляхом прийняття нових кодексів (Чехія, Угорщина), так і шляхом внесення суттєвих змін до вже існуючих кодифікацій (Німеччина, Франція, Молдова) у частині регулювання спадкового права.

При цьому модернізацію законодавства, його вдосконалення слід відрізняти від механічного запозичення певних правових конструкцій та навіть цілих правових інститутів із зарубіжних правопорядків. Неприпустимо включати до цивільного законодавства конструкції та традиції, зародження і розвиток яких нам не зовсім відомі і не повною мірою з'ясовані. Це особливо гостро проявляється у сфері спадкування, що нерозривно пов'язана із національними звичаями, особливій ментальності суспільства, яка формувалася століттями.

Аналіз європейського законодавства у сфері спадкового права свідчить про значне розширення свободи заповіту та впровадження правових конструкцій, невідомих національному законодавству. Окремі зарубіжні правопорядки регулюють фідеокомісарні субституції, тобто підпризначення спадкоємцю, який прийняв спадщину. Зокрема, французьке законодавство, починаючи з 2006 року, допускає фідеокомісарні субституції, причому не лише у відносинах стосовно родичів. Фідеокомісарна субституція відома і німецькому праву, де спадкодавець має право призначити спадкоємця таким чином, що він стане спадкоємцем (додатковий спадкоємець) тільки після того, як спочатку спадкоємцем буде інша особа. В Австрії спадкодавець має право зобов'язати спадкоємця після своєї смерті або в інших випадках передати прийняте спадкове майно другому призначеному спадкоємцю.

За іспанським законодавством допускаються фідеокомісарні субституції, відповідно до яких спадкоємець повинен зберегти та передати все майно або його частину третій особі, та поширюються до другого ступеня споріднення або встановлюються на користь осіб, які були живими на момент смерті заповідача (ст. 781 ЦК Іспанії).

Ще одним важливим напрямом регулювання спадкових відносин у зарубіжних правопорядках є визнання спадкових прав за дітьми спадкодавця, зачатих після відкриття спадщини із застосуванням допоміжних репродуктивних технологій. Наприклад, ст. 9.2 Закону Іспанії про допоміжні методи репродукції людини від 26 травня 2006 року надає можливість використання репродуктивного матеріалу протягом дванадцяти місяців після смерті чоловіка

для запліднення його дружини з юридичними наслідками, що випливають із сімейного походження. Використання репродуктивного матеріалу після смерті можливе за умови надання чоловіком згоди на це в спеціальному документі, заповіті або інструкції. Таке право надається також чоловікам, які не перебувають у шлюбі.

Відповідно до § 2101 НЦУ, у разі призначення спадкоємцем особи, не зачатої на момент відкриття спадщини, слід вважати, що вона є додатковим спадкоємцем, якщо не доведено інше. До народження дитини, зачатої після смерті спадкодавця, основними спадкоємцями визнаються спадкоємці за законом (§ 2105 НЦУ).

Крім того, слід вказати й на значне «пом'якшення» в частині регулювання права на обов'язкову частку у спадщині, що спостерігається останнім часом в окремих європейських країнах. Зокрема, згідно з § 773а ЦК Австрії якщо спадкодавець та особа, наділена правом на отримання обов'язкової частки у спадщині, ніколи не перебували у близьких стосунках, які зазвичай існують в сім'ї між подібними родичами, то спадкодавець може зменшити обов'язкову частку наполовину. Але така можливість не застосовується, якщо спадкодавець безпідставно відхилив здійснення права на особисте спілкування із спадкоємцем, який має право на обов'язкову частку у спадщині.

Відповідно до ст. 1056 ЦК Іспанії з метою збереження бізнесу, цілісності підприємства, збереження контролю над капіталом корпорації або їх груп обов'язкова частка у спадщині може бути сплачена готівкою. Якщо готівки не вистачає, платіж може бути відкладений на строк, що не перевищує 5 років з дня смерті спадкодавця.

За чеським законодавством до обов'язкової частки у спадщині зараховується все набуте обов'язковим спадкоємцем внаслідок заповідального відказу та інших розпоряджень з боку спадкодавця. Додатково до обов'язкової частки зараховується й те, що обов'язковий спадкоємець безоплатно отримав від спадкодавця протягом останніх трьох років до його смерті, включаючи витрати на створення окремого домогосподарства, та сплати боргів такого спадкоємця. При цьому в даному випадку не беруться до уваги звичайні подарунки.

У 2010 році до німецького законодавства були внесені істотні зміни, спрямовані на збільшення свободи заповіту за рахунок

зменшення прав обов'язкових спадкоємців. Внаслідок таких змін розширено перелік підстав для позбавлення спадкоємця права на обов'язкову частку у спадщині (§ 2333 НЦУ), а також суттєво збільшено права спадкоємців за заповітом на відстрочення відшкодування вартості обов'язкової частки у спадщині (§ 2331а НЦУ). Спадкоємець має право вимагати відстрочення виконання обов'язкової частки у спадщині, якщо негайне виконання поставило б його в скрутне становище, зокрема, змусило б продати квартиру, в якій проживає його сім'я, або продати майно, що становить економічну основу життя. Рішення про відстрочення належить до компетенції суду із спадкових справ.

Зважене використання вказаного досвіду іноземних країн значною мірою покращить рівень правового регулювання спадкових відносин.

Під час кодифікації українського *МПрП* були широко використані ідеї *Римської конвенції*, *Гаазької конвенції 1986 року* та інших Гаазьких конвенцій. З тих пір нові підходи до колізійних рішень та міжнародного цивільного процесу знаходять подальший розвиток і відображення у регламентах ЄС та документах Гаазької конференції з міжнародного приватного права (*Гаазька конференція*).

Принципово важливими в аспекті рекодифікації українського колізійного законодавства вбачаються сучасні *регламенти ЄС* у даній царині (Рим I, Рим II, Рим III, Рим IV, Брюссель I, Брюссель II bis тощо), які фактично створили європейську кодифікацію МПрП.

Гаазькій конференції належить особливе місце у втіленні ідеї широкої уніфікації приватного права. Конвенціями цієї організації, членом якої з 2003 року є також Україна, охоплено широке коло питань як у сфері міжнародного цивільного процесу, сімейного, спадкового права, так й окремих аспектів права міжнародних комерційних контрактів. У рамках цієї організації на сьогодні розроблено низку документів щодо уніфікації саме колізійних норм, зокрема, Конвенція про право, що застосовується до агентських відносин 1978 р.; Конвенція про право, що застосовується до трастів 1985 року; Конвенція про цінні папери 2006 року тощо.

Принципові ідеї вищезгаданих регіональних та універсальних уніфікаційних актів полягають у зміцненні приватноправових начал

колізійного права, розширенні диспозитивності міжнародного приватного права, підвищенні регулятивних можливостей колізійних норм, надання останнім більшої гнучкості з одночасним збереженням їх визначеності, «матеріалізації» вибору права, використання одновекторного підходу до вирішення колізійного питання.

Варто також відмітити, що у XXI столітті найсучасніші ідеї колізійного регулювання втілено у численних нових кодифікаціях МПрП, як у рамках цивільних кодексів (Аргентина, Литва, Молдова, Нідерланди, Румунія тощо), так і в окремих законах і кодексах з МПрП Естонії (2002), Бельгії (2004), Болгарії (2005), Японії (2007), Туреччини (2007), Польщі (2011), Чехії (2012), Монако (2017), Угорщини (2017) тощо.

6. ОЧІКУВАНІ РЕЗУЛЬТАТИ МОДЕРНІЗАЦІЇ

Реалізація запропонованої Концепції, яка базується на ідеї «м'якої рекодифікації», дозволить, з одного боку, зберегти усі надбання та досягнення чинного ЦК України, а з іншого – адаптувати його до реалій сьогодення, у тому числі продиктованих сучасними європейськими підходами та рівнем цивільного та ділового обороту, який характеризується діджиталізацією усіх процесів у суспільстві, глибоким проникненням новітніх технологій у підприємницьку діяльність, пріоритетним застосуванням положень ЄКПЛ та інших міжнародних актів у сфері прав людини, підтриманням міжнародних ініціатив щодо розвитку інформаційного суспільства, свідомого застосування автоматизованих роботів і штучного інтелекту, репродуктивних технологій і генної інженерії, підвищенням ролі диспозитивності у договірному регулюванні тощо.

Рекодифікація ЦК дасть відповіді на низку загроз втручання в *особисте життя фізичної особи*, обумовлених сучасним розвитком технологій. Йдеться, зокрема, про заборону евгеніки, народження генетично ідентичних людей, трансформацію генів (крім лікування генетичних захворювань); закріплення на рівні ЦК репродуктивних прав фізичної особи як системи відокремлених особистих немайнових прав, що спрямовані на здійснення репродуктивної функції фізичних осіб; визначення цивільно-правових наслідків зміни статі; забезпечення цивільно-правового захисту права на персональні дані та ін.

Модернізація *речового права* забезпечить ефективнішу його взаємодію із зобов'язаннями, іншими правовими масивами і тим самим сприятиме стабільності і передбачуваності приватного права. Книга третя матиме завершений вигляд: в ній пропонуються як загальні положення, так і уточнені та доповнені спеціальні інститути у сфері РП. Системне оновлення Книги поряд із позитивним впливом на внутрішньонаціональні цивільно-правові механізми регулювання майнових відносин, сприятиме наближенню відповідних вітчизняних інститутів до європейських стандартів цивільного (приватного) права.

Найважливішим результатом оновлення Книги четвертої стане завершення оновлення законодавства з охорони **права інтелектуальної власності в Україні**, включаючи спеціальні закони та ЦК України, з досягненням: (1) відповідності законодавства положенням Угоди про асоціацію та законодавства ЄС, міжнародним договорам, учасником яких є Україна; (2) узгодження положень ЦК та спеціальних законів; (3) вирішенням проблем, виявлених під час практики застосування законодавства. При цьому у Книзі четвертій та Главі 75 ЦК мають визначатися з єдиних теоретичних та методологічних позицій основні положення регулювання відносин інтелектуальної власності для різних об'єктів ПІВ, розвиток яких здійснюється спеціальним законодавством. Вказаний процес є складовою утворення сучасної, що відповідає потребам суспільства, системи інтелектуальної власності в Україні.

Оновлення кодифікації норм **зобов'язального права** з урахуванням сучасних європейських і світових тенденцій максимально зближить ці норми з нормами світового зобов'язального права (зокрема, з нормами провідних правопорядків ЄС, які наразі здійснюють активне реформування власного зобов'язального законодавства). Це створить в Україні належні умови для надійного захисту суб'єктивних цивільних прав та охоронюваних законом інтересів всіх учасників цивільних правовідносин, забезпечить активний розвиток громадянського суспільства і створить сприятливі умови для інтеграції економіки України в європейське співтовариство.

У результаті такого оновлення норми зобов'язального права України будуть здатні більш ефективно забезпечувати досягнення тих важливих цілей правового порядку, на які спрямовані зусилля усієї європейської правової спільноти, що прагне насамперед досягнути єдності, чіткості і ясності цивільних правовідносин на усьому континенті. Українське зобов'язальне право стане не тільки більш адекватним сучасним реаліям, а й більш простим, зрозумілим і доступним як для громадян України, так і для громадян інших країн.

Оновлення **спадкового права** сприятиме єдності судової практики та однакового застосування спадкового законодавства у нотаріальній практиці. Крім того, очікується удосконалення національного

законодавства про спадкування з урахуванням тенденцій у законодавствах країн ЄС з дотриманням національних традицій та звичаїв, що сприятиме належному захисту прав та інтересів учасників спадкових відносин.

Здійснюючи рекодифікацію цивільного законодавства, пропонується повернутися до звичайно прийнятого у світі погляду на місце у цивільній кодифікації приватноправового нормативного масиву у сфері *сім'ї та шлюбу*. З огляду на історію права та юридичну логіку, даний нормативний масив складає вагомую частину приватного права та органічно переплетений з усіма конструкціями та розділами цивільних кодексів – спадковим правом, правом власності, зобов'язаннями, дієздатністю, опікою і піклуванням тощо. Сучасне *сімейне право* неможливо розглядати окремо від цивільного, навіть з погляду юридичної техніки – настільки органічно питання сімейного права вплетені у канву всього цивільного права. Отже, включення сімейного права до оновленого ЦК України розглядається Робочою групою архіважливим кроком до гармонізації української доктрини і законодавства з *jus commune*.

Оновлення *кодифікації МПрП* забезпечить ефективнішу взаємодію української правової системи з правовими системами світу і тим самим сприятиме розвитку міжнародних економічних та інших відносин.

Відновлення книги «Міжнародне приватне право» в оновленому ЦК України відповідатиме її правовій традиції (у ЦК 1963 р. містилася подібна частина, хоча під іншою назвою: «Застосування іноземного права та міжнародних договорів, правоздатність і дієздатність іноземних громадян»). Практична користь у перенесенні колізійного права до кодексу полягає у підвищенні як його ролі у регулюванні приватних відносин, так і ваги самих правил міжнародного приватного права. А сам кодекс матиме завершений вигляд: у книзі про МПрП пропонуються спеціальні механізми регулювання у випадку переведення приватних відносин у міжнародну площину. Включення МПрП до цивільних кодексів, крім переваг єдності, логічності і зручності тісно пов'язаних між собою правових масивів, надасть усі позитивні моменти так званої «автономної» кодифікації, а також значні дидактичні та правозастосовні переваги.

Авторський колектив монографії

Борисова Валентина Іванівна, кандидат юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, заслужений працівник освіти України, завідувач кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, член Робочої групи з підготовки законопроекту з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України – підрозділ 7.1.

Буяджи Ганна Володимирівна, доктор юридичних наук, заслужений юрист України, доцент кафедри цивільного права Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, керуючий партнер Адвокатського об'єднання «ВігоЛекс», співавтор Концепції оновлення Цивільного кодексу України – підрозділ 4.2.

Ватрас Володимир Антонович, доктор юридичних наук, професор, народний депутат України IX скликання, професор кафедри цивільного права та процесу Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова, член Робочої групи з підготовки законопроекту з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України – підрозділ 8.

Великанова Марина Миколаївна, доктор юридичних наук, доцент, заступник головного ученого секретаря Національної академії правових наук України – підрозділ 7.3 у співавторстві з Котом О. О.

Гриняк Андрій Богданович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, заступник директора з наукової роботи Київського регіонального центру Національної академії правових наук України – підрозділ 5.2; підрозділ 5.4 у співавторстві з Пленюк М. Д.

Діковська Ірина Андріївна, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного права Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка – підрозділ 1.3.

Довгерт Анатолій Степанович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, заслужений юрист України, професор кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, співавтор Концепції оновлення Цивільного кодексу України, науковий координатор Робочої групи з підготовки законопроекту з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України – підрозділ 1.2.

Заїка Юрій Олександрович, доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – підрозділ 4.3 у співавторстві з Кухаревим О.Є.

Захватаєв Володимир Микитович, співробітник Центру порівняльного та зарубіжного права Київського регіонального центру Національної академії правових наук України, співавтор Концепції оновлення Цивільного кодексу України, член Робочої групи з підготовки законопроекту з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України – підрозділ 5.1 у співавторстві з Кузнецовою Н.С.

Калакура Віктор Ярославович, кандидат юридичних наук, завідувач кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, співавтор Концепції оновлення Цивільного кодексу України, член Робочої групи з підготовки законопроекту з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України – підрозділ 1.5.

Капіца Юрій Михайлович, доктор юридичних наук, директор Центру досліджень інтелектуальної власності та трансферу технологій НАН України, співавтор Концепції оновлення Цивільного кодексу України – підрозділ 3.1.

Кодинець Анатолій Олександрович, доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри інтелектуальної власності та інформаційного права Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка – підрозділ 2.2 у співавторстві з Кохановською О. В.

Кот Олексій Олександрович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України,

заслужений юрист України, директор Київського регіонального центру Національної академії правових наук України, співавтор Концепції оновлення Цивільного кодексу України, заступник Голови Робочої групи з підготовки законопроекту з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України – підрозділ 1.4; підрозділ 7.3 у співавторстві з Великановою М. М.

Кохановська Олена Велеоніівна, доктор юридичних наук, професор, академік-секретар відділення цивільно-правових наук, дійсний член (академік) Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки України, професор кафедри цивільного права Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, співавтор Концепції оновлення Цивільного кодексу України, член Робочої групи з підготовки законопроекту з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України – підрозділ 2.2 у співавторстві з Кодинцем А. О.; підрозділ 2.3.

Кузнєцова Наталія Семенівна, доктор юридичних наук, професор, дійсний член (академік) Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки України, віцепрезидент Національної академії правових наук України, співавтор Концепції оновлення Цивільного кодексу України, науковий координатор Робочої групи з підготовки законопроекту з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України – підрозділ 1.1; підрозділ 5.1 у співавторстві з Захватаєвим В. М.; підрозділ 7.2.

Кухарев Олександр Євгенович, доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ – підрозділ 4.3 у співавторстві з Заїкою Ю. О.

Майданик Роман Андрійович, доктор юридичних наук, професор, дійсний член (академік) Національної академії правових наук України, професор кафедри цивільного права Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, співавтор Концепції оновлення Цивільного кодексу України, член Робочої групи з підготовки законопроекту з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України – підрозділ 4.1.

Пленюк Мар'яна Дмитрівна, доктор юридичних наук, професор, учений секретар Київського регіонального центру Національної академії правових наук України – підрозділ 5.4 у співавторстві з Гриняком А. Б.

Погрібний Сергій Олексійович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, Суддя Верховного Суду, головний науковий співробітник Київського регіонального центру Національної академії правових наук (за сумісництвом) – підрозділ 5.3.

Ромащенко Іван Олегович, кандидат юридичних наук, доцент, доктор філософії з права (Лейденський університет, Королівство Нідерланди), доцент кафедри цивільного права Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка – підрозділ 6.

Стефанчук Руслан Олексійович, доктор юридичних наук, професор, дійсний член (академік) Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки України, Перший заступник Голови Верховної Ради України, співавтор Концепції оновлення Цивільного кодексу України, Голова Робочої групи з підготовки законопроекту з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України – підрозділ 2.1.

Хоменко Михайло Михайлович, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, співавтор Концепції оновлення Цивільного кодексу України, секретар Робочої групи з підготовки законопроекту з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України – підрозділ 5.5.

Якубівський Ігор Євгенович, доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри цивільного права та процесу Львівського національного університету імені Івана Франка, член Робочої групи з підготовки законопроекту з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України – підрозділ 3.2.

Нотатки

Наукове видання

РЕКОДИФІКАЦІЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ: ВИКЛИКИ ЧАСУ

Монографія

Дизайн обкладинки — *А. Юдашкіна*

Технічне редагування — *Т. Шутова*

Верстка — *Н. Ковальчук*



Г Е Л Ь В Е Т И К А
В І Д А В Н И Ч И Й Д І М

WWW.HELVETICA.UA

Підписано до друку 30.08.2021 р. Формат 60x84/16.
Папір офсетний. Гарнітура Droid. Цифровий друк.
Ум. друк. арк. 40,11. Тираж 300. Замовлення № 0921м-247.
Ціна договірна. Віддруковано з готового оригінал-макета.

Видавництво і друкарня – Видавничий дім «Гельветика»
65101, Україна, м. Одеса, вул. Інглєзі, 6/1
Телефони: +38 (048) 709 38 69,
+38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox@helvetica.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.